



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2011 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 2011 Vol. 2**

**Cited as [2011] 2 S.C.R. 3-259**

**Renvoi [2011] 2 R.C.S. 3-259**

---





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

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

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique  
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 arrêtiŕs 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

### **Ontario (Attorney General) v. Fraser ..... 3**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Collective bargaining rights — Separate labour relations legislation governing agricultural workers in Ontario — Whether s. 2(d) requires legislature to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure effective exercise of associational rights — If so, whether legislation infringes freedom of association by failing to safeguard the exercise of collective bargaining rights — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Separate labour relations legislation governing agricultural workers in Ontario — Whether the Agricultural Employees Protection Act, 2002 violates workers' right to equality under s. 15 of the Charter by excluding workers from the protections accorded to workers in other sectors — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).

### **R. v. Loewen ..... 167**

Constitutional Law — Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Whether arrest of accused and search of his vehicle was lawful and reasonable — Whether evidence of cocaine seized during search was admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495(1)(a).

### **R. v. V.Y. .... 173**

Criminal law — Evidence — Burden of proof — Accused convicted at trial of sexual assault and unlawful confinement — Whether trial judge failed to give adequate consideration to question of whether evidence raised reasonable doubt — Whether majority of court of appeal erred in setting aside convictions and ordering new trial.

### **Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd. .... 175**

Commercial law — Property — Disclosure statements — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Ontario (Procureur général) c. Fraser ..... 3**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droits de négociation collective — Législation distincte en matière de relations du travail régissant les travailleurs agricoles en Ontario — L'article 2d) oblige-t-il le législateur à accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d'un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d'association? — Dans l'affirmative, la législation porte-t-elle atteinte à la liberté d'association parce qu'elle ne protège pas l'exercice des droits de négociation collective? — Cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Législation distincte en matière de relations de travail régissant les travailleurs agricoles en Ontario — La Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité des travailleurs garanti à l'art. 15 de la Charte en leur refusant les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs? — Dans l'affirmative, cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).

### **R. c. Loewen ..... 167**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — L'arrestation de l'accusé et la fouille de son véhicule étaient-elles légales et raisonnables? — La cocaïne saisie pendant la fouille était-elle admissible en preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495(1)a).

### **R. c. V.Y. .... 173**

Droit criminel — Preuve — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et de séquestration — Le juge du procès a-t-il omis de dûment considérer la question de savoir si la preuve soulevait un doute raisonnable? — Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont-ils eu tort d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès?

### **Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd. .... 175**

Droit commercial — Biens — Communication de renseignements — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

incurring losses — Whether developer liable for misrepresentation under B.C. Real Estate Act for material false statements — Whether developer able to avail itself of statutory defence — Whether deemed reliance under Real Estate Act was rebuttable — Real Estate Act, R.S.B.C. 1996, c. 397, s. 75.

Torts — Negligent misrepresentation — Disclosure statements — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether developer liable for negligent misrepresentation under common law.

Fiduciary duty — Agent — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Developer entering into non-competition agreements with owners of Marriott units on behalf of owners of Hilton units without prior consent — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether developer owed a fiduciary duty to owners of Hilton units — If so, whether developer was in breach of its fiduciary duty.

## SOMMAIRE (Fin)

distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d'unités dans le Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — La responsabilité du promoteur est-elle engagée sous le régime de la Real Estate Act de la C.-B. au motif qu'il aurait fait des déclarations erronées sur des points importants? — Le promoteur peut-il se prévaloir du moyen de défense prévu par la Real Estate Act? — La présomption prévue par la Real Estate Act selon laquelle les investisseurs sont réputés s'être fiés à ce qui leur a été présenté est-elle réfutable? — Real Estate Act, R.S.B.C. 1996, ch. 397, art. 75.

Responsabilité délictuelle — Déclarations inexactes faites par négligence — Communication de renseignements — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d'unités dans le Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — Le promoteur est-il responsable en common law pour avoir fait par négligence des déclarations inexactes?

Obligation fiduciaire — Mandataire — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d'unités dans le Marriott — Le promoteur conclut pour le compte des propriétaires du Hilton, mais sans avoir préalablement obtenu leur consentement, une entente de non-concurrence avec les propriétaires du Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — Le promoteur avait-il une obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton? — Le cas échéant, le promoteur a-t-il manqué à son obligation fiduciaire?



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 2011**

**2<sup>e</sup> volume, 2011**



**Attorney General of Ontario** *Appellant*

v.

**Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of the United Food and Commercial Workers Union Canada, Xin Yuan Liu, Julia McGorman and Billie-Jo Church** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Ontario Federation of Agriculture, Federally Regulated Employers — Transportation and Communications, Conseil du patronat du Québec Inc., Mounted Police Members' Legal Fund, Canadian Employers Council, Coalition of BC Businesses, British Columbia Agriculture Council, Justicia for Migrant Workers, Industrial Accident Victims Group of Ontario, Canadian Labour Congress, Canadian Police Association and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) v. FRASER**

**2011 SCC 20**

File No.: 32968.

2009: December 17; 2011: April 29.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Collective bargaining rights — Separate labour relations legislation governing agricultural*

**Procureur général de l'Ontario** *Appelant*

c.

**Michael J. Fraser en son propre nom et au nom de l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce — Canada, Xin Yuan Liu, Julia McGorman et Billie-Jo Church** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Fédération de l'agriculture de l'Ontario, Employeurs des transports et communications de régie fédérale, Conseil du patronat du Québec Inc., Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, Conseil canadien des employeurs, Coalition of BC Businesses, British Columbia Agriculture Council, Justicia for Migrant Workers, Industrial Accident Victims Group of Ontario, Congrès du travail du Canada, Association canadienne des policiers et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. FRASER**

**2011 CSC 20**

N° du greffe : 32968.

2009 : 17 décembre; 2011 : 29 avril.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droits de négociation collective — Législation distincte en matière de relations du travail*

*workers in Ontario — Whether s. 2(d) requires legislature to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure effective exercise of associational rights — If so, whether legislation infringes freedom of association by failing to safeguard the exercise of collective bargaining rights — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Separate labour relations legislation governing agricultural workers in Ontario — Whether the Agricultural Employees Protection Act, 2002 violates workers' right to equality under s. 15 of the Charter by excluding workers from the protections accorded to workers in other sectors — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).*

In 2002, the Ontario legislature enacted the *Agricultural Employees Protection Act, 2002* (“*AEPA*”) which excluded farm workers from the *Labour Relations Act* (“*LRA*”), but crafted a separate labour relations regime for farm workers. The *AEPA* was a response to *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which found that the previous legislative scheme violated s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and declared it constitutionally invalid. It grants farm workers the rights to form and join an employees’ association, to participate in its activities, to assemble, to make representations to their employers through their association on their terms and conditions of employment, and the right to be protected against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights. The employer must give an association the opportunity to make representations respecting terms and conditions of employment, and it must listen to those representations or read them. The *AEPA* tasks a tribunal with hearing and deciding disputes about the application of the Act.

After limited efforts to use the new protections under the *AEPA*, a constitutional challenge was mounted on the basis the Act infringed farm workers’ rights under ss. 2(d) and 15 of the *Charter* by failing to provide effective protection for the right to organize

*régissant les travailleurs agricoles en Ontario — L'article 2d) oblige-t-il le législateur à accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d'un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d'association? — Dans l'affirmative, la législation porte-t-elle atteinte à la liberté d'association parce qu'elle ne protège pas l'exercice des droits de négociation collective? — Cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Législation distincte en matière de relations de travail régissant les travailleurs agricoles en Ontario — La Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité des travailleurs garanti à l'art. 15 de la Charte en leur refusant les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs? — Dans l'affirmative, cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).*

En 2002, l'Ontario a adopté la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles* (« *LPEA* »), qui exclut les travailleurs agricoles de la *Loi sur les relations de travail* (« *LRT* »), mais crée pour eux un régime de relations du travail particulier. La *LPEA* a été adoptée en réaction à l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, dans lequel notre Cour a statué que le texte de loi antérieur contrevenait à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'a déclaré inconstitutionnel. Elle confère aux travailleurs agricoles le droit de former une association et d'y adhérer, de participer à ses activités, de se réunir, de présenter à l'employeur par l'entremise de leur association des observations relatives à leurs conditions d'emploi et d'exercer leurs droits sans crainte d'ingérence, de contrainte ou de discrimination. L'employeur doit donner à une association d'employés l'occasion de présenter des observations au sujet des conditions d'emploi et il est tenu de les écouter ou de les lire. La *LPEA* confie à un tribunal la fonction d'entendre et de régler tout litige relatif à l'application de la Loi.

Après quelques démarches pour se prévaloir des nouvelles mesures de protection de la *LPEA*, on a contesté la validité constitutionnelle de cette loi au motif qu'elle portait atteinte aux droits des travailleurs agricoles garantis par l'al. 2d) et par l'art. 15 de la *Charte*, en ce



and bargain collectively and by excluding farm workers from the protections accorded to workers in other sectors. In 2006, the Ontario Superior Court dismissed the application. The Court of Appeal allowed the appeal and declared the *AEPA* to be constitutionally invalid. It rendered its decision after the release of *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed and the action dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Binnie, Fish and Cromwell JJ.: Section 2(d) of the *Charter* protects the right to associate to achieve collective goals. This requires a process of engagement that permits employee associations to make representations to employers, which employers must consider and discuss in good faith. Laws or state actions that substantially interfere with the ability to achieve workplace goals through collective actions have the effect of negating the right of free association and therefore constitute a limit on the s. 2(d) right of free association, which renders the law or action unconstitutional unless justified under s. 1 of the *Charter*.

Bargaining activities protected by s. 2(d) in the labour relations context include good faith bargaining on important workplace issues. It requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation. Good faith negotiation under s. 2(d) requires the parties to meet and engage in meaningful dialogue; it does not impose a particular process; it does not require the parties to conclude an agreement or accept any particular terms; it does not guarantee a legislated dispute resolution mechanism in the case of an impasse; and it protects only the right to a general process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method. What s. 2(d) guarantees in the labour relations context is a meaningful process.

The decision in *Health Services* follows directly from the principles enunciated in *Dunmore*. Section 2(d), interpreted purposively and in light of Canada's values and commitments, protects associational collective activity in furtherance of workplace goals. The

qu'elle ne protégeait pas véritablement le droit de s'associer et de négocier collectivement et refusait aux travailleurs agricoles les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs. En 2006, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la demande. La Cour d'appel a accueilli l'appel et déclaré la *LPEA* inconstitutionnelle. Elle s'est prononcée après l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et l'action est rejetée.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Binnie, Fish et Cromwell : L'alinéa 2d) de la *Charte* protège le droit de s'associer pour atteindre des objectifs collectifs. Cette protection constitutionnelle demande l'établissement d'un processus de dialogue où l'association d'employés peut présenter des observations à l'employeur, qui doit en prendre connaissance et en discuter de bonne foi. Une loi ou une action de l'État qui entrave substantiellement la capacité de réaliser des objectifs liés au travail grâce à des actions concertées fait obstacle à l'exercice du droit de libre association. Une telle loi ou action restreint donc la liberté d'association garantie à l'al. 2d) et devient de ce fait inconstitutionnelle, sauf justification au regard de l'article premier de la *Charte*.

Les activités de négociation en contexte de relations du travail protégées par l'al. 2d) comprennent la négociation de bonne foi de questions importantes liées à l'exécution des fonctions. Ce droit implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs. La négociation de bonne foi découlant de l'al. 2d) exige que les parties se rencontrent et qu'elles engagent un véritable dialogue; elle n'impose pas de processus particulier; elle n'oblige pas les parties à conclure une convention ou à accepter des clauses particulières; elle ne garantit pas un mécanisme légal de règlement des différends permettant de dénouer les impasses; elle ne protège que le droit à un processus général de négociation collective, et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou un mode particulier de négociation. L'alinéa 2d) garantit, dans le contexte des relations du travail, le droit à un processus véritable.

La décision rendue dans *Health Services* découle directement des principes énoncés dans *Dunmore*. Lorsqu'on l'interprète téléologiquement et dans la perspective des valeurs canadiennes et des engagements internationaux du Canada, l'al. 2d) protège l'activité

right is not merely a paper right, but a right to a process that permits meaningful pursuit of those goals. The principles within *Dunmore* and *Health Services* represent good law, should not be overturned and provide resolution in this appeal.

The seriousness of overturning recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated. The arguments advanced in favour of overturning *Health Services* do not meet the high threshold for reversing a precedent of this Court as it is grounded in precedent, consistent with Canadian values, consistent with Canada's international commitments and consistent with this Court's purposive and generous interpretation of other *Charter* guarantees. *Health Services* was consistent with previous cases on the issue of individual and collective rights. It recognized, as did previous jurisprudence, that s. 2(d) is an individual right. It also recognized, as did previous cases, that to meaningfully uphold this individual right, s. 2(d) may properly require legislative protection of group or collective activities. The approach to deference to Parliament and legislatures advanced in *Health Services* is also consistent with this Court's general jurisprudence. Deference should inform the determination of whether a legislative scheme satisfies the requirements of the *Charter*, as articulated by the courts. The unworkability of *Health Services* has not been established. There is no concrete evidence that the principles enunciated in *Dunmore* and *Health Services* are unworkable or have led to intolerable results. It is premature to argue that the holding in *Health Services*, rendered four years ago, is unworkable in practice.

The Ontario legislature is not required to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure the effective exercise of their associational rights. In this case, the Court of Appeal has overstated the ambit of the s. 2(d) right. The affirmation of the right to collective bargaining is not an affirmation of a particular type of collective bargaining, such as the Wagner model which is dominant in Canada. What s. 2(d) protects is the right to associate to achieve collective goals. Laws or government action that substantially interfere with the ability to achieve collective goals have the effect of limiting freedom of association, by making it pointless. It is in this derivative sense that s. 2(d) protects a right to collective bargaining. Legislatures are not constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that

associative exercée collectivement pour atteindre des objectifs liés au travail. Le droit ne possède pas seulement un caractère théorique; il commande un processus qui permet véritablement la poursuite de ces objectifs. Les principes établis dans *Dunmore* et *Health Services* sont fondés en droit, ne doivent pas être écartés et permettent de régler le sort du présent pourvoi.

On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement d'arrêts récents de la Cour qui expriment l'avis réfléchi de majorités claires. Les arguments invoqués en faveur de la rupture avec *Health Services* ne satisfont pas aux conditions strictes imposées pour le renversement d'un précédent de notre Cour, car cet arrêt prend appui dans les décisions antérieures, il est compatible avec les valeurs canadiennes, il respecte les engagements internationaux du Canada et il s'inscrit dans la foulée de l'interprétation téléologique et généreuse des autres garanties constitutionnelles. *Health Services* s'inscrit dans la lignée d'arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs. Il reconnaît comme eux que l'al. 2d) confère un droit individuel. Il reconnaît aussi, comme eux, que l'al. 2d) peut à bon droit imposer une protection législative de l'activité collective pour assurer l'exercice véritable du droit individuel. La déférence envers le Parlement et les législatures préconisée dans *Health Services* se situe également dans le droit fil de la jurisprudence générale de notre Cour. Il faut maintenir une attitude de déférence au moment de déterminer si un régime législatif satisfait aux exigences de la *Charte* établies par les tribunaux. L'inapplicabilité de *Health Services* n'est pas établie. Rien ne démontre concrètement que les principes dégagés dans *Dunmore* et *Health Services* seraient inapplicables ou qu'ils auraient entraîné des résultats inadmissibles. Il est prématuré de conclure à l'inapplicabilité pratique de l'arrêt *Health Services* rendu il y a quatre ans.

Le législateur ontarien n'est pas obligé d'accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d'un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d'association. En l'espèce, la Cour d'appel surestime la portée du droit protégé à l'al. 2d). La reconnaissance du droit de négociation collective n'est pas la consécration d'un type particulier de système de négociation collective, comme le modèle Wagner qui prédomine au Canada. L'alinéa 2d) protège le droit de s'associer afin de réaliser des objectifs collectifs. La loi ou la mesure de l'État qui entrave substantiellement la capacité de réaliser des objectifs collectifs a pour effet de restreindre la liberté d'association en la privant de sens. C'est dans ce sens dérivé que l'al. 2d) protège le droit de négociation collective. La Constitution n'exige pas que les législateurs, dans

set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements. What is protected is associational activity, not a particular process or result.

Farm workers in Ontario are entitled to meaningful processes by which they can pursue workplace goals. The right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith is a derivative right under s. 2(d) of the *Charter*, necessary to meaningful exercise of the right to free association. The *AEPA* provides a process that satisfies this constitutional requirement. Under the *AEPA*, the right of employees' associations to make representations to their employers is set out in s. 5 and provides that the employer shall listen to oral representations, and read written representations, and acknowledge having read them.

The *AEPA* does not expressly refer to a requirement that the employer consider employee representations in good faith; however, by implication, it includes such a requirement. Any ambiguity in s. 5 should be resolved by interpreting it as imposing a duty on agricultural employers to consider employee representations in good faith, as a statute should be interpreted in a way that gives meaning and purpose to its provisions and Parliament and legislatures are presumed to intend to comply with the *Charter*. There can only be one purpose for requiring the employer to listen to or read employee representations — to assure that the employer will in fact consider the employee representations. No labour relations purpose is served merely by *pro forma* listening or reading. To fulfill the purpose of reading or listening, the employer must consider the submission. Moreover, the employer must do so in good faith: consideration with a closed mind would render listening or reading the submission pointless. Comments made in the legislature during the debate on this legislation that the *AEPA* was not intended to extend collective bargaining to agricultural workers may be understood as an affirmation that the Act did not institute the dominant Wagner model of collective bargaining, or bring agricultural workers within the ambit of the *LRA*, not that the *AEPA* intended to deprive farm workers of the protections of collective bargaining that s. 2(d) grants. The *AEPA* does not breach s. 2(d) of the *Charter*.

tous les cas et pour tous les secteurs d'activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations du travail qui imposerait l'obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective. C'est l'activité associative qui est protégée, et non un processus ou un résultat particulier.

Les travailleurs agricoles de l'Ontario ont droit à un processus véritable leur permettant de réaliser des objectifs liés au travail. Le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi est dérivé de la liberté garantie à l'al. 2d) de la *Charte* et il est nécessaire à l'exercice véritable du droit de libre association. La *LPEA* prévoit un processus qui satisfait à cette exigence constitutionnelle. Dans la *LPEA*, le droit d'une association d'employés de formuler des observations à l'intention de l'employeur est prévu à l'art. 5, qui dispose que l'employeur écoute les observations présentées oralement et lit celles formulées par écrit, puis informe l'association qu'il les a lues.

La *LPEA* n'exige pas expressément de l'employeur qu'il examine de bonne foi les revendications de ses employés; toutefois, l'obligation lui en est faite implicitement. Il faut résoudre toute ambiguïté du libellé de l'art. 5 en tenant pour acquis qu'il oblige l'employeur agricole à examiner de bonne foi les observations de ses employés, étant donné qu'une loi doit s'interpréter de manière que ses dispositions aient un sens et un objet et que le Parlement et les législatures sont présumés vouloir respecter la *Charte*. Une seule explication peut être trouvée à l'obligation imposée à l'employeur d'écouter ou de lire les observations présentées par les employés : s'assurer que l'employeur considère effectivement ces observations. Une simple obligation d'écoute ou de lecture passive ne permettra pas de réaliser cet objectif. Pour s'acquitter de son obligation, l'employeur doit examiner les observations. De plus, il doit le faire de bonne foi : une attitude fermée rend l'examen sans objet. On peut déduire des commentaires qui ont été présentés à l'Assemblée législative au cours des débats sur la *LPEA* et qui précisaient qu'elle ne vise pas l'application de la négociation collective aux travailleurs agricoles, que la *LPEA* n'instaure pas le modèle Wagner, prédominant en matière de négociation collective, et ne fait pas bénéficier les travailleurs agricoles du régime de la *LRT*. Ils ne signifient pas que la *LPEA* voulait priver ces employés du droit de négociation collective garanti à l'al. 2d) de la *Charte*. La *LPEA* ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l'al. 2d) de la *Charte*.

Section 5 of the *AEPA*, correctly interpreted, protects not only the right of employees to make submissions to employers on workplace matters, but also the right to have those submissions considered in good faith by the employer. It follows that s. 5 of the *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*. The *AEPA* contemplates a meaningful exercise of the right of association, and provides a tribunal for the resolution of disputes. Section 11 of the *AEPA* specifically empowers the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal to make a determination that there has been a contravention of the Act, and to grant an order or remedy with respect to that contravention. The Tribunal may be expected to interpret its powers, in accordance with its mandate, purposively, in an effective and meaningful way. Labour tribunals enjoy substantial latitude when applying their constituent statutes to the facts of a given case.

It is unnecessary to consider the s. 1 arguments. The s. 15 discrimination claim, like the s. 2(d) claim, cannot succeed. It is clear that the regime established by the *AEPA* does not provide all the protections that the *LRA* extends to many other workers. However, a formal legislative distinction does not establish discrimination under s. 15. What s. 15 contemplates is substantive discrimination that impacts on individuals stereotypically or in ways that reinforce existing prejudice and disadvantage. The *AEPA* provides a special labour regime for agricultural workers. However, on the record, it has not been established that the regime utilizes unfair stereotypes or perpetuates existing prejudice and disadvantage. Until the regime established by the *AEPA* is tested, it cannot be known whether it inappropriately disadvantages farm workers. The claim is premature.

*Per* Charron and Rothstein JJ.: Section 2(d) protects the liberty of individuals to associate and engage in associational activities. It protects the freedom of workers to come together, to form a bargaining position and to present a common and united front to their employers. It does not protect a right to collective bargaining nor does it impose duties on others, such as the duty to bargain in good faith on employers. To the extent that *Health Services* constitutionalized collective bargaining, it was not correctly decided. It should be overturned thus disposing of the constitutional challenge in this case.

This Court may overrule its own precedents, but it should only do so where there are compelling reasons. The question in every case involves a balancing: Do the

L'article 5 de la *LPEA*, s'il est correctement interprété, protège non seulement le droit des employés de présenter à l'employeur des observations relatives au travail, mais aussi celui de les voir prises en considération de bonne foi par l'employeur. L'article 5 de la *LPEA* ne contrevient donc pas à l'al. 2d) de la *Charte*. La *LPEA* a pour objet l'exercice véritable du droit de s'associer et elle prévoit un tribunal pour le règlement des différends. L'article 11 de la *LPEA* habilite expressément le Tribunal d'appel de l'agriculture, de l'alimentation et des affaires rurales à déterminer s'il y a eu infraction à la Loi et à rendre des ordonnances réparatrices. De plus, on peut s'attendre à ce que, conformément à son mandat, le Tribunal interprète téléologiquement ses pouvoirs de façon qu'ils soient efficaces et utiles. Les tribunaux du travail jouissent d'une grande latitude pour appliquer leur loi constitutive aux faits particuliers des affaires dont ils sont saisis.

Il n'y a pas lieu d'examiner les prétentions relatives à l'article premier. À l'instar de la demande fondée sur l'al. 2d), le moyen alléguant la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* ne peut être accueilli. Certes, le régime créé par la *LPEA* ne confère pas toutes les protections que la *LRT* offre à de nombreux autres travailleurs. Toutefois, une distinction législative formelle ne permet pas d'établir la discrimination visée à l'art. 15, à savoir la discrimination réelle qui, en raison de l'application de stéréotypes, a des incidences sur des individus ou a pour effet de renforcer des préjugés ou des désavantages existants. La *LPEA* crée un régime de relations du travail spécialement pour les travailleurs agricoles. Cependant, le dossier n'établit pas que le régime repose sur des stéréotypes inévitables ou qu'il perpétue des préjugés ou des désavantages existants. Tant qu'il n'a pas été mis à l'épreuve, on ne peut savoir si le régime de la *LPEA* défavorise indûment les travailleurs agricoles. Le recours demeure prématuré.

*Les juges Charron et Rothstein* : L'alinéa 2d) protège la liberté des individus de s'associer et d'exercer des activités associatives. Il protège la liberté des travailleurs de s'unir, de mettre au point une position de négociation et de présenter un front commun à l'employeur. Il ne protège pas le droit à la négociation collective ni n'impose d'obligations à autrui, comme celle de négociation de bonne foi qui incomberait à l'employeur. Dans la mesure où elle constitutionnalise la négociation collective, la décision dans l'affaire *Health Services* est erronée. Il faut rompre avec cet arrêt, ce qui permettrait de résoudre le litige constitutionnel en l'espèce.

Notre Cour peut écarter ses propres précédents, mais ne devrait le faire que si des raisons impérieuses le justifient. La question qui se pose chaque fois appelle

reasons in favour of following a precedent — such as certainty, consistency, predictability and institutional legitimacy — outweigh the need to overturn a precedent that is sufficiently wrong? In this case, compelling reasons exist for overturning *Health Services*: the error in *Health Services* concerns a question of constitutional law and is not susceptible to being corrected in a lasting way by the legislative branch; *Health Services* strayed significantly from other sound precedents, including *Dunmore*, with respect to the purpose of *Charter* protection of freedom of association; the constitutionalization of collective bargaining, as envisaged in *Health Services*, is not workable without other elements of modern labour legislation in place; and there has been intense academic criticism of *Health Services*.

*Health Services* was an express break with prior decisions of this Court on s. 2(d), including *Dunmore*. This break came when the majority of the Court found that s. 2(d) required that government legislate to facilitate collective goals which an association was formed to pursue, rather than protecting the freedom of association itself. In *Dunmore*, the requirement that government provide legislation to protect workers was anchored in the proposition that certain workers could not associate without government intervention. The majority in *Health Services* focussed on the goals of an association and the enhancement of those goals, rather than the ability of the claimants to associate (which they already had done). An application of the actual holding in *Dunmore* would have asked only if the government substantially interfered with the ability to associate.

*Health Services* erred in concluding that s. 2(d) protects collective bargaining and obliges parties to bargain in good faith for five reasons. First, *Health Services* departed from sound principles established in this Court's precedents on the nature and scope of s. 2(d). The purpose of s. 2(d) is to protect individuals rather than groups *per se*. *Health Services* reinterpreted an individual freedom as giving rise to collective rights with no individual rights foundation. This reinterpretation of the scope of s. 2(d) was a departure from previous jurisprudence that is not justified by the purpose of the *Charter* guarantee.

Second, s. 2(d) protects freedoms not rights. According to *Health Services*, if s. 2(d) protected only the ability of workers to make collective representations

une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d'un précédent — comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle — l'emportent-ils sur la nécessité d'écarter un précédent dont le caractère erroné le justifie? C'est le cas en l'espèce : l'erreur commise dans *Health Services* touche une question de droit constitutionnel et n'est pas susceptible d'être corrigée de façon durable par le législateur. *Health Services* s'écarte sensiblement de bonnes décisions, dont *Dunmore*, concernant l'objet de la protection constitutionnelle de la liberté d'association; la protection constitutionnelle de la négociation collective au sens où l'entend notre Cour dans l'arrêt *Health Services* ne peut s'appliquer indépendamment d'autres éléments de la législation moderne du travail; les auteurs critiquent vivement l'arrêt *Health Services*.

L'arrêt *Health Services* constituait une rupture expresse d'avec les décisions antérieures de la Cour sur l'al. 2d), notamment *Dunmore*. Cette rupture est survenue lorsque les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que l'al. 2d) obligeait le gouvernement à légiférer pour faciliter la réalisation des objectifs communs que visait la formation d'une association, plutôt que pour protéger la liberté d'association elle-même. Dans *Dunmore*, la nécessité pour le gouvernement de protéger les travailleurs par une loi découlait de la prémisse que certains travailleurs ne pouvaient pas s'associer sans une intervention gouvernementale. Dans *Health Services*, les juges majoritaires ont insisté sur les objectifs d'une association et la valorisation de ces objectifs, plutôt que sur la capacité des demandeurs de s'associer (ce qu'ils avaient déjà fait). En appliquant la véritable conclusion de l'arrêt *Dunmore*, la Cour aurait décidé uniquement si le gouvernement entravait de façon substantielle la capacité de s'associer.

Dans *Health Services*, la formation majoritaire de la Cour conclut à tort que l'al. 2d) protège la négociation collective et oblige les parties à négocier de bonne foi, et ce, pour cinq raisons. Premièrement, l'arrêt *Health Services* rompt avec les principes valables établis dans les décisions antérieures de la Cour sur la nature et la portée de l'al. 2d). L'alinéa 2d) vise à protéger les individus et non les groupements comme tels. Dans *Health Services*, les juges majoritaires réinterprètent une liberté individuelle et concluent qu'elle fait naître des droits collectifs sans assise individuelle. Sa nouvelle interprétation de la portée de l'al. 2d) constitue un abandon de la jurisprudence antérieure qui n'est pas justifié par l'objet de la garantie constitutionnelle.

Deuxièmement, l'al. 2d) protège des libertés, et non des droits. Suivant l'arrêt *Health Services*, si l'al. 2d) protégeait uniquement la possibilité pour les

and did not impose a duty on the employer to bargain in good faith, it would fail to protect the right to collective bargaining. This proposition transformed s. 2(d) from a freedom into a positive right by imposing an obligation to act on third parties (i.e. the employer). A right to collective bargaining is also not derivative of a freedom — it is a standalone right created by the Court, not by the *Charter*. A derivative right is one that is necessary to allow individuals to exercise a fundamental freedom. No individual employee has a right to require an employer to meet and make a reasonable effort to arrive at an acceptable employment contract. To grant a right to collective bargaining under s. 2(d) purportedly as derivative of the freedom of association is not consistent with the approach taken by this Court in its derivative rights jurisprudence in relation to the *Charter*.

Third, s. 2(d) does not empower the Court to privilege certain associations over others. The Court's earlier cases did exhibit a content-neutral approach to freedom of association in the sense that they did not claim to privilege particular associations. *Health Services* erred in saying that these approaches were not purposive. *Health Services* suggested that a "generic" approach to defining freedom of association is inappropriate because different groups must have different freedoms. However, the context that is relevant to a purposive interpretation of *Charter* freedoms is not the context of the individuals who happen to be exercising that freedom in a given case. Rather, a purposive interpretation of s. 2(d) requires that one place freedom of association in its linguistic, philosophic and historical contexts. The origins of the concept, the words used to describe it, and the philosophical principles on which it relies will define the scope of s. 2(d) protection. The extent of that protection should not change depending on who is exercising their s. 2(d) rights. The protection of fundamental freedoms should not involve the Court adjudicating the relative values of the way in which individuals exercise those freedoms. Just as this Court has not adjudicated the relative value of a religion or its tenets under s. 2(a) or assessed the relative value or content of a given exercise of freedom of expression under s. 2(b), so too should this Court not privilege some associations over others under s. 2(d).

Fourth, s. 2(d) does not afford constitutional protection to contracts. Although *Health Services* purported to constitutionalize the process of collective bargaining rather than its fruits, it in fact granted constitutional

travailleurs de présenter des revendications collectives et n'obligeait pas l'employeur à négocier de bonne foi, il ne protégerait pas le droit à la négociation collective. En imposant à un tiers (l'employeur) une obligation, cette proposition fait de la liberté garantie à l'al. 2d) un droit positif. Le droit à la négociation collective n'est pas un droit dérivé d'une liberté — il s'agit d'un droit autonome créé par la Cour, et non par la *Charte*. Un droit dérivé n'existe que s'il est nécessaire pour l'exercice d'une liberté fondamentale. Un employé individuel n'a pas le droit d'obliger son employeur à le rencontrer et à faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat de travail acceptable. Reconnaître le droit à la négociation collective sur le fondement de l'al. 2d) au motif qu'il dériverait de la liberté d'association est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour en matière de droits dérivés de libertés garanties par la *Charte*.

Troisièmement, l'al. 2d) n'autorise pas la Cour à favoriser certaines associations. Dans les décisions antérieures, la Cour interprète la liberté d'association de manière neutre quant à sa nature en ce qu'elle ne favorise pas d'associations en particulier. Dans *Health Services*, elle affirme à tort que cette démarche n'est pas téléologique. Les juges majoritaires dans *Health Services* laissent entendre qu'il ne convient pas d'interpréter la liberté d'association de manière « générale », car des groupes différents doivent avoir des libertés différentes. Cependant, le contexte pertinent pour l'interprétation téléologique d'une liberté garantie par la *Charte* ne correspond pas à celui dans lequel des individus exercent cette liberté dans un cas donné. L'interprétation téléologique de l'al. 2d) exige plutôt que l'on situe la liberté d'association dans ses contextes linguistique, philosophique et historique. Les origines du concept, les termes utilisés pour le définir et les principes philosophiques sur lesquels il repose circonscrivent la protection qu'offre l'al. 2d). L'étendue de cette protection ne devrait pas varier en fonction de celui qui exerce ses droits. En matière de protection des libertés fondamentales, la Cour doit se garder d'attribuer une valeur relative à la manière dont un individu exerce une liberté. Comme elle s'abstient de se prononcer sur la valeur relative d'une religion ou de ses préceptes pour l'application de l'al. 2a) et de déterminer la valeur relative ou la teneur d'un exercice donné de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b), elle ne doit pas favoriser un type d'association plutôt qu'un autre pour l'application de l'al. 2d).

Quatrièmement, l'al. 2d) ne confère pas de protection constitutionnelle aux contrats. La formation majoritaire dans *Health Services* dit constitutionnaliser le processus de la négociation collective, et non ses

protection to the collective agreements on the basis that they were the fruits of that process.

Fifth, s. 2(d) should be interpreted in such a way as to afford deference to the legislative branch in the field of labour relations. *Health Services* erred in removing decision-making power on this question from Parliament and the provincial legislatures. While the courts are responsible for safeguarding the ability of individuals to do collectively that which they have the right to do as individuals, the judiciary is ill-equipped to engage in fine adjustments to the balance of power between labour and management in the labour relations context.

Moreover, the reasons advanced in *Health Services* for extending protection to collective bargaining under s. 2(d) — Canadian labour history, Canada's international obligations, and *Charter* values — do not support conferring a constitutional right to collective bargaining and imposing a duty on employers to engage in collective bargaining.

The argument that a right to collective bargaining which includes a duty on employers to bargain in good faith is a pre-statutory feature of Canadian labour law, made in *Health Services*, contradicts established accounts of the history of labour relations in Canada and has recently been the subject of intense academic criticism. While the duty to bargain in good faith may be a fundamental precept of the Wagner model of collective bargaining, it is not a fundamental precept of collective bargaining as it was understood before the introduction of the *Wagner Act* or as it is still understood today in many parts of the world.

Nor does international law support constitutionalizing collective bargaining rights. In *Health Services*, the majority relied on the proposition that collective bargaining is an integral component of the freedom of association under international law. The majority relied in particular on ILO Convention No. 87. In doing so, it committed two errors. While Canada has ratified ILO Convention No. 87, that Convention deals only with freedom of association and does not at any point specifically discuss collective bargaining. The majority also conflated two distinct ILO Conventions by citing Convention No. 87 but using words from Convention No. 98. Canada has not ratified Convention No. 98 and has no obligations under that Convention. Even if Convention No. 98 were applicable to Canada, *Health Services* would still have erred in relying on that Convention to constitutionalize a version of collective

fruits, mais dans les faits, cet arrêt confère une protection constitutionnelle aux conventions collectives parce qu'elles sont issues de ce processus.

Cinquièmement, dans le domaine des relations du travail, l'al. 2d) commande une interprétation déférente à l'endroit du législateur. Dans *Health Services*, la formation majoritaire a eu tort de dépouiller le Parlement et les législatures provinciales de leur pouvoir décisionnel en la matière. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de protéger la faculté des individus de faire collectivement ce qu'ils ont le droit de faire individuellement, ils ne sont pas en mesure d'apporter de subtils réglages à l'équilibre des rapports de force entre syndicats et patronat en matière de relations du travail.

En outre, les motifs invoqués dans *Health Services* pour faire bénéficier la négociation collective de la protection de l'al. 2d) — l'histoire des relations du travail au Canada, les obligations internationales du pays et les valeurs consacrées par la *Charte* — ne justifient ni la constitutionnalisation du droit à la négociation collective ni l'obligation des employeurs d'y participer.

La thèse avancée dans *Health Services* selon laquelle le droit à la négociation collective, qui oblige l'employeur à négocier de bonne foi, caractérisait le droit canadien du travail avant l'adoption de lois en la matière contredit des versions établies de l'histoire des relations du travail au Canada et elle a récemment fait l'objet de vives critiques de la part d'auteurs. Bien qu'elle puisse constituer le précepte fondamental de la négociation collective suivant le modèle Wagner, l'obligation de négocier de bonne foi n'est pas un précepte fondamental de la négociation collective au sens où on l'entendait avant l'adoption de la *Loi Wagner* ni au sens où on l'entend encore de nos jours dans de nombreuses parties du monde.

Le droit international n'appuie pas la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement. Selon une proposition formulée par la formation majoritaire dans *Health Services*, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d'association reconnue en droit international. La majorité s'appuie en particulier sur la Convention n° 87 de l'OIT. Ce faisant, elle commet deux erreurs. Le Canada a bien ratifié la Convention n° 87 de l'OIT, mais celle-ci porte sur la liberté d'association sans faire aucunement mention de la négociation collective. En outre, la formation majoritaire confond deux conventions distinctes de l'OIT, car elle se reporte à la Convention n° 87, mais utilise en fait le texte de la Convention n° 98. Or, le Canada n'a pas ratifié la Convention n° 98, de sorte qu'elle ne le soumet à aucune obligation. Même si la Convention n° 98 s'appliquait au Canada, dans *Health Services*, la formation majoritaire

bargaining that includes a duty to bargain in good faith. While Convention No. 98 provides protection for a process of collective bargaining, it conceives of collective bargaining as being a process of “voluntary negotiation” that is fundamentally distinct from the model of collective bargaining incorporated in the Wagner model. Convention No. 98 does not contemplate the imposition of a duty on parties to bargain in good faith.

Nor did invoking *Charter* values in *Health Services* support constitutionalizing collective bargaining rights. *Health Services* maintained that the recognition of a good faith collective bargaining right is consistent with and promotes other *Charter* rights, freedoms and values: namely, human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy. A duty to bargain in good faith may achieve those ends. However, either the *Charter* requires something or it does not. The role of the Court is to determine what the *Charter* requires and what it does not and then apply the requirements it finds to the case before it. It is not to simply promote, as much as possible, values that some subjectively think underpin the *Charter* in a general sense. As s. 2(d) is silent on questions of economic and social policy, this Court may not intervene on such matters in the absence of a legislative or constitutional grant of authority.

Finally, the majority’s approach to collective bargaining in particular and s. 2(d) in general articulated in *Health Services* is unworkable. It extends constitutional protection to the duty to bargain in good faith without importing other aspects of the Wagner framework and by purporting to protect the process of collective bargaining without also protecting its fruits, neither of which is tenable. For a duty to bargain in good faith not to be an illusory benefit, there must be both a way of dealing with bargaining impasses as well as an effective remedy for persistent breaches of a duty to bargain in good faith. The first requires that there be some default mechanism for resolving the dispute in case an impasse is reached — such as striking or binding arbitration — while the second may require, in extreme circumstances, the imposition by an arbitrator of particular terms of a collective agreement. Each of these goes well beyond protection of a mere process and results in the protection of a particular substantive outcome. The majority’s inability to separate substance and process, and the consequent constitutionalization of collective bargaining terms demonstrates the unworkability of the

aurait tout de même tort de s’appuyer sur elle pour constitutionnaliser la négociation collective entendue au sens où l’employeur est tenu de négocier de bonne foi. Bien que la Convention n° 98 protège le processus de négociation collective, elle y voit un processus « volontaire » fondamentalement distinct de celui que prévoit le modèle Wagner. La Convention n° 98 n’oblige pas les parties à négocier de bonne foi.

Le fait que des valeurs consacrées par la *Charte* aient été invoquées dans *Health Services* n’a pas pour effet d’appuyer la constitutionnalisation du droit à la négociation collective. Selon la formation majoritaire dans *Health Services*, la reconnaissance du droit à la négociation collective de bonne foi s’intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la *Charte*, à savoir la dignité humaine, l’égalité, la liberté, le respect de l’autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie. L’obligation de négocier de bonne foi peut certes permettre d’atteindre ces objectifs, mais ou bien la *Charte* exige une chose, ou bien elle ne l’exige pas. Le rôle de la Cour est de déterminer ce que la *Charte* exige ou pas et d’appliquer ensuite les exigences, s’il en est, aux faits dont elle est saisie. Il ne s’agit pas simplement de promouvoir, autant que faire se peut, les valeurs perçues subjectivement par certains comme les assises de la *Charte* en général. Comme l’al. 2d) ne prévoit rien au sujet de la politique économique et sociale, notre Cour ne peut s’immiscer dans ce domaine lorsque ni la loi ni la Constitution ne l’y autorisent.

Finalement, dans *Health Services*, l’interprétation par la majorité des juges de la négociation collective en particulier et de l’al. 2d) en général est inapplicable en pratique. La formation majoritaire accorde la protection constitutionnelle à l’obligation de négocier de bonne foi sans inclure d’autres volets du modèle Wagner et elle entend protéger le processus de négociation collective sans protéger aussi ses fruits; l’un et l’autre sont indéfendables. Pour que l’obligation de négocier de bonne foi ne confère pas seulement un avantage illusoire, il faut à la fois un mécanisme pour sortir les négociations de l’impasse et une réparation en cas de manquements répétés à cette obligation. Ainsi, un mécanisme doit s’appliquer automatiquement pour mettre fin à une impasse — comme la grève ou l’arbitrage exécutoire. Également, dans les cas extrêmes de manquements, un arbitre pourra imposer l’inclusion de conditions précises dans la convention collective. Chacun de ces éléments va bien au-delà du seul processus et aboutit à la protection d’une issue concrète particulière. L’incapacité de la majorité à dissocier substance et processus, et la constitutionnalisation qui s’ensuit de conditions de la



distinction between substance and process asserted in *Health Services*.

The *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*. By enacting the *AEPA*, the legislature precisely addressed this Court's ruling in *Dunmore*. The text, context and purpose of the *AEPA* clearly demonstrate that the legislature intentionally opted not to include a duty on employers to engage in collective bargaining with employee associations. Section 5 of the *AEPA* cannot be read as imposing a duty to bargain in good faith. The words of s. 5 are unambiguous: they provide employee associations the opportunity to make representations to an employer. The only obligation on an employer is to provide the employee association with the opportunity to make representations and to listen if they are oral or read and acknowledge them if they are written. To find otherwise, would be to ignore the grammatical and ordinary meaning of the words, and the purpose of the *AEPA*, and would create ambiguity where none exists. Moreover, nothing in the explicit purpose in s. 1 of the *AEPA* or the clear words of the Minister who introduced the *AEPA* support the view that agricultural employees have a right to require agricultural employers to engage in collective bargaining.

As for the issues under s. 15, the category of agricultural worker does not rise to the level of an immutable (or constructively immutable) personal characteristic of the sort that would merit protection against discrimination under s. 15.

*Per Deschamps J.*: The holding in *Health Services* does not have the broad scope being attributed to it by the majority in the case at bar. The issue here is not, whether the *AEPA* provides a process that satisfies the right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith. The duty to act in good faith is part and parcel of a web of statutory components. It should not be found to be a constitutional requirement in the instant case. The expanded definition of freedom of association that resulted from *Health Services* has no bearing on the protection the Ontario legislature must provide to agricultural workers.

The effect of *Health Services* is that freedom of association includes the freedom to engage in associational activities and the ability of employees to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. This delineation of the scope of freedom of association does not entail a more expansive protection than the legislative framework mandated by

négociation collective font ressortir l'inapplicabilité pratique de la distinction entre la substance et le processus établie dans l'arrêt *Health Services*.

La *LPEA* ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*. La *LPEA* donne précisément suite à l'arrêt *Dunmore*. Il ressort du texte, du contexte et de l'objet de cette loi que le législateur a délibérément choisi de ne pas obliger l'employeur à négocier avec une association d'employés. L'interprétation de l'art. 5 de la *LPEA* ne permet pas de conclure qu'il impose une obligation de négocier de bonne foi. Le libellé de l'art. 5 ne comporte aucune ambiguïté : il donne à une association d'employés l'occasion de présenter ses observations à l'employeur. Ce dernier est uniquement contraint à donner à l'association d'employés l'occasion de présenter des observations et à les écouter lorsqu'elles sont présentées oralement ou à les lire et à informer l'association qu'il les a lues lorsqu'elles sont présentées par écrit. Affirmer le contraire revient à faire fi du sens ordinaire et grammatical des mots et de l'objet de la *LPEA* et à créer de toutes pièces de l'ambiguïté. Qui plus est, rien dans l'objet énoncé à l'article premier de la *LPEA* ni dans les propos de la ministre ayant présenté la *LPEA* ne permet de conclure que des employés agricoles peuvent exiger de leur employeur qu'il négocie avec eux collectivement.

Quant aux arguments relatifs à l'art. 15, la fonction de travailleur agricole ne confère pas une caractéristique personnelle immuable (ou considérée comme immuable) justifiant la protection contre la discrimination garantie à l'art. 15.

*La juge Deschamps* : La décision rendue dans *Health Services* n'a pas la vaste portée que lui attribuent les juges majoritaires en l'espèce. Le litige ne réside pas dans la question de savoir si la *LPEA* prévoit un processus qui respecte le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi. Si l'obligation d'agir de bonne foi s'inscrit dans un faisceau de dispositions législatives, il ne saurait être question en l'espèce de la tenir pour constitutionnelle. L'élargissement de la définition de liberté d'association résultant des conclusions prononcées dans *Health Services* n'a aucune incidence sur la protection que le législateur ontarien doit accorder aux employés agricoles.

Suivant l'arrêt *Health Services*, la liberté d'association englobe la liberté de participer à des activités associatives et la faculté des employés d'agir de concert pour réaliser des objectifs communs concernant le travail et les conditions d'emploi. Définie de la sorte, la liberté d'association ne nécessite pas une protection plus grande que celle prévue par le cadre législatif dont la Cour ordonne

*Dunmore* for the agricultural workers. The *AEPA* complies with this Court's conclusion in *Dunmore* and it complies with the *Charter*.

Even though labour law provides tools that help reduce economic inequality, not all aspects of labour law are protected by the *Charter*. Economic equality is not an "equality right" for the purposes of s. 15 of the *Charter*. *Dunmore* was based on the notion that the *Charter* does not ordinarily oblige the government to take action to facilitate the exercise of a fundamental freedom. Recognition was given to the dichotomy between positive and negative rights. To get around the general rule, a framework was established for cases in which the vulnerability of a group justified resorting to government support.

To redress economic inequality, it would be more faithful to the design of the *Charter* to open the door to the recognition of more analogous grounds under s. 15. Each *Charter* protection should not be interpreted in a formalistic manner. Rather, if the law needs to move away from *Dunmore's* distinction between positive and negative rights, this should not be accomplished by conflating freedom of association with the right to equality or any other *Charter* right that may be asserted by a litigant. An analysis based on principles grounding the protection of rights and freedoms offers a better prospect of judicial consistency than one based on the more amorphous notion of "Canadian values".

*Per* Abella J. (dissenting): The *AEPA* violates s. 2(d) of the *Charter* because it does not protect, and was never intended to protect, collective bargaining rights. The *AEPA*, enacted in 2002, was the government's good faith implementation of this Court's 2001 decision in *Dunmore*, which defined the scope of s. 2(d) as being the right to organize and make representations. *Health Services*, decided in 2007, expanded that scope to include protection for a process of collective bargaining, including the duty to consult and negotiate in good faith. The applicable legal principles are therefore those set out in *Health Services* and the *AEPA* must be assessed against the revised constitutional standard.

The *AEPA* has virtually no language that indicates protection for a process of collective bargaining. It requires only that an employer "listen" if representations are made orally, or, if made in writing, "acknowledge" that the representations have been read. No response, discussions, or negotiations are required. Moreover, when the legislation was introduced, the government's intention to exclude any protection for collective bargaining rights from the legislation was unequivocally expressed by the Minister of Agriculture

l'adoption dans l'arrêt *Dunmore* pour régir les employés agricoles. La *LPEA* respecte les principes énoncés dans l'arrêt *Dunmore* et est conforme à la *Charte*.

Même si le droit du travail offre des outils qui contribuent à atténuer la disparité des revenus, tous ses aspects ne bénéficient pas de la protection de la *Charte*. L'égalité économique ne constitue pas l'un des « droits à l'égalité » garantis à l'art. 15 de la *Charte*. L'arrêt *Dunmore* est fondé sur le principe voulant que, généralement, la *Charte* n'oblige pas l'État à agir pour faciliter l'exercice d'une liberté fondamentale. La dichotomie droits positifs/droits négatifs y est reconnue. Pour contourner la règle générale, une grille d'analyse a été établie pour les cas où la vulnérabilité d'un groupe justifierait le recours à un soutien étatique.

Pour remédier à une inégalité économique, il serait plus conforme à la structure de la *Charte* de reconnaître de nouveaux motifs analogues à ceux énumérés à l'art. 15. Il ne faut pas interpréter de manière formaliste chacune des garanties de la *Charte*. S'il est nécessaire de s'éloigner de la distinction entre droits positifs et droits négatifs utilisée dans *Dunmore*, il ne faudrait pas pour autant confondre droit à l'égalité et liberté d'association, ou tout autre droit protégé par la *Charte* susceptible d'être invoqué par une partie à un litige. L'analyse prenant appui sur les principes qui structurent la protection des droits et des libertés permet plus de cohérence judiciaire que celle qui repose sur la notion floue de « valeurs canadiennes ».

*La* juge Abella (dissidente) : La *LPEA* contrevient à l'al. 2d) de la *Charte* car elle ne protège pas les droits de négociation collective, et n'a jamais eu pour objet de les protéger. Le gouvernement a édicté la *LPEA* de bonne foi, en 2002, pour donner suite à l'arrêt *Dunmore*, rendu en 2001, dans lequel la Cour avait statué que l'al. 2d) protégeait le droit de s'organiser et de présenter des observations. En 2007, l'arrêt *Health Services* a étendu cette protection au processus de négociation collective, qui inclut notamment l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. Les principes de droit applicables sont par conséquent ceux qui ont été établis dans *Health Services* et la validité de la *LPEA* doit être examinée en fonction de cette norme constitutionnelle redéfinie.

Le libellé de la *LPEA* est pratiquement dépourvu de termes susceptibles de traduire une protection quelconque conférée au processus de négociation collective. Cette loi oblige seulement l'employeur à « écouter » les observations présentées oralement ou à « informer » l'association d'employés qu'il a lu celles qui lui ont été présentées par écrit. Elle n'exige de sa part aucune réponse, discussion ou négociation. En outre, lors du dépôt du projet de loi, la ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation a exprimé on ne peut plus clairement l'intention

and Food. This clarity of statutory language and legislative intent cannot be converted by the interpretive process into a completely different scheme.

For agricultural workers, the meaningful exercise of the right to collective bargaining requires two additional components. The first is a statutory enforcement mechanism with a mandate to resolve bargaining disputes. Since it is not a contravention of the *AEPA* to refuse to engage in a good faith process to make reasonable efforts to arrive at a collective agreement, the Tribunal is without jurisdiction to grant a remedy for any violations of s. 2(d) rights. The second essential element is a requirement that the employer bargain only with the representative selected by a majority of the employees in the bargaining unit. This concept, known as majoritarian exclusivity, has been a central and defining principle of labour relations in Canada since 1944. Given the singular employment disadvantage of agricultural workers, the absence of statutory protection for exclusivity effectively nullifies the ability of agricultural workers to have a unified and therefore more cogent voice in attempting to mitigate and ameliorate their working conditions.

The absence of these statutory protections cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The objectives of the rights limitation — the failure to provide agricultural workers with the necessary statutory protections to exercise the right to bargain collectively — were to protect the family farm and farm production/viability. The minimal impairment branch of the *Oakes* test is determinative in this case. The complete absence of any statutory protection for a process of collective bargaining in the *AEPA* cannot be said to be minimally impairing of the s. 2(d) right. The rights limitation is not even remotely tailored to either government objective; it is, in fact, not tailored at all. Preventing all agricultural workers from access to a process of collective bargaining in order to protect family farms, no matter their size or nature of the agricultural enterprise, harms the s. 2(d) right in its entirety, not minimally. It is worth noting too that all provinces except Alberta give agricultural workers the same collective bargaining rights as other employees. There is no evidence that this has harmed the economic viability of farming in those provinces, or that the nature of farming in Ontario uniquely justifies a severely restrictive rights approach.

du gouvernement d'exclure toute protection des droits de négociation collective. Le processus d'interprétation ne saurait transformer le libellé clair du texte législatif et l'intention du législateur en un régime complètement différent.

L'exercice véritable du droit à la négociation collective par les travailleurs agricoles suppose deux autres composantes. D'une part, il doit exister une voie de droit prévue par la loi pour la résolution des différends. Le refus de participer de bonne foi à un processus de négociation et de faire des efforts raisonnables pour arriver à une convention collective ne constituant pas une contravention à la *LPEA*, le Tribunal n'est pas compétent pour ordonner une réparation en cas de violation des droits que garantit l'al. 2d). D'autre part, l'employeur doit négocier uniquement avec le représentant choisi par la majorité des employés de l'unité de négociation. Ce concept du monopole syndical conféré par un vote majoritaire est un principe déterminant et d'importance capitale dans les relations du travail au Canada depuis 1944. Compte tenu de la situation professionnelle particulière désavantageuse des travailleurs agricoles, l'absence de reconnaissance légale du monopole syndical a pour effet de les priver de la capacité d'avoir une voix unie et puissante pour tenter d'alléger et d'améliorer leurs conditions de travail.

L'absence de ces protections dans la loi n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Les objectifs de cette limitation des droits — c.-à-d. du fait de ne pas accorder aux travailleurs agricoles les protections légales nécessaires à l'exercice de leur droit de négociation collective — étaient de protéger la ferme familiale ainsi que la productivité et la viabilité des exploitations agricoles. Le critère de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes* est déterminant en l'espèce. L'absence dans la loi de toute protection du processus de négociation collective ne peut pas être considérée comme une atteinte minimale au droit garanti par l'al. 2d). Cette restriction n'est pas, ne serait-ce qu'un tant soit peu, adaptée à la réalisation de l'un ou l'autre objectif de l'État; en fait, elle n'est pas adaptée du tout. Priver tous les travailleurs agricoles d'un processus de négociation collective pour protéger les fermes familiales, sans égard à la taille ou à la nature de l'exploitation agricole, porte atteinte au droit garanti par l'al. 2d) dans sa totalité, non minimalement. Il convient de souligner que dans chaque province, sauf en Alberta, les travailleurs agricoles bénéficient des mêmes droits de négociation collective que d'autres employés. Rien ne démontre que cette situation a nui à la viabilité économique des exploitations agricoles dans ces provinces ni que la nature particulière de l'agriculture en Ontario justifie une restriction aussi draconienne.

## Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

**Applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **referred to:** *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483.

By Rothstein J.

**Applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; **not followed:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **referred to:** *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995); *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987]

## Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel

**Arrêts appliqués :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483.

Citée par le juge Rothstein

**Arrêt appliqué :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; **arrêt non suivi :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Adarand Constructors, Inc. c. Pena*, 515 U.S. 200 (1995); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S.

1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

By Deschamps J.

**Applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; **discussed:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **referred to:** *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295.

By Abella J. (dissenting)

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*,

313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt appliqué :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; **arrêt analysé :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêts mentionnés :** *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*,

[1990] 2 S.C.R. 367; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting labour relations, vocational training and workforce management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20.  
*Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16, ss. 1, 2, 5, 7-11.  
*Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 [rep. 1995, c. 1, s. 80], Preamble, ss. 3, 10, 11.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7-12, 15, 23, 32, 33.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35(1), 52.  
*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(a).  
*Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 7.  
*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21.  
*Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 1.  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 2(1).  
*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 3(b.1), 17.  
*Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 4(2)(e).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 1.  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (codified as amended at 29 U.S.C. §§151-169).  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 2(1).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 2.

### Treaties and Other International Instruments

*Constitution of the International Labour Organisation*, 15 U.N.T.S. 40, Art. 19(5)(e).  
*Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organise*, 68 U.N.T.S. 17.  
*Convention (No. 98) concerning the application of the principles of the right to organise and to bargain collectively*, 96 U.N.T.S. 257, Art. 4.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171.  
*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3.

[1990] 2 R.C.S. 367; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), b), d), 7-12, 15, 23, 32, 33.  
*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 21.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. L-1, art. 7.  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, ch. L-1, art. 2(1).  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 4(2)(e).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 1.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1), 52.  
*Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 [abr. 1995, ch. 1, art. 80], préambule, art. 3, 10, 11.  
*Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1.  
*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1), 17.  
*Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16, art. 1, 2, 5, 7-11.  
*Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 1.  
*Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20.  
*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 1(5)a).  
*Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, ch. 54.  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (modifiée et codifiée à 29 U.S.C. §§151-169).  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, art. 2(1).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 2.

### Traité et autres instruments internationaux

*Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, 15 R.T.N.U. 41, art. 19(5)e).  
*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17.  
*Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*, 96 R.T.N.U. 257, art. 4.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171.  
*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3.

## Authors Cited

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2010, release 37).
- Adams, Roy J. "Prospects for Labour's Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services*" (2009), 59 *U.N.B.L.J.* 85.
- Bandes, Susan. "The Negative Constitution: A Critique" (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271.
- Barak-Ussoskin, Elisheva (Elika). "Collaboration in the Tripartite System: The Right to be Consulted and the Duty to Consult", in Armin Höland et al., eds., *Employee Involvement in a Globalising World: Liber Amicorum Manfred Weiss*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, 439.
- Basu, Robin K. "Revolution and Aftermath: *B.C. Health Services* and Its Implications" (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165.
- Beatty, David, and Steven Kennett. "Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573.
- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston: McGill-Queen's University Press, 1987.
- Brunelle, Christian. "La liberté d'association se porte mieux: un commentaire de l'arrêt *Health Services*", dans *Conférence des juristes de l'État 2009: XVIII<sup>e</sup> Conférence*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009, 237.
- Cameron, Jamie. "Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter*: A Comment on *B.C. Health Services*" (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.
- Cameron, Jamie. "The Labour Trilogy's Last Rites: *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297.
- Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.
- Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- Coutu, Michel, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- Dau-Schmidt, Kenneth G. "Labor Law and Industrial Peace: A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model" (2000), 8 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 117.
- Elliot, Robin. "Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term" (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83.

## Doctrine citée

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2010, release 37).
- Adams, Roy J. « Prospects for Labour's Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services* » (2009), 59 *R.D. U.N.-B.* 85.
- Bandes, Susan. « The Negative Constitution : A Critique » (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271.
- Barak-Ussoskin, Elisheva (Elika). « Collaboration in the Tripartite System : The Right to be Consulted and the Duty to Consult », in Armin Höland et al., eds., *Employee Involvement in a Globalising World : Liber Amicorum Manfred Weiss*. Berlin : Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, 439.
- Basu, Robin K. « Revolution and Aftermath : *B.C. Health Services* and Its Implications » (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165.
- Beatty, David, and Steven Kennett. « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573.
- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston : McGill-Queen's University Press, 1987.
- Brunelle, Christian. « La liberté d'association se porte mieux : un commentaire de l'arrêt *Health Services* », dans *Conférence des juristes de l'État 2009 : XVIII<sup>e</sup> Conférence*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009, 237.
- Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n<sup>o</sup> 330. Cas n<sup>os</sup> 2166, 2173, 2180 et 2196 « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », *Bulletin officiel du BIT*, vol. LXXXVI, 2003, série B, n<sup>o</sup> 1.
- Cameron, Jamie. « Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter* : A Comment on *B.C. Health Services* » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.
- Cameron, Jamie. « The Labour Trilogy's Last Rites : *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297.
- Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1968.
- Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague : Kluwer Law International, 2002.
- Conférence internationale du Travail. Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. *Liberté syndicale et négociation collective*. Genève : Bureau international du Travail, 1994.

- Etherington, Brian. "The B.C. *Health Services and Support* Decision — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did It Come From and Where Will It Lead?" (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 715.
- Fudge, Judy. "Labour is Not a Commodity": The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association" (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.
- Fudge, Judy. "The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond" (2008), 37 *Indus. L.J.* 25.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2001.
- Gall, Peter A. "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword", in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1986, 245.
- Gernigon, Bernard, Alberto Otero and Horacio Guido. "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 *Intern'l Lab. Rev.* 33.
- Harris, Bruce V. "Final Appellate Courts Overruling Their Own 'Wrong' Precedents: The Ongoing Search for Principle" (2002), 118 *L.Q.R.* 408.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).
- Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. "Charter Dialogue Revisited — Or 'Much Ado About Metaphors'" (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Holmes, Stephen, and Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- Hutchinson, Allan C., and Andrew Petter. "Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter" (1988), 38 *U.T.L.J.* 278.
- International Labour Conference. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. *Freedom of Association and Collective Bargaining*. Geneva: International Labour Office, 1994.
- International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report No. 330. Case Nos. 2166, 2173, 2180 and 2196 "Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Series B, No. 1.
- Langille, Brian. "The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It" (2009), 54 *McGill L.J.* 177.
- Coutu, Michel, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.
- Dau-Schmidt, Kenneth G. « Labor Law and Industrial Peace : A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model » (2000), 8 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 117.
- Elliot, Robin. « Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term » (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83.
- Etherington, Brian. « The B.C. *Health Services and Support* Decision — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada : Where Did It Come From and Where Will It Lead? » (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 715.
- Fudge, Judy. « "Labour is Not a Commodity" : The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.
- Fudge, Judy. « The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively : The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond » (2008), 37 *Indus. L.J.* 25.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law : The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2001.
- Gall, Peter A. « Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Carswell, 1986, 245.
- Gernigon, Bernard, Alberto Otero et Horacio Guido. « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37.
- Harris, Bruce V. « Final Appellate Courts Overruling Their Own "Wrong" Precedents : The Ongoing Search for Principle » (2002), 118 *L.Q.R.* 408.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).
- Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. « Charter Dialogue Revisited — Or "Much Ado About Metaphors" » (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Holmes, Stephen, and Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*. New York : W. W. Norton & Company, 1999.
- Hutchinson, Allan C., and Andrew Petter. « Private Rights/Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter » (1988), 38 *U.T.L.J.* 278.
- Langille, Brian. « The Freedom of Association Mess : How We Got into It and How We Can Get out of It » (2009), 54 *R.D. McGill* 177.



- Langille, Brian. "Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model?" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101.
- Langille, Brian A. "Can We Rely on the ILO?" (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Laskin, Bora. "Recent Labour Legislation in Canada" (1944), 22 *Can. Bar Rev.* 776.
- Macklem, Patrick. "Developments in Employment Law: The 1990-91 Term" (1992), 3 *S.C.L.R.* (2d) 227.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 43A, 3rd Sess., 37th Parl., October 16, 2002, p. 2128.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 46A, 3rd Sess., 37th Parl., October 22, 2002, pp. 2339-40.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Report to the Minister of Labour*. Toronto: The Task Force, 1992.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Second Report to the Minister of Labour*. Toronto: The Task Force, 1992.
- Parkes, Debra. "Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada" (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Summers, Clyde W. "Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a 'Unique' American Principle" (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 47.
- Tucker, Eric. "The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada" (2008), 61 *Labour* 151.
- Verge, Pierre. "Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets" (2009), 50 *C. de D.* 267.
- Verge, Pierre. "L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association: une nouvelle vie pour l'autonomie collective?" (2010), 51 *C. de D.* 353.
- Verge, Pierre. "La Cour suprême, le 'droit' à la négociation collective et le 'droit' de grève" (2006), 66 *R. du B.* 391.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.
- Langille, Brian. « Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101.
- Langille, Brian A. « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Laskin, Bora. « Recent Labour Legislation in Canada » (1944), 22 *R. du B. can.* 776.
- Macklem, Patrick. « Developments in Employment Law : The 1990-91 Term » (1992), 3 *S.C.L.R.* (2d) 227.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, n° 43A, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 16 octobre 2002, p. 2128.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, n° 46A, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2002, p. 2339-2340.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Report to the Minister of Labour*. Toronto : The Task Force, 1992.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Second Report to the Minister of Labour*. Toronto : The Task Force, 1992.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
- Summers, Clyde W. « Exclusive Representation : A Comparative Inquiry into a "Unique" American Principle » (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 47.
- Tucker, Eric. « The Constitutional Right to Bargain Collectively : The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada » (2008), 61 *Le Travail* 151.
- Verge, Pierre. « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets » (2009), 50 *C. de D.* 267.
- Verge, Pierre. « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective? » (2010), 51 *C. de D.* 353.
- Verge, Pierre. « La Cour suprême, le "droit" à la négociation collective et le "droit" de grève » (2006), 66 *R. du B.* 391.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto : Carswell, 1980.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Cronk and Watt J.J.A.), 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481, 301 D.L.R. (4th) 335, 182 C.R.R. (2d) 109, 242 O.A.C. 252, 2009 CLLC ¶220-001, [2008] O.J. No. 4543

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Cronk et Watt), 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481, 301 D.L.R. (4th) 335, 182 C.R.R. (2d) 109, 242 O.A.C. 252, 2009 CLLC ¶220-001, [2008] O.J. No.

(QL), 2008 CarswellOnt 6726, setting aside a decision of Farley J. (2006), 79 O.R. (3d) 219, 263 D.L.R. (4th) 425, 137 C.R.R. (2d) 123, 2006 CLLC ¶220-009, [2006] O.J. No. 45 (QL), 2006 CarswellOnt 55. Appeal allowed and action dismissed, Abella J. dissenting.

*Robin K. Basu and Shannon M. Chace*, for the appellant.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Fay C. Faraday*, for the respondents.

*Anne M. Turley*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Michel Déom and Geneviève Lessard*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Gaétan Migneault and Michelle Brun-Coughlan*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Neena Sharma*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Roderick S. Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*John D. R. Craig and Jodi Gallagher*, for the intervener the Ontario Federation of Agriculture.

*Roy L. Heenan and Thomas Brady*, for the intervener the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications.

*Robert Dupont, Pascale Gauthier and Jean H. Lafleur*, for the intervener Conseil du patronat du Québec Inc.

*Brad Elberg and Kelly Henriques*, for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund.

*Augustus G. Lilly, Q.C.*, and *Stephen F. Penney*, for the intervener the Canadian Employers Council.

*Peter A. Gall, Q.C.*, *Donald R. Munroe, Q.C.*, and *Andrea L. Zwack*, for the interveners

4543 (QL), 2008 CarswellOnt 6726, qui a annulé une décision du juge Farley (2006), 79 O.R. (3d) 219, 263 D.L.R. (4th) 425, 137 C.R.R. (2d) 123, 2006 CLLC ¶220-009, [2006] O.J. No. 45 (QL), 2006 CarswellOnt 55. Pourvoi accueilli et action rejetée, la juge Abella est dissidente.

*Robin K. Basu et Shannon M. Chace*, pour l'appelant.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Fay C. Faraday*, pour les intimés.

*Anne M. Turley*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Michel Déom et Geneviève Lessard*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

*Neena Sharma*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Roderick S. Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*John D. R. Craig et Jodi Gallagher*, pour l'intervenante la Fédération de l'agriculture de l'Ontario.

*Roy L. Heenan et Thomas Brady*, pour l'intervenant les Employeurs des transports et communications de régie fédérale.

*Robert Dupont, Pascale Gauthier et Jean H. Lafleur*, pour l'intervenant le Conseil du patronat du Québec Inc.

*Brad Elberg et Kelly Henriques*, pour l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie.

*Augustus G. Lilly, c.r.*, et *Stephen F. Penney*, pour l'intervenant le Conseil canadien des employeurs.

*Peter A. Gall, c.r.*, *Donald R. Munroe, c.r.*, et *Andrea L. Zwack*, pour les intervenants Coalition

the Coalition of BC Businesses and the British Columbia Agriculture Council.

*Selwyn A. Pieters and Adrian A. Smith*, for the interveners *Justicia for Migrant Workers and the Industrial Accident Victims Group of Ontario*.

*Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*Ian J. Roland and Michael Fenrick*, for the intervener the Canadian Police Association.

*Joshua S. Phillips and Antony Singleton*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

of BC Businesses et British Columbia Agriculture Council.

*Selwyn A. Pieters et Adrian A. Smith*, pour les intervenants *Justicia for Migrant Workers et Industrial Accident Victims Group of Ontario*.

*Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Ian J. Roland et Michael Fenrick*, pour l'intervenante l'Association canadienne des policiers.

*Joshua S. Phillips et Antony Singleton*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
<b>Reasons of McLachlin C.J. and LeBel J.....</b>	<b>1</b>
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Background</u> .....	5
A. <i>The Exclusion of the Farming Sector From the LRA and the Impact of Dunmore</i> .....	5
B. <i>The Constitutional Challenge to the AEPA</i> .....	7
III. <u>Judicial History</u> .....	13
A. <i>Ontario Superior Court of Justice (2006), 79 O.R. (3d) 219 (the Applications Judge)</i> .....	13
B. <i>Ontario Court of Appeal, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (Winkler C.J.O. and Cronk and Watt J.J.A.)</i> .....	15
IV. <u>Analysis</u> .....	17
A. <i>Issues: Does the AEPA Violate Sections 2(d) and 15 of the Charter?</i> .....	17

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
<b>Motifs de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel.....</b>	<b>1</b>
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Contexte</u> .....	5
A. <i>La non-application de la LRT au secteur agricole et l'incidence de l'arrêt Dunmore</i> .....	5
B. <i>La contestation constitutionnelle de la LPEA</i> .....	7
III. <u>Historique judiciaire</u> .....	13
A. <i>Cour supérieure de justice de l'Ontario (2006), 79 O.R. (3d) 219 (le juge des requêtes)</i> .....	13
B. <i>Cour d'appel de l'Ontario, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (le juge en chef Winkler et les juges Cronk et Watt)</i> .....	15
IV. <u>Analyse</u> .....	17
A. <i>Questions en litige : La LPEA porte-t-elle atteinte à l'al. 2d) et à l'art. 15 de la Charte?</i> .....	17

B.	<i>Freedom of Association (Section 2(d))</i> .....	18	B.	<i>Liberté d'association (l'al. 2d)</i> .....	18
(1)	<u>Freedom of Association in the Labour Context: The Jurisprudential Background</u> .....	19	(1)	<u>Liberté d'association au travail : le contexte jurisprudentiel</u> .....	19
(a)	<i>The Early Cases</i> .....	19	a)	<i>Les premiers jugements</i> .....	19
(b)	<i>Dunmore</i> .....	26	b)	<i>L'arrêt Dunmore</i> .....	26
(c)	<i>Health Services: Its Impact</i> .....	34	c)	<i>L'incidence de l'arrêt Health Services</i> .....	34
(d)	<i>The Issue on This Appeal</i> .....	44	d)	<i>La question en litige dans le présent pourvoi</i> .....	44
(e)	<i>Response to Justice Deschamps</i> .....	49	e)	<i>Réponse aux motifs de la juge Deschamps</i> .....	49
(f)	<i>Response to Justice Rothstein</i> .....	52	f)	<i>Réponse aux motifs du juge Rothstein</i> .....	52
(i)	<u>The Caution Required in Overturning Precedent</u> .....	56	(i)	<u>La prudence nécessaire avant de renverser un précédent</u> .....	56
(ii)	<u>The Arguments on Jurisprudence</u> .....	61	(ii)	<u>L'argumentation de nature jurisprudentielle</u> .....	61
(iii)	<u>Purpose of Section 2(d): Individual Versus Collective Rights</u> .....	63	(iii)	<u>L'objet de l'al. 2d) : droits individuels et droits collectifs</u> .....	63
(iv)	<u>The Argument That Section 2(d) Is a Freedom, Not a Right</u> .....	67	(iv)	<u>La thèse voulant que l'al. 2d) confère une liberté et non un droit</u> .....	67
(v)	<u>The Argument That Health Services Privileges Particular Associations</u> .....	74	(v)	<u>L'argument selon lequel Health Services favorise certaines associations</u> .....	74
(vi)	<u>The Argument That Health Services Gives Contracts Priority Over Statutes</u> .....	76	(vi)	<u>L'argument selon lequel Health Services donne priorité au contrat sur la loi</u> .....	76
(vii)	<u>The Argument That Health Services Removes Judicial Deference to the Legislation</u> .....	77	(vii)	<u>L'argument selon lequel Health Services supprime la déférence des tribunaux envers le législateur</u> .....	77
(viii)	<u>The Argument of Unworkability</u> .....	82	(viii)	<u>L'argument de l'inapplicabilité</u> .....	82

(ix) <u>The Argument on Academic Criticism</u> .....	86	(ix) <u>L'argument fondé sur les critiques des auteurs</u> .....	86
(x) <u>The Argument on Canadian Labour History</u> .....	89	(x) <u>L'argument fondé sur l'évolution du droit du travail au Canada</u> .....	89
(xi) <u>The Argument on International Law</u> .....	91	(xi) <u>L'argument fondé sur le droit international</u> .....	91
(xii) <u>The Argument on Charter Values</u> .....	96	(xii) <u>L'argument fondé sur les valeurs de la Charte</u> .....	96
(xiii) <u>Conclusion</u> .....	97	(xiii) <u>Conclusion</u> .....	97
(2) <u>Application: Have the Respondents Established a Breach of Section 2(d)?</u> .....	98	(2) <u>Application : Les intimés ont-ils établi l'atteinte à l'al. 2d)?</u> .....	98
C. <u>Section 15 of the Charter</u> .....	114	C. <u>Article 15 de la Charte</u> .....	114
V. <u>Conclusion</u> .....	117	V. <u>Conclusion</u> .....	117
<b>Reasons of Rothstein J.</b> .....	119	<b>Motifs du juge Rothstein</b> .....	119
I. <u>Introduction</u> .....	119	I. <u>Introduction</u> .....	119
II. <u>When Should Precedent be Overturned?</u> .....	129	II. <u>À quelles conditions peut-on rompre avec un arrêt antérieur?</u> .....	129
III. <u>The Explicit Break With Precedent in Health Services</u> .....	152	III. <u>La rupture expresse d'avec la jurisprudence dans Health Services</u> .....	152
A. <u>Introduction</u> .....	152	A. <u>Introduction</u> .....	152
B. <u>The Jurisprudential Background Prior to Health Services</u> .....	157	B. <u>Le contexte jurisprudentiel avant l'arrêt Health Services</u> .....	157
C. <u>An Express Break With Precedent in Health Services</u> .....	166	C. <u>Revirement jurisprudentiel dans Health Services</u> .....	166
IV. <u>Section 2(d) of the Charter Does Not Protect Collective Bargaining</u> .....	172	IV. <u>L'alinéa 2d) de la Charte ne protège pas la négociation collective</u> .....	172
A. <u>The Collective Bargaining Right Recognized in Health Services Is Inconsistent With the Purpose of Section 2(d)</u> .....	177	A. <u>Le droit à la négociation collective reconnu dans Health Services est incompatible avec l'objet de l'al. 2d)</u> .....	177
(1) <u>Section 2(d) Protects Individual Interests, Not Group Interests</u> .....	178	(1) <u>L'alinéa 2d) protège des intérêts individuels, et non collectifs</u> .....	178
(a) <u>Individual Freedoms Versus Collective Rights</u> .....	178	a) <u>Libertés individuelles versus droits collectifs</u> .....	178

(b) <i>Qualitative Differences Between Individuals and Associations Do Not Change the Individual Nature of Freedom of Association</i> .....	181	b) <i>Malgré les différences qualitatives entre activités individuelles et activités associatives, la liberté d'association demeure de nature individuelle</i> .....	181
(2) <u>Section 2(d) Protects Freedoms Rather Than Rights</u> .....	188	(2) <u>L'alinéa 2d) protège des libertés plutôt que des droits</u> .....	188
(3) <u>Section 2(d) Does Not Privilege Some Associations Over Others</u> .....	203	(3) <u>L'alinéa 2d) ne favorise pas certaines associations par rapport à d'autres</u> .....	203
(4) <u>Section 2(d) Does Not Give Constitutional Status to Contracts</u> ....	216	(4) <u>L'alinéa 2d) ne confère pas de valeur constitutionnelle au contrat</u> .....	216
(5) <u>Courts Have Afforded the Legislature Significant Deference in the Application of Section 2(d) to the Field of Labour Relations</u> .....	219	(5) <u>Les tribunaux font preuve d'une grande déférence à l'endroit du législateur lorsqu'ils appliquent l'al. 2d) dans le domaine des relations du travail</u> .....	219
B. <i>The Reasons Advanced in Health Services Do Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Under Section 2(d) of the Charter</i> .....	231	B. <i>Les motifs avancés dans Health Services ne justifient pas la constitutionnalisation de la négociation collective en application de l'al. 2d) de la Charte</i> .....	231
(1) <u>The Continuing Validity of Past Precedents on the Scope of Section 2(d)</u> .....	233	(1) <u>Les décisions antérieures relatives à la portée de l'al. 2d) demeurent valables</u> .....	233
(2) <u>Canadian Labour History Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights</u> .....	234	(2) <u>L'histoire des relations du travail au Canada n'appuie pas la constitutionnalisation du droit à la négociation collective</u> .....	234
(3) <u>International Law Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights</u> .....	247	(3) <u>Le droit international n'appuie pas la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement</u> .....	247
(4) <u>Charter Values Cannot Be Invoked to Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights</u> .....	251	(4) <u>Les valeurs consacrées par la Charte ne peuvent être invoquées à l'appui de la constitutionnalisation du droit à la négociation collective</u> .....	251

C. <i>The Approach in Health Services Is Unworkable</i> .....	256	C. <i>L'inapplicabilité pratique de l'approche retenue dans Health Services</i> .....	256
(1) <u>The Problem of Constitutionalizing One Part of the Wagner Model</u> .....	257	(1) <u>Le problème de la constitutionnalisation d'un volet du modèle Wagner</u> .....	257
(2) <u>The Untenable Distinction Between Substance and Process</u> .....	263	(2) <u>La distinction indéfendable entre la substance et le processus</u> .....	263
V. <u>The Charter Protects a Voluntary Association of Workers Whose Objectives Are to Improve Wages and Working Conditions</u> .....	270	V. <u>La Charte protège l'association volontaire des travailleurs aux fins d'améliorer salaires et conditions de travail</u> .....	270
VI. <u>Summary</u> .....	275	VI. <u>Résumé</u> .....	275
VII. <u>Application to the Present Case</u> .....	276	VII. <u>Application à l'espèce</u> .....	276
VIII. <u>Conclusion</u> .....	296	VIII. <u>Conclusion</u> .....	296
<b>Reasons of Deschamps J.</b> .....	297	<b>Motifs de la juge Deschamps</b> .....	297
I. <u>Interpreting Health Services</u> .....	298	I. <u>Interprétation de l'arrêt Health Services</u> ..	298
II. <u>Approach From Dunmore</u> .....	313	II. <u>L'approche de l'arrêt Dunmore</u> .....	313
<b>Reasons of Abella J.</b> .....	321	<b>Motifs de la juge Abella</b> .....	321
<u>Background</u> .....	323	<u>Contexte</u> .....	323
<u>Analysis</u> .....	326	<u>Analyse</u> .....	326

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. —

#### I. Introduction

[1] This appeal raises anew the issue of the constitutionality of the labour relations regime that applies to farm workers in Ontario. Most Canadian provinces have brought the farming sector under their general labour relations laws, with some exceptions and restrictions. Except for a very

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL —

#### I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, notre Cour doit de nouveau se prononcer sur la constitutionnalité du régime de relations du travail applicable aux travailleurs agricoles en Ontario. Dans la plupart des provinces, le secteur agricole relève de la législation générale du travail, à quelques exceptions et

short period of time, Ontario has always excluded farms and farm workers from the application of its *Labour Relations Act* (currently *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A) (“*LRA*”). In the present appeal, our Court must determine whether Ontario’s latest attempt to frame a separate labour relations regime for the farming sector respects the constitutional guarantee of freedom of association, or violates it by failing to safeguard the exercise of collective bargaining rights. The *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 (“*AEPA*” or “*Act*”), was a response to this Court’s decision in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which found that the previous legislative scheme violated s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] We are of the view that the *AEPA* has not been shown to be unconstitutional. Section 2(d) of the *Charter* protects the right to associate to achieve collective goals. Laws or state actions that substantially interfere with the ability to achieve workplace goals through collective actions have the effect of negating the right of free association and therefore constitute a limit on the s. 2(d) right of free association, which renders the law or action unconstitutional unless it is justified under s. 1 of the *Charter*. This requires a process of engagement that permits employee associations to make representations to employers, which employers must consider and discuss in good faith.

[3] The law here at issue, the *AEPA*, properly interpreted, meets these requirements, and is not unconstitutional. We would therefore allow the appeal.

[4] Before moving to the analysis of the issues raised by the appeal, it will be useful to review the factual background and the jurisprudential developments that gave rise to this case.

limitations près. Cependant, sauf pendant un très court laps de temps, le législateur ontarien a toujours soustrait les entreprises et les travailleurs agricoles à l’application de sa *Loi sur les relations de travail* (l’actuelle *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A) (« *LRT* »). Notre Cour doit aujourd’hui déterminer si la plus récente tentative d’établissement d’un régime distinct pour le secteur agricole respecte la liberté d’association garantie par la Constitution ou si elle y porte atteinte, parce qu’elle ne protège pas l’exercice du droit de négociation collective. La *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« *LPEA* » ou « *Loi* »), a été adoptée en réaction à l’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, dans lequel notre Cour a statué que le texte de loi antérieur contrevenait à l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] À notre avis, l’inconstitutionnalité de la *LPEA* n’est pas démontrée. L’alinéa 2d) de la *Charte* protège le droit de s’associer pour atteindre des objectifs collectifs. Une loi ou une action de l’État qui entrave substantiellement la capacité de réaliser des objectifs liés au travail grâce à des actions concertées fait obstacle à l’exercice du droit de libre association. Une telle loi ou action restreint donc la liberté d’association et devient de ce fait inconstitutionnelle, sauf justification au regard de l’article premier. Cette exigence constitutionnelle demande l’établissement d’un processus de dialogue où l’association d’employés peut présenter des observations à l’employeur, qui doit en prendre connaissance et en discuter de bonne foi.

[3] Correctement interprétée, la loi visée en l’espèce, la *LPEA*, satisfait à cette exigence et n’est pas inconstitutionnelle. Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

[4] Un rappel des faits et de l’évolution jurisprudentielle qui se trouvent à l’origine du litige s’impose avant l’analyse des questions que soulève le pourvoi.



## II. Background

### A. *The Exclusion of the Farming Sector From the LRA and the Impact of Dunmore*

[5] Prior to 1994, indeed since 1943, farm workers had been excluded from the general labour relations regime established by the *LRA*. In 1994, the Ontario legislature enacted the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 (“*ALRA*”), which extended trade union and collective bargaining rights to agricultural workers. A year later, the legislature repealed the *ALRA* in its entirety and again excluded farm workers from the labour relations regime set out in the *ALRA (Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995)*, S.O. 1995, c. 1 (“*LRESLAA*”). The *LRESLAA* was challenged on the basis that it infringed the guarantees of freedom of association under s. 2(d) and equality under s. 15 of the *Charter*. In *Dunmore*, a majority of this Court found a breach of s. 2(d). It held that the claimants were substantially unable to organize without protective legislation, and declared the law to be unconstitutional. This had the effect of nullifying the exclusion of farm workers from the *LRA*, but this Court suspended the declaration of invalidity for 18 months. The majority concluded it was not necessary to deal with the s. 15 challenge.

[6] In response, the Ontario legislature enacted the *AEPA* in 2002, which came into force on June 17, 2003. In brief, the *AEPA* excluded farm workers once again from the *LRA*, but crafted a labour relations regime for farm workers in Ontario. It granted them the rights to form and join an employees’ association, to participate in its activities, to assemble, to make representations to their employers through their association on their terms and conditions of employment, and the right to be protected against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights (s. 1(2)). The employer must give an association the opportunity to make representations respecting terms and conditions of employment, and it must listen to those representations or read them (s. 5). The *AEPA* tasks

## II. Contexte

### A. *La non-application de la LRT au secteur agricole et l’incidence de l’arrêt Dunmore*

[5] Avant 1994 — depuis 1943 en fait —, le régime général de la *LRT* ne s’appliquait pas aux travailleurs agricoles. La *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l’agriculture*, L.O. 1994, ch. 6, a accordé aux travailleurs agricoles le droit à la syndicalisation et à la négociation collective. Un an plus tard, elle était abrogée en entier, et les travailleurs agricoles perdaient le bénéfice de l’application du régime de relations du travail qu’elle prévoyait (*Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« *LMLRTE* »)). La *LMLRTE* a été contestée au motif qu’elle portait atteinte à la liberté d’association et au droit à l’égalité garantis respectivement à l’al. 2d) et à l’art. 15 de la *Charte*. Dans l’arrêt *Dunmore*, la Cour a conclu à la majorité qu’elle ne respectait pas l’al. 2d), parce que les demandeurs se trouvaient substantiellement dans l’incapacité de s’associer sans protection légale. Elle a déclaré la loi inconstitutionnelle, annulant par le fait même l’exception de la *LRT* qui soustrayait les travailleurs agricoles à son application, mais elle a accordé au législateur un sursis d’application de 18 mois. La majorité a jugé qu’il n’était pas nécessaire d’examiner l’argument fondé sur l’art. 15.

[6] En 2002, à la suite de cet arrêt, l’Ontario a adopté la *LPEA*, qui est entrée en vigueur le 17 juin 2003. En bref, la *LPEA* rétablit l’exception de la *LRT* visant les travailleurs agricoles ontariens, mais elle crée pour eux un régime de relations du travail particulier. Elle leur confère le droit de former une association et d’y adhérer, de participer à ses activités, de se réunir, de présenter à l’employeur, par l’entremise de leur association, des observations relatives à leurs conditions d’emploi et d’exercer leurs droits sans crainte d’ingérence, de contrainte ou de discrimination (par. 1(2)). Par ailleurs, l’employeur doit donner à une association d’employés l’occasion de présenter des observations au sujet des conditions d’emploi et il est tenu de les écouter ou de les lire (art. 5). La *LPEA* confie au

a tribunal, the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal, with hearing and deciding disputes about the application of the Act (ss. 2 and 11). After limited efforts to use the new protections of the *AEPA*, the respondents mounted a constitutional challenge to its validity.

#### B. *The Constitutional Challenge to the AEPA*

[7] The respondents argue that three more protections are required to meet the requirements of s. 2(d) of the *Charter*: (1) statutory protection for majoritarian exclusivity, meaning that each bargaining unit is represented by a single bargaining agent; (2) an *LRA*-type statutory mechanism to resolve bargaining impasses and interpret collective agreements; and (3) a statutory duty to bargain in good faith. The respondents argue that the Court's recent decision in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, entitles them to laws offering these protections.

[8] The four individual farm workers in this case (three of them respondents and an affiant) worked at Rol-Land Farms Ltd., a large industrial-type mushroom farm in Kingsville, Ontario. In 2002, after this Court's decision in *Dunmore*, Xin Yuan Liu and other workers at Rol-Land approached the United Food and Commercial Workers Union Canada ("UFCW") to represent them and bargain on their behalf. By the spring of 2003, 70 percent of the workers at Rol-Land had joined the union.

[9] Rol-Land refused to recognize the UFCW as the employees' representative. The UFCW then filed an application for certification with the Ontario Labour Relations Board, under the *LRA*. In the ensuing vote, the workers voted 132 to 45 in favour of certification. The resolution of the application has been kept on hold, pending the outcome of this appeal. After the vote, the UFCW

Tribunal d'appel de l'agriculture, de l'alimentation et des affaires rurales la fonction d'entendre et de régler tout litige relatif à l'application de la Loi (par. 2 et art. 11). Après quelques démarches pour se prévaloir des nouvelles mesures de protection de la *LPEA*, les intimés ont contesté sa validité constitutionnelle.

#### B. *La contestation constitutionnelle de la LPEA*

[7] Les intimés soutiennent que trois autres mesures de protection sont nécessaires pour assurer le respect de l'al. 2d) de la *Charte* : (1) la consécration légale du principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire suivant lequel chaque unité de négociation est représentée par un seul agent négociateur, (2) un mécanisme légal analogue à celui de la *LRT* pour dénouer l'impasse des négociations et interpréter une convention collective et (3) l'obligation légale de négocier de bonne foi. Les intimés soutiennent que le récent arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, leur reconnaît le droit à des dispositions qui offrent ces protections.

[8] Les quatre travailleurs agricoles visés en l'espèce (trois intimés et un déposant) travaillaient pour Rol-Land Farms Ltd., une grande champignonnière de type industriel exploitée à Kingsville, en Ontario. En 2002, dans la foulée de l'arrêt *Dunmore*, Xin Yuan Liu et d'autres travailleurs de Rol-Land ont pris contact avec un syndicat, l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce — Canada (la « TUAC »), pour qu'il les représente et négocie en leur nom. Au printemps 2003, 70 p. cent des travailleurs de l'entreprise avaient adhéré au syndicat.

[9] Rol-Land ayant refusé de reconnaître sa qualité de représentant des employés, le syndicat a déposé une demande d'accréditation à la Commission des relations de travail de l'Ontario sous le régime de la *LRT*. Lors d'un scrutin subséquent, les travailleurs ont voté en faveur de l'accréditation à 132 voix contre 45. La Commission a sursis à sa décision jusqu'à l'issue du présent

wrote to Rol-Land requesting a meeting to commence negotiations toward a contract for the workers. Rol-Land did not respond to the letter. The respondents assert that the owner of Rol-Land told a meeting of workers that the union would never be recognized (R.F., at para. 58).

[10] The UFCW also attempted to bargain collectively on behalf of employees at Platinum Produce, an industrial greenhouse operating in Chatham, Ontario. While the employer expressed doubt that the UFCW could be an employees' association under the *AEPA*, it gave the union an opportunity to make brief presentations. The meeting lasted approximately 15 minutes. The employer's position was that the company was not required to bargain with the union and the meeting was not to be considered collective bargaining towards a collective agreement.

[11] The UFCW subsequently presented Platinum Produce's counsel with a draft collective agreement setting out proposed terms. That meeting lasted approximately five minutes. The employer has not responded to the proposals or to other proposed meeting dates. There have been no further meetings or communications about terms and conditions of work.

[12] The respondents did not attempt to pursue remedies under the *AEPA*. Specifically, no recourse was made to the Tribunal set up under the Act to deal with complaints. Rather, the respondents sought a declaration that s. 3(b.1) of the *LRA*, which provides that the *LRA* does not apply to farm workers, and that the *AEPA* as a whole were unconstitutional. In brief, they submitted that these laws breached s. 2(d) of the *Charter* by failing to provide effective protection for the right to organize and bargain collectively and violated s. 15 by excluding farm workers from the protections accorded to workers in other sectors.

pourvoi. Après le scrutin, le syndicat a écrit à Rol-Land pour convenir d'une réunion en vue d'entreprendre la négociation d'une convention collective. Rol-Land n'a pas répondu à sa lettre. Les intimés affirment que lors d'une assemblée des travailleurs, le propriétaire de l'entreprise a déclaré que le syndicat ne serait jamais reconnu (m.i., par. 58).

[10] La TUAC a également tenté de négocier une convention collective au nom des employés de Platinum Produce, une entreprise exploitant des serres industrielles à Chatham, en Ontario. Même si l'employeur a dit douter que le syndicat puisse constituer une association d'employés au sens de la *LPEA*, il lui a donné l'occasion de présenter de brèves observations. La réunion a duré une quinzaine de minutes. L'employeur a alors nié l'existence de l'obligation de négocier avec le syndicat et affirmé que la réunion ne devait pas être considérée comme une séance de négociation collective en vue de la conclusion d'une convention collective.

[11] La TUAC a par la suite présenté à l'avocat de Platinum Produce une ébauche de convention collective renfermant ses propositions. La rencontre a duré environ cinq minutes. L'employeur n'a donné suite ni à ces propositions ni à celle de convenir d'un calendrier de rencontres. Il n'y a eu aucune réunion ou communication subséquente au sujet des conditions de travail.

[12] Les intimés n'ont pas tenté d'exercer les recours prévus dans la *LPEA*. Plus précisément, ils ne se sont pas adressés au Tribunal créé par la Loi pour statuer sur les plaintes. Ils ont plutôt demandé un jugement déclarant inconstitutionnels l'al. 3b.1) de la *LRT* — qui exclut l'application de la *LRT* aux travailleurs agricoles — et la *LPEA* dans son ensemble. En résumé, ils soutenaient que ces lois violaient l'al. 2d) de la *Charte* en ce qu'elles ne protégeaient pas véritablement le droit de s'associer et de négocier collectivement, et qu'elles contrevenaient à l'art. 15 en refusant aux travailleurs agricoles les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs.

### III. Judicial History

#### A. *Ontario Superior Court of Justice (2006)*, 79 O.R. (3d) 219 (the Applications Judge)

[13] The chambers judge, Farley J., heard the application before the judgment of this Court in *Health Services*. He proceeded on the assumption that s. 2(d) did not protect collective bargaining. He dismissed the application on the ground that the *AEPA* met the minimum constitutional requirements necessary to protect the freedom to organize. He began by adopting the comments made by Sharpe J. at the trial level of *Dunmore* and finding that agricultural workers “are ‘poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skills and education, low status and limited employment mobility’” (paras. 23 and 33). But he was of the view that the *AEPA* did not prevent them from attempting to form employees’ associations. He stated:

There is nothing in the *AEPA* which would prevent the UFCW or any other union from attempting to organize agricultural workers into an employees’ association, recognizing that such an employees’ association would not thereby automatically have the right to strike nor the right to bargain collectively. See discussion in Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, looseleaf, vol. 2 (Toronto: Carswell, 1997) at p. 41-5/6 (2002). The *AEPA* provides that the employees’ association may make representations to an employer concerning the terms and conditions of employment (s. 5 *AEPA*). These representations may be made by someone who is not a member of the association (s. 5(2)) so that a “union staffer” could perform that function. The representation may be made orally or in writing (s. 5(5)). One must read s. 5(6) and (7) in a purposive way in context. Thus while the employer need only give the association a written acknowledgment that the employer has read the written representations (s. 5(7)), it is implicit in the making of an oral representation that the recipient is hearing the oral representations as the employer has a duty to listen and the association speaker will have the opportunity then and there to enquire whether the recipient has heard the representations. As well the concept of listening and reading respectively involves the aspect of comprehending and considering the representations. Perhaps unfortunately there is no specific requirement that the employer respond to the substance of the representations; however, it should be noted that this would then involve the parties in a form of collective bargaining. [para. 19]

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (2006)*, 79 O.R. (3d) 219 (le juge des requêtes)

[13] Le juge Farley, chargé d’entendre les requêtes, a entendu la demande avant l’arrêt *Health Services* de notre Cour. Étant d’avis que l’al. 2d) ne protège pas la négociation collective, il a rejeté la demande au motif que la *LPEA* satisfaisait minimalement aux exigences découlant de la protection constitutionnelle de la liberté d’association. Faisant siens les commentaires formulés par le juge Sharpe en première instance dans *Dunmore*, il a conclu que les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont “mal rémunérés, [qu’]ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d’emploi restreinte” » (par. 23 et 33), mais que la *LPEA* ne les empêche pas de tenter de former des associations d’employés :

[TRADUCTION] Aucune disposition de la *LPEA* n’empêche la TUAC ou tout autre syndicat de tenter de regrouper des travailleurs agricoles au sein d’une association d’employés, étant entendu qu’une telle association ne jouirait automatiquement ni du droit de grève ni du droit de négociation collective. Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, vol. 2 (Toronto : Carswell, 1997), à la p. 41-5/6 (2002). La *LPEA* dispose qu’une association d’employés peut présenter à l’employeur des observations au sujet des conditions d’emploi (art. 5). Les observations peuvent être présentées par une personne qui n’est pas membre de l’association (par. 5(2)), de sorte qu’un « permanent syndical » pourrait s’acquitter de cette tâche. Les observations peuvent être formulées oralement ou par écrit (par. 5(5)). L’interprétation téléologique et contextuelle s’impose à l’égard des par. 5(6) et (7). Ainsi, bien que l’employeur n’ait qu’à informer l’association par écrit qu’il a lu les observations écrites (par. 5(7)), la présentation d’observations orales suppose que leur destinataire les entend, car l’employeur a l’obligation d’écouter et le représentant de l’association aura alors l’occasion de lui demander s’il les a bien entendues. En outre, les notions d’écoute et de lecture font respectivement intervenir l’élément de la compréhension et celui de l’examen. Il est peut-être malheureux que l’employeur ne soit pas expressément tenu de répondre aux observations elles-mêmes, mais force est de constater qu’une telle obligation engagerait les parties dans une sorte de négociation collective. [par. 19]

[14] With respect to the particular statutory protections in the *AEPA*, Farley J. found that they met the minimum required standards. He found that they confer the power to organize (s. 1); protection against denial of access to property (s. 7); protection against employer interference with trade union activity (s. 8); protection against discrimination (s. 9); protection against intimidation and coercion (s. 10); protection against alteration of working conditions during the certification process (ss. 9-10); protection against coercion of witnesses (s. 10); and removal of Board notices (s. 10). He allowed that it would have been preferable to have mirrored the provisions of the *LRA* more precisely “to eliminate possible fears” that employers might alter working conditions to hinder associational activities (para. 18). However, he felt that the answer to these concerns lay with the Tribunal, which had not been asked to deal with the workers’ complaints. He stated:

If the Tribunal felt that it was for some jurisdictional reason constrained from negatively sanctioning such activity, then one would presume that the applicants or others of a like mind together with the UFCW would have a strong case to bring back in this regard. One would think it better to see how the Tribunal operates in fact before condemning it as powerless to deal with such abuses. This wait and see pragmatic approach is desirable with respect to possible concerns about lack of labour relations expertise/experience on the part of the specified panel roster of the Tribunal. There has been no use of the mechanics of the *AEPA* as to bringing a case before the Tribunal; the applicants stated that it would be fruitless to bring a useless application before a useless Tribunal. I am of the view that this condemnation is premature. A successful application would do one of several things: be effective positively as to action; or morally give the wrongdoing employer a “bloody nose”; or if truly an empty process, it would demonstrate the need for strengthening by legislative amendment. See also *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, . . . at p. 1099 . . . where Sopinka J. for the court stated: “This Court has been vigilant to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack.” [para. 18]

Farley J. also dismissed the discrimination claim brought under s. 15 of the *Charter*.

[14] Par ailleurs, le juge Farley a décidé que les mesures de protection particulières prévues par la *LPEA* satisfont aux normes minimales. Selon lui, la Loi confère le pouvoir de former une association (art. 1) et elle protège contre le refus de l’employeur de donner accès à sa propriété (art. 7), son ingérence dans les activités syndicales (art. 8), la discrimination (art. 9), l’intimidation et la contrainte (art. 10), la modification des conditions de travail pendant le processus d’accréditation (art. 9 et 10), la contrainte de témoins (art. 10) et l’enlèvement d’avis dont l’affichage est exigé par la Commission (art. 10). Il reconnaît qu’il aurait été préférable de reprendre les dispositions de la *LRT* plus précisément [TRADUCTION] « pour écarter la crainte possible » qu’un employeur puisse modifier des conditions de travail afin de gêner des activités associatives (par. 18). Il estime cependant qu’il appartenait au Tribunal — qui n’a pas été saisi des plaintes des travailleurs — de se prononcer sur ces questions. Il ajoute :

[TRADUCTION] Si pour quelque raison liée à sa compétence, le Tribunal estimait ne pas pouvoir condamner de tels actes, les demandeurs ou d’autres personnes partageant leurs vues et la TUAC auraient vraisemblablement une solide cause d’action à faire valoir en justice à cet égard. Il semble préférable de voir comment le Tribunal s’acquitte de sa tâche dans les faits avant de le déclarer inapte à réprimer de tels abus. Il vaut mieux faire preuve de pragmatisme et laisser sa chance au coureur malgré d’éventuels doutes concernant l’expérience des membres du Tribunal en matière de relations du travail. La procédure qu’établit la *LPEA* pour saisir le Tribunal n’a pas été suivie, les demandeurs estimant qu’il ne servait à rien de présenter une demande inutile à un tribunal inefficace. À mon avis, cette condamnation était prématurée. Une demande accueillie produit l’un ou l’autre des résultats suivants : faire effectivement avancer les choses ou infliger un « revers » moral à l’employeur fautif ou, s’il s’agit véritablement d’un processus vain, démontrer la nécessité de son resserrement par voie législative. Voir également *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, [. . .] à la p. 1099, [. . .] où le juge Sopinka dit au nom de la Cour : « Notre Cour a toujours veillé soigneusement à ce qu’un contexte factuel adéquat existe avant d’examiner une loi [au] regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée. » [par. 18]

Le juge Farley a rejeté par ailleurs le moyen de discrimination fondé sur l’art. 15 de la *Charte*.

B. *Ontario Court of Appeal, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (Winkler C.J.O. and Cronk and Watt J.J.A.)*

[15] The Court of Appeal allowed the appeal and declared the *AEPA* to be constitutionally invalid. It rendered its decision after the judgment of our Court in *Health Services*. Winkler C.J.O., for the court, held that the *AEPA* substantially impaired the ability of agricultural workers to meaningfully exercise the right to bargain collectively, which was protected by s. 2(d) of the *Charter*. The Act protected the right to organize, and it was premature to conclude that the statutory protections against employer intimidation were inadequate. However, it did not provide the “minimum” statutory protections required to enable agricultural workers to exercise their right to bargain collectively in a meaningful way, namely: “(1) a statutory duty to bargain in good faith; (2) statutory recognition of the principles of exclusivity and majoritarianism; and (3) a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements” (para. 80). The court noted that the “primary difficulty has been that the union has been unsuccessful in engaging employers, who have no statutory duty to bargain in good faith” (para. 98). Having found that the *AEPA* infringes s. 2(d) of the *Charter*, the Court of Appeal considered whether the infringement could be saved as “reasonable and demonstrably justified” under s. 1 of the *Charter*, and found it could not. The legislation impaired the right more than necessary, despite the challenges facing legislators in the agricultural domain, which is a complex mix of family farms and larger industrial operations. It concluded that “the wholesale exclusion of agricultural employees from a collective bargaining scheme is not adequately tailored to meet the objective of protecting the family farm” (para. 129).

[16] The Court of Appeal ordered the government “to provide agricultural workers with sufficient

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481 (le juge en chef Winkler et les juges Cronk et Watt)*

[15] La Cour d’appel a accueilli l’appel et déclaré la *LPEA* inconstitutionnelle. Elle s’est prononcée après l’arrêt *Health Services* de notre Cour. Le juge en chef Winkler a statué avec l’appui de ses collègues que la *LPEA* rend essentiellement impossible l’exercice véritable, par les travailleurs agricoles, du droit de négociation collective protégé à l’al. 2d) de la *Charte*. À son avis, la Loi protège le droit d’association et il est prématuré de conclure à l’insuffisance de ses mesures de protection contre l’intimidation patronale. Cependant, elle ne prévoit pas les mesures de protection qui s’imposent minimalement pour que les travailleurs agricoles puissent exercer véritablement leur droit de négociation collective, à savoir : [TRADUCTION] « (1) l’obligation de négocier de bonne foi, (2) la reconnaissance des principes du monopole syndical et du vote majoritaire et (3) un mécanisme permettant de dénouer l’impasse des négociations et de résoudre un différend relatif à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective » (par. 80). Elle fait observer que la « principale difficulté tient à ce que le syndicat n’a pas réussi à obtenir le concours des employeurs, qui ne sont pas légalement tenus de négocier de bonne foi » (par. 98). Après avoir conclu que la *LPEA* porte atteinte à l’al. 2d) de la *Charte*, la Cour d’appel s’est demandé si l’atteinte est « raisonnable et si sa justification peut se démontrer » au sens de l’article premier de la *Charte*. Elle conclut par la négative. Le législateur entrave l’exercice du droit plus qu’il n’est nécessaire, même s’il doit tenir compte des contraintes propres à l’agriculture, un secteur d’activité complexe constitué à la fois de fermes familiales et de grandes exploitations industrielles. La Cour d’appel a alors décidé que « l’exclusion en bloc des employés agricoles d’un régime de négociation collective ne constitue pas une mesure conçue adéquatement pour atteindre l’objectif de la protection des fermes familiales » (par. 129).

[16] La Cour d’appel a ordonné au gouvernement [TRADUCTION] « d’accorder aux travailleurs

protections to enable them to exercise their right to bargain collectively, in accordance with these reasons” (para. 138). It suspended this order for 12 months to give the legislature an opportunity to respond. The Court of Appeal dismissed the claim under s. 15 of the *Charter*. Its judgment was appealed to this Court.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues: Does the AEPA Violate Sections 2(d) and 15 of the Charter?*

[17] The issue is whether the failure of the Ontario government to enact a positive statutory framework for agricultural workers modelled after the Ontario *LRA* violates s. 2(d) of the *Charter* in a manner that cannot be justified by s. 1. If so, the *AEPA* is invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, and the Ontario legislature is obliged to bring the Act into harmony with the *Charter*. The respondents have also raised the issue of whether the *AEPA* violates their right to equality under s. 15 of the *Charter*. As the main question in this appeal remains the interpretation and application of s. 2(d), we will first consider this issue and then turn to s. 15.

##### B. *Freedom of Association (Section 2(d))*

[18] In view of the conflicting approaches to the guarantee of freedom of association in the labour context put before us, it may be useful to canvas the jurisprudence and set out the principles that guide the analysis of s. 2(d). The respondents’ claim largely turns on the interpretation of our Court’s judgments in *Dunmore* and *Health Services*. The ultimate question is whether s. 2(d), properly understood and applied, requires the Ontario legislature to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure the effective exercise of their associational rights. To resolve this question, we will first consider the development of this Court’s jurisprudence in this area of the law.

agricoles une protection suffisante pour qu’ils puissent exercer leur droit de négociation collective, conformément aux présents motifs » (par. 138). Afin de permettre au législateur de donner suite à la décision, elle a suspendu l’exécution de celle-ci pendant une période de 12 mois. Elle a aussi rejeté le moyen de discrimination fondé sur l’art. 15 de la *Charte*. Son jugement est porté en appel devant notre Cour.

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige : La LPEA porte-t-elle atteinte à l’al. 2d) et à l’art. 15 de la Charte?*

[17] Notre Cour doit déterminer si le législateur ontarien a porté à la liberté garantie par l’al. 2d) de la *Charte* une atteinte qui ne peut être justifiée au sens de l’article premier en omettant de créer à l’intention des travailleurs agricoles un régime analogue à celui établi par la *LRT*. Dans l’affirmative, la *LPEA* est invalide par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et le législateur ontarien est tenu de l’harmoniser avec la *Charte*. Les intimés soulèvent par ailleurs la question de la conformité de la *LPEA* au droit à l’égalité garanti à l’art. 15 de la *Charte*. Comme le principal objet du litige demeure l’interprétation et l’application de l’al. 2d), nous examinons d’abord celui-ci, puis nous nous penchons sur l’art. 15.

##### B. *Liberté d’association (l’al. 2d))*

[18] Vu les thèses opposées qui s’affrontent en l’espèce concernant la garantie de la liberté d’association au travail, il peut se révéler utile d’analyser la jurisprudence et de dégager les principes qui président à l’interprétation de l’al. 2d). En effet, le sort des prétentions des intimés dépend en grande partie de l’interprétation des arrêts *Dunmore* et *Health Services* de notre Cour. Il faut essentiellement déterminer si l’al. 2d), bien interprété et appliqué, oblige le législateur ontarien à accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d’un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d’association. Pour trancher, nous devons d’abord examiner l’évolution de la jurisprudence de notre Cour dans ce domaine du droit.

(1) Freedom of Association in the Labour Context: The Jurisprudential Background(a) *The Early Cases*

[19] The first set of cases to consider s. 2(d) of the *Charter*, known as the Trilogy, were *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The majority of the Court held that s. 2(d) did not protect the right to strike, the issue in the cases. In arriving at this conclusion, members expressed a number of views on the guarantee of freedom of association.

[20] McIntyre J. stated that “like most other fundamental rights”, the right to freedom of association has no single purpose or value. Rather, reflecting the social nature of human beings, it protected the right to associate with others “both to satisfy [their] desire for social intercourse and to realize common purposes” (*Alberta Reference*, at p. 395). In the same case, Dickson C.J. (dissenting) stated: “What freedom of association seeks to protect is not associational activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support, and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage” (p. 366).

[21] Three of the six Justices sitting on the Trilogy opined in *obiter* that s. 2(d) does not protect collective bargaining (*Alberta Reference*, at p. 390, *per* Le Dain J.; *PSAC*, at p. 453, *per* McIntyre J.). The reasons given included that collective bargaining is a “modern right”, that its recognition would go against the principle of judicial restraint, that s. 2(d) protects only individual rights, and that s. 2(d) was not intended to protect the goals or objects of organizations (*Alberta Reference*, at p. 391, *per* Le Dain J.; pp. 397 and 407, *per* McIntyre J.).

(1) Liberté d’association au travail : le contexte jurisprudentiela) *Les premiers jugements*

[19] Les premiers arrêts portant sur l’al. 2d) de la *Charte* et formant ce qu’il est convenu d’appeler la « trilogie » sont les décisions rendues dans les affaires *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l’Alberta* »), *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. Les juges majoritaires de la Cour y décident que l’al. 2d) ne protège pas le droit de grève en cause dans ces affaires. Tout en concluant ainsi, ils expriment des opinions diverses sur la garantie de la liberté d’association.

[20] Le juge McIntyre affirme qu’« à l’instar de la plupart des autres droits fondamentaux », la liberté d’association n’a pas un objet ou une valeur unique. Elle traduit plutôt la nature sociale de l’être humain et protège le droit de s’associer à autrui « à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 395). Dans le même arrêt, le juge en chef Dickson (dissident) opine pour sa part : « Ce que la liberté d’association vise à protéger, ce ne sont pas les activités de l’association en tant qu’activités particulières, mais la liberté des individus d’interagir avec d’autres êtres humains, de les aider et d’être aidés par eux dans les diverses activités qu’ils choisissent d’exercer » (p. 366).

[21] Trois des six juges appelés à statuer dans la trilogie expriment en *obiter* que l’al. 2d) ne protège pas la négociation collective (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 390, le juge Le Dain; *AFPC*, p. 453, le juge McIntyre). Parmi les motifs qu’ils invoquent, mentionnons les suivants : le droit de négociation collective constitue un « droit contemporain », sa reconnaissance va à l’encontre du principe de la déférence judiciaire, l’al. 2d) ne protège que des droits individuels et sa raison d’être n’est pas de protéger les objectifs d’une association (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 391, le juge Le Dain; p. 397 et 407, le juge McIntyre).



[22] The Trilogy was endorsed in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*PIPSC*”). Sopinka J., stated in his reasons which appeared to be accepted by the other judges on this point: (1) “s. 2(*d*) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association”; (2) “s. 2(*d*) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association”; (3) “s. 2(*d*) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals”; and (4) “s. 2(*d*) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals” (p. 402).

[23] Nine years later, in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, the Court once again revisited s. 2(*d*). The issue was whether exclusion of RCMP members from public bargaining associations, as opposed to their own association, violated s. 2(*d*). The majority of the Court, *per* Bastarache J., held it did not, on the ground that s. 2(*d*) does not give the right to belong to a particular group. Bastarache J. added that there is no general obligation for the government to provide a particular legislative framework for employees to exercise their collective rights, i.e. a different framework than already provided for RCMP members.

[24] In dissent, Cory and Iacobucci JJ. pointed out that the appeal was not concerned with the right to strike or to bargain collectively (*Delisle*, at para. 51). The only issue was whether the statutory framework interfered with the right to associate with other public servants in pursuance of their mutual interests. They were of the view that s. 2(*d*) was violated because the impugned laws in purpose and effect interfered with the formation of employee associations. They noted that employees are a vulnerable group in our society, and their ability to form and join an employee association is crucially linked to their economic and social well-being (paras. 67-68).

[22] L’arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* ») reprend les principes établis dans la trilogie. Dans ses motifs, auxquels les autres juges semblent avoir souscrit sur ce point, le juge Sopinka a affirmé ce qui suit : (1) « l’al. 2*d*) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir », (2) « l’al. 2*d*) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d’une association »; (3) « l’al. 2*d*) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution »; et (4) « l’al. 2*d*) protège l’exercice collectif des droits légitimes des individus » (p. 402).

[23] Neuf ans plus tard, dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, la Cour se penche à nouveau sur l’al. 2*d*). Elle doit décider si l’exclusion des membres de la GRC du régime public de négociation collective, par opposition à l’appartenance à leur propre association, porte atteinte à l’al. 2*d*). Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache conclut par la négative, car cette disposition ne garantit pas le droit d’appartenir à un groupe en particulier. Il ajoute que l’État n’a pas l’obligation générale d’offrir à ses employés un cadre législatif particulier pour l’exercice de leurs droits collectifs, c’est-à-dire un autre cadre que celui déjà en place pour les membres de la GRC.

[24] Dissidents, les juges Cory et Iacobucci soulignent que le pourvoi ne porte ni sur le droit de grève ni sur le droit de négociation collective (par. 51). À leur avis, la Cour doit uniquement décider si le cadre législatif établi compromet le droit des intéressés de s’associer à d’autres fonctionnaires pour défendre leurs intérêts communs. À leurs yeux, l’al. 2*d*) n’est pas respecté, car les dispositions contestées, par leur objet et leur effet, entravent la formation d’associations d’employés. Ils relèvent que les employés visés constituent un groupe vulnérable dans notre société et que leur capacité de mettre une association sur pied et d’en faire partie joue un rôle critique dans la préservation de leur bien-être financier et social (par. 67-68).

[25] In summary, the early cases affirmed that the core protection of s. 2(d) focusses on the right of individuals to act in association with others to pursue common objectives and goals. There was some suggestion (Sopinka J.'s fourth point in *PIPSC*) that only individual goals were protected. (This proposition, as we shall see, was rejected in *Dunmore*.) While three judges in the Trilogy expressed the view that s. 2(d) did not protect collective bargaining, the only question at issue in those cases was whether individuals had a right to strike, and the question of collective bargaining was not conclusively resolved by a majority of the Court.

(b) *Dunmore*

[26] This Court's decision in *Dunmore* marked a new stage in the development of s. 2(d) jurisprudence in the field of labour relations. It raised the question of whether s. 2(d) requires the government to provide a legislative framework which enables employees to associate to obtain workplace goals in a meaningful process.

[27] The Ontario legislature had repealed legislation which gave farm workers a measure of protection, leaving them entirely outside the Province's labour relations scheme. The evidence established that attempts to organize were persistently frustrated by employers. The farm workers came to court seeking protection of their basic right to associate. They sought the right to organize into employee associations. For this, they contended, they needed legislation that endorsed their constitutional right to associate and protected them from employer interference.

[28] Bastarache J., for the majority of the Court, began the analysis in *Dunmore* by emphasizing the need for a purposive approach to s. 2(d) — "one which aims to protect the full range of associational activity contemplated by the *Charter* and to honour Canada's obligations under international human rights law" (para. 13).

[25] En résumé, il ressort des premières décisions que l'al. 2d) protégerait essentiellement le droit des individus de s'associer avec d'autres en vue de réaliser des objectifs communs. Certains commentaires ont laissé entendre (quatrième proposition du juge Sopinka dans *IPFPC*) que seuls les objectifs individuels étaient protégés. (Cette opinion, nous le verrons, a été rejetée dans *Dunmore*.) Dans la trilogie, trois juges affirment que l'al. 2d) ne protège pas la négociation collective. Toutefois, la seule question en litige dans ces affaires était celle de l'existence du droit de grève des salariés, de sorte que la Cour ne se prononce pas à la majorité et de manière définitive sur la question de la négociation collective.

b) *L'arrêt Dunmore*

[26] Cette affaire marque un tournant dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour relative à l'application de l'al. 2d) dans le domaine des relations du travail. Il fallait déterminer si cette disposition obligeait l'État à créer un cadre législatif qui permette véritablement aux employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs liés au travail.

[27] Le législateur ontarien avait abrogé une loi qui offrait une certaine protection aux travailleurs agricoles, en les laissant totalement à l'écart du régime de relations du travail de la province. Suivant la preuve, les employeurs faisaient systématiquement échec aux tentatives d'organisation des employés. Les travailleurs agricoles se sont adressés aux tribunaux pour faire protéger leur liberté fondamentale d'association. Revendiquant le droit de former des associations d'employés, ils soutenaient que l'exercice de ce droit exigeait l'adoption d'une loi reconnaissant leur liberté constitutionnelle de s'associer et les protégeant contre l'ingérence patronale.

[28] Dans *Dunmore*, au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache entreprend l'analyse en s'attachant à la nécessité d'une interprétation téléologique de l'al. 2d), « une analyse orientée vers la protection de toute la gamme d'activités associatives visées par la *Charte* et le respect des obligations du Canada dans le cadre du droit international

After a full review of the jurisprudence, he stated:

... the activities for which the appellants seek protection [association for the purposes of achieving workplace goals in the labour relations context] fall squarely within the freedom to organize, that is, the freedom to collectively embody the interests of individual workers. [para. 30]

[29] Bastarache J. went on to hold that in order to realize the purposes of s. 2(d), the right to organize must extend to “the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one’s employer”. He explained:

These activities are guaranteed by the purpose of s. 2(d), which is to promote the realization of individual potential through relations with others, and by international labour jurisprudence, which recognizes the inevitably collective nature of the freedom to organize. [para. 30]

[30] The affirmation that s. 2(d) protection extends to collective activities that only a group can carry out, required rejection of Sopinka J.’s fourth proposition in *PIPSC*, which suggested that s. 2(d) only protected the right to further individual goals. Bastarache J. pointed out that certain activities are, when performed by a group, “qualitatively” different from those activities performed solely by an individual. He recognized that “trade unions develop needs and priorities that are distinct from those of their members individually” (*Dunmore*, at para. 17). As a result “certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning” (*ibid.*).

[31] In the result, Bastarache J. concluded that the absence of legislative protection for farm workers to organize in order to achieve workplace goals made meaningful association to achieve workplace goals impossible and therefore constituted a substantial interference with the right to associate guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*. He found that the absence of legislative support discredited the organizing efforts of agricultural workers and had a chilling effect on their constitutional right to associate. He

des droits de la personne » (par. 13). À l’issue d’un examen exhaustif de la jurisprudence, il affirme :

... les activités dont les appelants demandent la protection [association aux fins de réaliser des objectifs liés au travail dans le contexte des relations du travail] relèvent tout à fait de la liberté syndicale, soit la liberté de défendre collectivement les intérêts des travailleurs individuels. [par. 30]

[29] Le juge Bastarache ajoute que, devant les objectifs de l’al. 2d), le droit de s’associer doit englober « l’exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l’employeur ». Il explique :

Ces activités sont protégées par l’objet de l’al. 2d), qui est de favoriser l’épanouissement personnel au moyen des relations avec autrui, et dans le cadre des arrêts internationaux en matière de droit du travail, qui reconnaissent la nature nécessairement collective de la liberté syndicale. [par. 30]

[30] Puis, la conclusion selon laquelle l’al. 2d) protège les activités collectives que seul un groupe peut exercer entraîne le rejet de la quatrième proposition du juge Sopinka dans *IPFPC* qui restreignait l’application de cette disposition à la protection du droit de poursuivre des objectifs individuels. Le juge Bastarache signale que, lorsqu’elles sont exercées par un groupe, certaines activités sont « qualitativement » différentes de celles auxquelles un individu se livre seul. Il reconnaît que « les besoins et priorités des syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels », de sorte que « certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens » (*Dunmore*, par. 17).

[31] Le juge Bastarache décide donc que l’omission du législateur de protéger les travailleurs agricoles désireux de s’associer pour réaliser des objectifs liés au travail rend à toutes fins utiles impossible l’association à cette fin et entrave de ce fait substantiellement l’exercice du droit garanti à l’al. 2d) de la *Charte*. À son avis, l’absence de protection légale déconsidère les tentatives d’association des travailleurs agricoles et paralyse l’exercice de leur droit constitutionnel de s’associer. Il estime

concluded that farm workers in Ontario were substantially incapable of exercising their fundamental freedom to associate without a protective regime (para. 35). Quoting L'Heureux-Dubé J. in *Delisle*, Bastarache J. affirmed that

the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment. [Emphasis deleted; para. 37.]

[32] After *Dunmore*, there could be no doubt that the right to associate to achieve workplace goals in a meaningful and substantive sense is protected by the guarantee of freedom of association, and that this right extends to realization of collective, as distinct from individual, goals. Nor could there be any doubt that legislation (or the absence of a legislative framework) that makes achievement of this collective goal substantially impossible, constitutes a limit on the exercise of freedom of association. Finally, there could be no doubt that the guarantee must be interpreted generously and purposively, in accordance with Canadian values and Canada's international commitments.

[33] It is worth pausing at this juncture to summarize the propositions that led the majority of the Court in *Dunmore* to these conclusions.

- Section 2(d), interpreted purposively, guarantees freedom of associational activity in the pursuit of individual and common goals.
- The common goals protected extend to some collective bargaining activities, including the right to organize and to present submissions to the employer.
- What is required is a process that permits the meaningful pursuit of these goals. No particular outcome is guaranteed. However, the legislative framework must permit a process that makes it possible to pursue the goals in a meaningful way.

que, en l'absence d'un régime de protection, les travailleurs agricoles de l'Ontario sont essentiellement dans l'impossibilité d'exercer leur liberté fondamentale d'association (par. 35). Citant la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Delisle*, il ajoute :

... la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l'emploi. [Soulignement supprimé; par. 37.]

[32] Après l'arrêt *Dunmore*, nul ne pouvait contester que l'exercice véritable et substantiel du droit de s'associer pour réaliser des objectifs liés au travail bénéficiait de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'association et que ce droit englobait la réalisation d'objectifs collectifs et non seulement individuels. Nul ne pouvait non plus douter que la loi (ou l'absence d'un cadre législatif) qui rendait essentiellement impossible cette démarche collective restreignait l'exercice de la liberté d'association. Enfin, la garantie devait indéniablement être interprétée de manière généreuse et téléologique, conformément aux valeurs canadiennes et aux engagements internationaux du Canada.

[33] Il convient à ce stade de résumer les postulats sur lesquels les juges majoritaires de la Cour fondent ces conclusions dans *Dunmore*.

- Interprété téléologiquement, l'al. 2d) garantit la liberté d'exercer une activité associative dans le dessein d'atteindre des objectifs individuels et communs.
- Les objectifs communs protégés s'entendent notamment de certaines activités de négociation collective, dont la formation d'une association et la présentation d'observations à l'employeur.
- Un processus doit permettre la poursuite véritable de ces objectifs. Nul résultat précis n'est garanti. Toutefois, le cadre législatif doit autoriser un processus qui rend possible la poursuite des objectifs, et ce, de manière véritable.

- The *effect* of a process that renders impossible the meaningful pursuit of collective goals is to substantially interfere with the exercise of the right to free association, in that it negates the very purpose of the association and renders it effectively useless. This constitutes a limit under s. 2(d) which is unconstitutional unless justified by the state under s. 1 of the *Charter*. (This is an application of the settled rule that a law or government act that in purpose or effect constrains exercise of a right constitutes a limitation for purposes of s. 1: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.)
  - The remedy for the resultant breach of s. 2(d) is to order the state to rectify the legislative scheme to make possible meaningful associational activity in pursuit of common workplace goals.
- Le processus qui rend impossible la poursuite véritable d'objectifs collectifs a pour effet d'entraver substantiellement l'exercice du droit de libre association en ce qu'il fait obstacle à l'objet même de l'association et la rend de fait inutile. Il s'agit d'une restriction de la liberté reconnue à l'al. 2d), d'où son inconstitutionnalité, sauf justification par l'État en application de l'article premier de la *Charte*. (Il s'agit de l'application de la règle établie selon laquelle la loi ou la mesure gouvernementale qui, par son objet ou son effet, entrave l'exercice d'un droit constitue une restriction aux fins de l'article premier : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.)
  - La réparation pour la violation qui s'ensuit de l'al. 2d) consiste à ordonner à l'État de modifier le régime législatif de manière à rendre possible l'exercice véritable d'une activité associative vouée à la réalisation d'objectifs communs liés au travail.

(c) *Health Services: Its Impact*

[34] *Dunmore* established that claimants must demonstrate the substantial impossibility of exercising their freedom of association in order to compel the government to enact statutory protections. It did not, however, define the ambit of the right of association protected by s. 2(d) in the context of collective bargaining. Relying on *Dunmore*, the majority of the Court in *Health Services, per McLachlin C.J. and LeBel J.*, held that legislation and government actions that repealed existing collective agreements and substantially interfered with the possibility of meaningful collective bargaining in the future constituted a limit on the s. 2(d) right of freedom of association.

[35] The claimants were various unions and their members working in the health services industry of British Columbia. The industry was highly unionized and had negotiated collective agreements regarding salaries, benefits and working conditions. The government, directly or indirectly, was the employer. The government wanted to reduce

c) *L'incidence de l'arrêt Health Services*

[34] Suivant l'arrêt *Dunmore*, pour que l'État soit contraint d'adopter des dispositions protégeant les demandeurs, ceux-ci doivent établir qu'il leur est essentiellement impossible d'exercer leur liberté d'association. La Cour ne définit cependant pas la portée du droit d'association protégé à l'al. 2d) dans le contexte de la négociation collective. Toutefois, dans *Health Services*, les juges majoritaires de la Cour, sous notre plume, s'appuient sur l'arrêt *Dunmore* pour statuer que la loi ou la mesure de l'État qui a pour effet d'annuler des conventions collectives existantes et de rendre essentiellement impossible toute véritable négociation collective ultérieure constitue une restriction de la liberté d'association garantie à l'al. 2d).

[35] Dans cette affaire, s'étaient portés demandeurs des syndicats et leurs membres travaillant dans le secteur des services de santé de la Colombie-Britannique, où le taux de syndicalisation était très élevé et où les salaires, les avantages sociaux et les conditions de travail étaient déterminés par des conventions collectives négociées.

costs by changing the structure of its employees' working arrangements in ways that would have been impermissible under the existing collective agreements. It chose to do so, not through collective bargaining to the end of altering those collective agreements, but by the simple expedient of legislation. In short, the government used its legislative powers to effectively nullify the collective agreements to its benefit, and to the detriment of its employees. The legislation not only conflicted with existing collective agreements, but also precluded collective bargaining in the future on a number of issues and conditions of employment. (See R. K. Basu, "Revolution and Aftermath: *B.C. Health Services* and Its Implications" (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, at p. 177; see also M. Coutu, L. L. Fontaine and G. Marceau, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2009), at p. 144.)

[36] The unions responded by bringing an action claiming that the government had breached s. 2(d) by legislatively interfering with freedom of association. They further claimed that the government had done so in circumstances that could not be justified under s. 1 of the *Charter*. *Health Services* thus put directly in issue the right to collective bargaining. The claimants did not seek the enactment of associational protections. Rather, they asserted that s. 2(d) protected a right to collective bargaining and that the government had violated the constitutional guarantee of freedom of association by legislating to both overturn existing contracts and preclude effective collective bargaining in the future. The unions lost at trial and on appeal but succeeded in this Court.

[37] While *Health Services* concerned the actions of a government employer nullifying collective bargaining arrangements with unions representing its own employees, the Court rested its decision on a more general discussion of s. 2 of the *Charter*. Applying the principles of interpretation established in *Dunmore*, a majority of the Court held that s. 2(d) includes "a process of collective action to achieve workplace goals" (para. 19). This

L'État, leur employeur direct ou indirect, entendait diminuer les coûts du système de santé en apportant à l'organisation du travail de ses employés des changements que n'autorisaient pas les conventions collectives en vigueur. Au lieu de recourir à la négociation collective pour obtenir la modification des conventions collectives, il a simplement légiféré. En somme, l'État a exercé son pouvoir législatif pour annuler unilatéralement les conventions collectives à son avantage et au détriment de ses employés. En plus d'être incompatible avec les conventions collectives applicables, la loi interdisait la négociation collective ultérieure au sujet d'un certain nombre de conditions d'emploi et de questions connexes. (Voir R. K. Basu, « Revolution and Aftermath : *B.C. Health Services* and Its Implications » (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, p. 177; voir aussi M. Coutu, L. L. Fontaine et G. Marceau, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2009), p. 144.)

[36] Les syndicats ont réagi en s'adressant aux tribunaux, pour le motif que l'État avait contrevenu à l'al. 2d) et porté atteinte à la liberté d'association par voie législative. Ils prétendaient en outre que les circonstances dans lesquelles la mesure législative avait été prise n'offraient pas de justification au sens de l'article premier de la *Charte*. L'affaire mettait donc directement en jeu le droit de négociation collective. Les demandeurs ne revendiquaient pas l'adoption de mesures protégeant l'activité associative. Ils faisaient plutôt valoir que l'al. 2d) protégeait le droit de négociation collective et que l'État n'avait pas respecté la garantie constitutionnelle de la liberté d'association en légiférant pour à la fois annuler des contrats existants et empêcher toute véritable négociation collective ultérieure. Déboutés en première instance et en appel, les syndicats ont obtenu gain de cause devant notre Cour.

[37] Dans l'affaire *Health Services*, si le litige découlait de mesures prises par un employeur public pour annuler des conventions collectives négociées avec des syndicats représentant ses propres employés, notre Cour a toutefois fondé sa décision sur une analyse plus générale de l'art. 2 de la *Charte*. Les juges majoritaires ont appliqué les principes d'interprétation dégagés dans *Dunmore* pour conclure que l'al. 2d) protège « une action collective

process requires the parties to meet and bargain in good faith on issues of fundamental importance in the workplace (para. 90). By legislating to undo the existing collective bargaining arrangements and by hampering future collective bargaining on important workplace issues, the British Columbia government had “substantially interfered” with the s. 2(d) right of free association, and had failed to justify the resultant limitation on the exercise of the right under s. 1 of the *Charter* (paras. 129-61).

[38] The decision in *Health Services* follows directly from the principles enunciated in *Dunmore*. Section 2(d), interpreted purposively and in light of Canada’s values and commitments, protects associational collective activity in furtherance of workplace goals. The right is not merely a paper right, but a right to a process that permits meaningful pursuit of those goals. The claimants had a right to pursue workplace goals and collective bargaining activities related to those goals. The government employer passed legislation and took actions that rendered the meaningful pursuit of these goals impossible and effectively nullified the right to associate of its employees. This constituted a limit on the exercise of s. 2(d), and was thus unconstitutional unless justified under s. 1 of the *Charter*.

[39] While the majority decision in *Health Services* sits firmly within the principles the Court had earlier set out in *Dunmore*, in its discussion of the s. 2(d) right the Court went on to explain in greater detail what the government must permit in order to avoid the charge of substantial interference with the s. 2(d) right in the context of collective action in pursuit of workplace goals. In *Dunmore*, Bastarache J. stated that “the effective exercise of these freedoms may require . . . the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one’s employer” (para. 30). It remained uncertain what other collective activities might be protected.

visant à atteindre des objectifs liés au [. . .] travail » (par. 19), une démarche qui oblige les parties à négocier de bonne foi au sujet de questions liées au travail revêtant une importance fondamentale (par. 90). Par l’adoption d’une loi pour réduire à néant des conventions collectives et empêcher à l’avenir la négociation collective d’importantes questions relatives au travail, la Colombie-Britannique avait « considérablement entravé » l’exercice du droit de libre association garanti à l’al. 2d) et n’avait pas justifié cette restriction au sens de l’article premier de la *Charte* (par. 129-161).

[38] La décision rendue dans cette affaire découle directement des principes énoncés dans *Dunmore*. Lorsqu’on l’interprète téléologiquement et dans la perspective des valeurs canadiennes et des engagements internationaux du Canada, l’al. 2d) protège l’activité associative exercée collectivement pour atteindre des objectifs liés au travail. Le droit ne possède pas seulement un caractère théorique; il commande un processus qui permet véritablement la poursuite de ces objectifs. Les demandeurs avaient le droit de poursuivre des objectifs liés au travail et de se livrer à des activités de négociation collective pour les atteindre. L’État employeur a légiféré et pris des mesures de manière à rendre impossible la poursuite véritable de tels objectifs et à supprimer dans les faits le droit de ses employés de s’associer. Il a ainsi restreint l’exercice de la liberté garantie à l’al. 2d), ce qui était inconstitutionnel, sauf justification au regard de l’article premier de la *Charte*.

[39] Même si, dans *Health Services*, les juges majoritaires s’en tiennent fermement aux principes établis précédemment par la Cour dans *Dunmore*, lorsqu’ils analysent le droit conféré à l’al. 2d), ils précisent davantage ce que l’État doit permettre afin de ne pas entraver substantiellement l’exercice de ce droit dans le contexte d’une action concertée visant la réalisation d’objectifs liés au travail. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache affirme au par. 30 que « l’exercice réel de ces libertés peut exiger [. . .] l’exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l’employeur ». Restait à déterminer quelles autres activités collectives pouvaient être protégées.

[40] The majority of the Court in *Health Services* affirmed that bargaining activities protected by s. 2(d) in the labour relations context include good faith bargaining on important workplace issues (para. 94; see also paras. 93, 130 and 135). This is not limited to a mere right to make representations to one's employer, but requires the employer to engage in a process of consideration and discussion to have them considered by the employer. In this sense, collective bargaining is protected by s. 2(d). The majority stated:

Thus the employees' right to collective bargaining imposes corresponding duties on the employer. It requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation. [para. 90]

[41] By way of elaboration on what constitutes good faith negotiation, the majority of the Court stated:

- Section 2(d) requires the parties to meet and engage in meaningful dialogue. They must avoid unnecessary delays and make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract (paras. 98, 100-101);
- Section 2(d) does not impose a particular process. Different situations may demand different processes and timelines (para. 107);
- Section 2(d) does not require the parties to conclude an agreement or accept any particular terms and does not guarantee a legislated dispute resolution mechanism in the case of an impasse (paras. 102-3);
- Section 2(d) protects only "the right . . . to a general process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method" (para. 91).

[42] The Court in *Health Services* emphasized that s. 2(d) does not require a particular model

[40] Dans *Health Services*, la Cour à la majorité confirme que les activités de négociation en contexte de relations du travail protégées par l'al. 2d) comprennent la négociation de bonne foi de questions importantes liées à l'exécution des fonctions (par. 94; voir aussi par. 93, 130 et 135). Il ne suffit pas de pouvoir présenter des observations à l'employeur, mais ce dernier est également tenu de les prendre en considération dans le cadre d'un processus d'examen et d'échange. L'alinéa 2d) protège la négociation collective dans ce sens. Les juges majoritaires affirment à ce propos :

Le droit des employés de négocier collectivement impose donc à l'employeur des obligations correspondantes. Il implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs. [par. 90]

[41] Puis, en explicitant la notion de négociation de bonne foi, les juges majoritaires ajoutent :

- l'alinéa 2d) exige que les parties se rencontrent et qu'elles engagent un véritable dialogue; elles doivent éviter les retards inutiles et faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable (par. 98, 100-101);
- il n'impose pas de processus particulier; différentes situations peuvent commander différents processus et échéanciers (par. 107);
- il n'oblige pas les parties à conclure une convention ou à accepter des clauses particulières ni ne garantit un mécanisme légal de règlement des différends permettant de dénouer les impasses (par. 102-103);
- il ne protège que le « droit [. . .] à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation » (par. 91).

[42] Dans *Health Services*, la Cour insiste sur le fait que l'al. 2d) n'impose ni un modèle particulier



of bargaining, nor a particular outcome. What s. 2(d) guarantees in the labour relations context is a meaningful process. A process which permits an employer not even to consider employee representations is not a meaningful process. To use the language of *Dunmore*, it is among those “collective activities [that] must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning” (para. 17). Without such a process, the purpose of associating in pursuit of workplace goals would be defeated, resulting in a significant impairment of the exercise of the right to freedom of association. One way to interfere with free association in pursuit of workplace goals is to ban employee associations. Another way, just as effective, is to set up a system that makes it impossible to have meaningful negotiations on workplace matters. Both approaches in fact limit the exercise of the s. 2(d) associational right, and both must be justified under s. 1 of the *Charter* to avoid unconstitutionality.

[43] In summary, *Health Services* applied the principles developed in *Dunmore* and explained more fully what is required to avoid interfering with associational activity in pursuit of workplace goals and undermining the associational right protected by s. 2(d). Its suggestion that this requires a good faith process of consideration by the employer of employee representations and of discussion with their representatives is hardly radical. It is difficult to imagine a meaningful collective process in pursuit of workplace aims that does not involve the employer at least considering, in good faith, employee representations. The protection for collective bargaining in the sense affirmed in *Health Services* is quite simply a necessary condition of meaningful association in the workplace context.

de négociation, ni un résultat déterminé. En effet, cette disposition garantit, dans le contexte des relations du travail, le droit à un processus véritable. Dans cette optique, on ne saurait tenir pour véritable un processus qui permet à l’employeur de ne même pas prendre en compte les observations de ses employés. Pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Dunmore*, le processus garanti fait partie de ces « activités collectives [qui] doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens » (par. 17). À défaut d’un tel processus, l’association aux fins de réaliser des objectifs liés au travail perd sa raison d’être, ce qui entrave substantiellement l’exercice de la liberté d’association. On peut entraver l’exercice de la liberté d’association voué à la réalisation d’objectifs liés au travail en frappant d’interdiction la formation d’associations d’employés. On peut le faire tout aussi efficacement en établissant un système qui rend impossible la négociation véritable de questions liées au travail. Les deux méthodes restreignent en fait l’exercice du droit d’association garanti à l’al. 2d), et toutes deux doivent faire l’objet d’une justification au regard de l’article premier de la *Charte* pour échapper à une conclusion d’inconstitutionnalité.

[43] En résumé, l’arrêt *Health Services* applique les principes établis dans *Dunmore* et précise davantage les mesures nécessaires pour éviter d’entraver l’activité associative visant la réalisation d’objectifs liés au travail et de compromettre le droit d’association protégé à l’al. 2d). L’opinion exprimée dans l’arrêt *Health Services*, selon laquelle l’employeur doit dès lors prendre part de bonne foi à un processus d’examen des observations des employés et d’échange avec les représentants de ces derniers, ne saurait être considérée comme radicale. Il demeure en effet difficile de concevoir qu’une véritable démarche collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail ne prévoie pas à tout le moins que l’employeur examine de bonne foi les observations des employés. La protection de la négociation collective au sens entendu dans l’arrêt *Health Services* constitue tout simplement une condition essentielle à l’exercice véritable de la liberté d’association au travail.

(d) *The Issue on This Appeal*

[44] Against this background, we return to the issue in this case. The Court of Appeal held that *Health Services* constitutionalizes a full-blown Wagner system of collective bargaining, and concluded that since the *AEPA* did not provide such a model, absent s. 1 justification, it is unconstitutional. The court appears to have understood the affirmation of the right to collective bargaining in *Health Services* as an affirmation of a particular type of collective bargaining, the Wagner model which is dominant in Canada.

[45] With respect, this overstates the ambit of the s. 2(d) right as described in *Health Services*. First, as discussed, the majority in *Health Services* unequivocally stated that s. 2(d) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome (para. 91).

[46] Second, and more fundamentally, the logic of *Dunmore* and *Health Services* is at odds with the view that s. 2(d) protects a particular kind of collective bargaining. As discussed earlier, what s. 2(d) protects is *the right to associate to achieve collective goals*. Laws or government action that make it impossible to achieve collective goals *have the effect* of limiting freedom of association, by making it pointless. It is in this derivative sense that s. 2(d) protects a right to collective bargaining: see *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (“*CLA*”), where the right to access government information was held to be “a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government” (para. 30). However, no particular type of bargaining is protected. In every case, the question is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals.

d) *La question en litige dans le présent pourvoi*

[44] C’est sur cette toile de fond que nous revenons à la question en litige en l’espèce. La Cour d’appel décide que l’arrêt *Health Services* constitutionnalise en vérité le modèle Wagner de négociation collective, et comme la *LPEA* n’établit pas un régime inspiré de ce modèle, elle conclut que, sauf justification en application de l’article premier, elle est inconstitutionnelle. Elle paraît voir dans la reconnaissance du droit de négociation collective la consécration d’un type particulier de système de négociation collective, soit le modèle Wagner, qui prédomine au Canada.

[45] À notre avis, la Cour d’appel surestime la portée du droit protégé à l’al. 2d) suivant l’arrêt *Health Services*. Rappelons d’abord que les juges majoritaires statuent sans équivoque que cet alinéa ne garantit ni l’application d’un modèle particulier de négociation collective, ni l’obtention d’un résultat donné (par. 91).

[46] En second lieu, et de manière plus fondamentale, la logique qui sous-tend les arrêts *Dunmore* et *Health Services* n’admet pas l’idée que l’al. 2d) protège un type particulier de négociation collective. Comme nous l’avons vu précédemment, cet alinéa protège *le droit de s’associer afin de réaliser des objectifs collectifs*. La loi ou la mesure de l’État qui rend impossible la réalisation d’objectifs collectifs *a pour effet* de restreindre la liberté d’association en la privant de sens. C’est dans ce sens dérivé que l’al. 2d) protège le droit de négociation collective : voir *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (« *CLA* »), où la Cour statue que le droit d’accès à des renseignements gouvernementaux constitue « un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu’il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu’il soit possible de s’exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement » (par. 30). Cependant, aucun type particulier de négociation n’est protégé. La question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l’action collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail.

[47] It follows that *Health Services* does not support the view of the Ontario Court of Appeal in this case that legislatures are constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements (C.A. reasons, at para. 80). What is protected is associational activity, not a particular process or result. If it is shown that it is impossible to meaningfully exercise the right to associate due to substantial interference by a law (or absence of laws: see *Dunmore*) or by government action, a limit on the exercise of the s. 2(d) right is established, and the onus shifts to the state to justify the limit under s. 1 of the *Charter*.

[48] The resolution of this appeal does not rest on stark reliance on a particular conception of collective bargaining. Rather, it requires us to return to the principles that underlie the majority rulings in *Dunmore* and *Health Services*. The question here, as it was in those cases, is whether the legislative scheme (the *AEPA*) renders association in pursuit of workplace goals impossible, thereby substantially impairing the exercise of the s. 2(d) associational right.

(e) *Response to Justice Deschamps*

[49] Justice Deschamps adopts a narrow interpretation of the majority reasons in *Health Services*, stating that they merely recognized “that freedom of association includes the freedom to engage in associational activities and the ability of employees to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment” (para. 308). In her view, it was unnecessary for the majority in that case to consider the duty to negotiate in good faith, and consequently argues that the passages of the majority judgment that discussed this duty were in *obiter*.

[47] Dès lors, l’arrêt *Health Services* n’étaye pas l’opinion de la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, selon laquelle la Constitution exige que les législateurs, dans tous les cas et pour tous les secteurs d’activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations du travail. Selon la Cour d’appel, ce modèle imposerait l’obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective (motifs de la C.A., par. 80). Or, c’est l’activité associative qui est protégée, et non un processus ou un résultat particulier. S’il est démontré qu’une loi (ou l’absence de loi : voir *Dunmore*) ou une action de l’État rend impossible en l’entravant substantiellement l’exercice véritable du droit d’association, la restriction du droit garanti à l’al. 2d) est établie. Il appartient alors à l’État de justifier cette restriction en application de l’article premier de la *Charte*.

[48] Pour régler le sort du présent pourvoi, il n’est donc pas nécessaire d’adhérer sans réserve à une conception particulière de la négociation collective. Il suffit de revenir aux principes qui étaient les décisions majoritaires dans *Dunmore* et *Health Services*. Comme dans ces affaires, il faut se demander si le régime législatif (la *LPEA*) rend impossible l’association vouée à la réalisation d’objectifs liés au travail, entravant ainsi substantiellement l’exercice de la liberté d’association garantie à l’al. 2d).

e) *Réponse aux motifs de la juge Deschamps*

[49] La juge Deschamps interprète de manière restrictive les motifs majoritaires de la Cour dans *Health Services*. Elle affirme qu’ils reconnaissent seulement que « la liberté d’association englobe la liberté de participer à des activités associatives et la faculté des employés d’agir de concert pour réaliser des objectifs communs concernant le travail et les conditions d’emploi » (par. 308). Selon elle, il n’était pas nécessaire, dans cette affaire, que les juges majoritaires se penchent sur l’obligation de négocier de bonne foi, et les passages de leurs motifs qui s’y rapportent constituent donc des remarques incidentes.

[50] However, such a narrow interpretation of the majority reasons in *Health Services* would not support the holding in that case. If s. 2(d) merely protected the right to act collectively and to make collective representations, the legislation at issue in that case would have been constitutional. The legislation in that case violated s. 2(d) since it undermined the ability of workers to engage in meaningful collective bargaining, which the majority defined as good faith negotiations (para. 90). The majority underlined that

the right to bargain collectively protects not just the act of making representations, but also the right of employees to have their views heard in the context of a meaningful process of consultation and discussion. This rebuts arguments made by the respondent that the Act does not interfere with collective bargaining because it does not explicitly prohibit health care employees from making collective representations. While the language of the Act does not technically prohibit collective representations to an employer, the right to collective bargaining cannot be reduced to a mere right to make representations. [Emphasis added; para. 114.]

[51] In our view, the majority decision in *Health Services* should be interpreted as holding what it repeatedly states: that workers have a constitutional right to make collective representations and to have their collective representations considered in good faith.

(f) *Response to Justice Rothstein*

[52] Justice Rothstein argues that *Health Services* represents a radical departure from previous jurisprudence and was wrongly decided.

[53] The central argument of our colleague is that s. 2(d) of the *Charter* does not protect collective bargaining. He understands the majority decision in *Health Services* to have constitutionalized collective bargaining. That, he says, is wrong in principle, inconsistent with the Court's prior jurisprudence, and unworkable in practice.

[54] Our colleague appears to interpret *Health Services* as establishing directly or indirectly a

[50] Or, cette interprétation étroite des motifs majoritaires dans *Health Services* ne justifierait pas la décision rendue dans cette affaire. Si l'alinéa 2d) ne protégeait que le droit d'agir de concert et de formuler des observations collectives, la loi en cause dans ce dossier aurait été déclarée constitutionnelle. En effet, la loi contestée portait atteinte à l'al. 2d), puisqu'elle compromettrait la capacité des travailleurs d'entreprendre une véritable négociation collective, que les juges majoritaires définissent comme une négociation de bonne foi (par. 90). Ces derniers soulignent en outre ce qui suit :

[L]e droit à un processus de négociation collective protège non seulement la présentation de revendications collectives, mais aussi le droit des employés de se faire entendre par le canal de consultations et discussions véritables. Ce constat permet d'écarter les arguments de l'intimée selon lesquels la Loi n'entrave pas la négociation collective parce qu'elle n'interdit pas expressément aux employés du secteur de la santé de présenter des revendications collectives. Bien qu'en principe le texte de la Loi n'interdise pas les revendications collectives auprès de l'employeur, le droit de négociation collective ne saurait se limiter à la simple possibilité de présenter des revendications. [Nous soulignons; par. 114.]

[51] À notre sens, il faut interpréter les motifs majoritaires dans *Health Services* à partir de ce qu'ils affirment à maintes reprises : les travailleurs ont le droit constitutionnel de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi.

f) *Réponse aux motifs du juge Rothstein*

[52] Le juge Rothstein soutient que l'arrêt *Health Services* rompt radicalement avec la jurisprudence antérieure et que la décision est erronée.

[53] Selon le principal argument de notre collègue, l'al. 2d) de la *Charte* ne protège pas la négociation collective. Il considère que dans l'arrêt *Health Services*, les juges majoritaires constitutionnalisent la négociation collective, ce qui, selon lui, demeure foncièrement incompatible avec les décisions antérieures de notre Cour et inapplicable dans les faits.

[54] Notre collègue paraît considérer que l'arrêt *Health Services* consacre directement ou

Wagner model of labour relations. The actual holding of *Health Services*, as discussed above, was more modest. *Health Services* affirms a derivative right to collective bargaining, understood in the sense of a process that allows employees to make representations and have them considered in good faith by employers, who in turn must engage in a process of meaningful discussion. The logic that compels this conclusion, following settled *Charter* jurisprudence, is that the effect of denying these rights is to render the associational process effectively useless and hence to substantially impair the exercise of the associational rights guaranteed by s. 2(d). No particular bargaining model is required.

[55] Rothstein J. calls for *Health Services* to be overturned. But his views also imply overturning *Dunmore*, on which *Health Services* rests. Rothstein J. states that “the essence of freedom of association is that it enables individuals to do in association what they could do as individuals” (para. 197). This echoes the model of s. 2(d) adopted by the plurality in *PIPSC*, and rejected by Bastarache J. in *Dunmore*. For the reasons that follow, we remain of the view that *Dunmore* and *Health Services* represent good law and should not be overruled.

(i) The Caution Required in Overturning Precedent

[56] Our colleague correctly recognizes at the outset of his reasons that overturning a precedent of this Court is a step not to be lightly undertaken. We would note that as we understand the law (see above), rejection of *Health Services* implies rejection of *Dunmore* as well, since the two cases rest on the same fundamental logic.

[57] The seriousness of overturning two recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated. This is particularly so given their recent vintage. *Health Services* was issued only four years ago, and, when this appeal was argued, only two years had passed.

indirectement un modèle Wagner de relations du travail. Or, son effet reste plus modeste, comme nous l’expliquons précédemment. En effet, il reconnaît un droit dérivé de négociation collective, c’est-à-dire le droit à un processus qui permet aux employés de formuler des observations et d’obtenir leur examen de bonne foi par l’employeur, qui doit en outre participer à un dialogue véritable à leur sujet. La logique qui mène à cette conclusion, compte tenu de la jurisprudence constitutionnelle établie, veut que l’absence de tels droits rende inutile le processus associatif et entrave de ce fait substantiellement l’exercice de la liberté d’association garantie à l’al. 2d). Aucun modèle particulier de négociation n’est imposé.

[55] Le juge Rothstein propose de renverser l’arrêt *Health Services*. Or, sa thèse implique également la nécessité d’écarter *Dunmore*, sur lequel prend appui *Health Services*. Il affirme que « la liberté d’association permet essentiellement à l’individu de faire de concert avec d’autres ce qu’il pourrait accomplir seul » (par. 197). Il reprend en cela le point de vue des juges majoritaires dans *IPFPC*, que rejette le juge Bastarache dans *Dunmore*. Pour les motifs exposés ci-après, nous demeurons d’avis que les arrêts *Dunmore* et *Health Services* sont fondés en droit et ne doivent pas être écartés.

(i) La prudence nécessaire avant de renverser un précédent

[56] Au début de ses motifs, notre collègue reconnaît à juste titre qu’il ne convient pas d’écarter un précédent de la Cour à la légère. En raison de notre interprétation du droit applicable (voir les motifs qui précèdent), nous devons souligner qu’écarter l’arrêt *Health Services* emporterait aussi le rejet de *Dunmore*, puisque les deux jugements reposent sur la même logique fondamentale.

[57] On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement de deux arrêts récents de la Cour qui expriment l’avis réfléchi de majorités claires. Leur caractère récent milite d’autant plus contre leur abandon. *Health Services* a été prononcé il y a seulement quatre ans, et lorsque le présent pourvoi a été entendu, seulement deux ans s’étaient écoulés.

[58] Rothstein J. suggests that since *Health Services* deals with constitutional law, the Court should be more willing to overturn it (paras. 141-43). In our respectful view, this argument is not persuasive. The constitutional nature of a decision is not a primary consideration when deciding whether or not to overrule, but at best a final consideration in difficult cases. Indeed, the fact that *Health Services* relates to a constitutional *Charter* right may militate in favour of upholding this past decision. As Binnie J. stated on behalf of a unanimous Court in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, “[t]he Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection” (para. 44). Justice Rothstein’s proposed interpretation of s. 2(d) of the *Charter* would diminish the scope of the s. 2(d) right.

[59] We note as well that, while the Court in this case was asked to clarify the ambit of *Health Services*, it was not asked to overrule it. British Columbia, the respondent in *Health Services*, stated explicitly that it was “not here contesting this Court’s conclusion that s. 2(d) protects a process of collective bargaining” (Factum of the Attorney General of British Columbia, at para. 18). Absent notice to the profession and interested persons, overruling *Health Services* seems to us procedurally inappropriate.

[60] In our view, the arguments advanced by our colleague against *Health Services* do not meet the high threshold for reversing a precedent of this Court.

(ii) The Arguments on Jurisprudence

[61] Justice Rothstein argues that *Health Services* represents a marked departure from prior jurisprudence. We do not agree.

[62] We have already discussed this jurisprudence in detail and need not repeat the discussion

[58] Le juge Rothstein laisse entendre que la Cour devrait se montrer plus disposée à écarter l’arrêt *Health Services* parce qu’il porte sur le droit constitutionnel (par. 141-143). En toute déférence, cet argument ne nous convainc pas. Lorsqu’il s’agit de renverser un précédent, sa nature constitutionnelle ne constitue pas une considération primordiale et elle n’est considérée tout au plus qu’en dernier lieu dans les cas épineux. Du reste, le fait que *Health Services* porte sur un droit constitutionnel garanti par la *Charte* peut militer en faveur de son maintien. Comme le dit le juge Binnie avec l’accord de tous ses collègues dans l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, « la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d’écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d’affaiblir une protection offerte par la *Charte* » (par. 44). L’interprétation que préconise le juge Rothstein réduirait la portée du droit reconnu à l’al. 2d).

[59] Nous faisons également observer que, dans le présent pourvoi, on demande à la Cour de clarifier la portée de l’arrêt *Health Services*, et non de l’écarter. La province de la Colombie-Britannique, intimée dans cette affaire, disait expressément [TRADUCTION] « ne pas contester en l’espèce la conclusion de la Cour selon laquelle l’al. 2d) protège un processus de négociation collective » (mémoire du procureur général de la Colombie-Britannique, par. 18). À défaut d’un avis au milieu juridique et aux intéressés, il nous paraîtrait inopportun sur le plan procédural de renverser l’arrêt *Health Services*.

[60] Selon nous, les arguments invoqués par notre collègue pour contester la validité de cet arrêt ne satisfont pas aux conditions strictes imposées pour le renversement d’un précédent de notre Cour.

(ii) L’argumentation de nature jurisprudentielle

[61] Le juge Rothstein soutient aussi que l’arrêt *Health Services* se démarque nettement de la jurisprudence antérieure. Nous ne sommes pas d’accord.

[62] Nous avons déjà examiné ces décisions antérieures en détail et point n’est besoin d’y revenir. En

here. In brief, the early cases did not consider the issue. Nothing said in them, however, negates the current state of the law, except for the fourth proposition in *PIPSC*, which was corrected in *Dunmore* to recognize that s. 2(d) extends to collective, as distinct from individual goals. *Dunmore*, as discussed above, established the proposition that legislative regimes that make meaningful pursuit of workplace goals impossible significantly impair the exercise of the s. 2(d) right to free expression and constitute a limit on the right which is unconstitutional unless justified by the state under s. 1. *Health Services*, far from being an “express break” with prior jurisprudence, is grounded in the principles earlier enunciated in *Dunmore*.

(iii) Purpose of Section 2(d): Individual Versus Collective Rights

[63] Our colleague argues that the recognition of a constitutional right to collective bargaining in *Health Services* is not supported by the purpose of s. 2(d), because it improperly assigns a collective dimension to individual rights. The collective dimension of individual rights was recognized by Dickson C.J., dissenting in *Alberta Reference*, stating that s. 2(d) protects group activity for which activity there is “no analogy involving individuals” such as the right to bargain collectively (pp. 367-70). The Court in *Dunmore* modified the fourth proposition in the earlier case of *PIPSC*. As Bastarache J. there stated, “certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning”.

[64] Consistent with this framework, the majority decision in *Health Services* framed s. 2(d) as an *individual right* (“the right of employees”, para. 87 (emphasis added)) that *may require the protection of group activity* (see also paras. 19 and 89). The fundamental inquiry is whether the state action would *substantially impair* the ability of “union members to pursue shared goals in concert” (para. 96 (emphasis added)). As in *Dunmore*, the majority

résumé, les précédents ne portent pas sur la question en litige. Toutefois, ils ne comportent aucun élément qui contredise l'état actuel du droit, sauf la quatrième proposition formulée dans *IPFPC*, puis rectifiée dans *Dunmore* de façon à reconnaître que l'al. 2d) protège les objectifs collectifs en plus des objectifs individuels. Rappelons que dans *Dunmore*, notre Cour statue qu'un régime législatif qui rend impossible l'exercice véritable du droit de poursuivre des objectifs liés au travail entrave substantiellement l'exercice de la liberté d'expression et apporte à ce droit une restriction inconstitutionnelle si elle n'est pas justifiée par l'État en application de l'article premier. Loin de constituer un revirement jurisprudentiel, l'arrêt *Health Services* s'appuie sur les principes énoncés précédemment dans *Dunmore*.

(iii) L'objet de l'al. 2d) : droits individuels et droits collectifs

[63] Notre collègue soutient que l'objet de l'al. 2d) n'appuie pas la thèse qu'un droit de négociation collective de nature constitutionnelle a été reconnu dans *Health Services* car elle attribue à tort une dimension collective à un droit individuel. Or, cette dimension collective a été reconnue dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, où le juge en chef Dickson, dissident, affirme que l'al. 2d) protège aussi l'activité collective à l'égard de laquelle il n'existe « aucune analogie comportant des individus » comme la négociation collective (p. 367-370). De plus, dans *Dunmore*, la Cour modifie la quatrième proposition de la décision antérieure *IPFPC*. Comme le souligne le juge Bastarache, « certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens ».

[64] En respectant ce cadre d'analyse, dans l'arrêt *Health Services*, les juges majoritaires statuent que l'al. 2d) confère un *droit individuel* (« le droit [des] employés », par. 87 (nous soulignons)) qui *peut exiger la protection d'une activité collective* (voir aussi les par. 19 et 89). La question fondamentale en jeu demeure celle de déterminer si l'acte de l'État *entraverait substantiellement* la capacité des « syndiqués de poursuivre collectivement des

concluded that the realization of the individual right required a capacity to act in common, which may give rise to a need to protect group activities and, as a consequence, to recognize group rights.

[65] In summary, *Health Services* was consistent with the previous cases on the issue of individual and collective rights. It recognized, as did previous jurisprudence, that s. 2(d) is an individual right. But it also recognized, as did previous cases, that to meaningfully uphold this individual right, s. 2(d) may properly require legislative protection of group or collective activities.

[66] Rothstein J. also emphasizes that “[i]ndividuals who are not members of an association . . . have no constitutional right to oblige their employers to bargain” (paras. 179 and 187). In our view, this outcome is not anomalous. It follows logically from the fact that collective bargaining is a derivative right, a “necessary precondition” to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association: see *CLA*, at para. 30. Where there is no reliance on freedom of association, there is no derivative right to require employers to bargain.

(iv) The Argument That Section 2(d) Is a Freedom, Not a Right

[67] Our colleague argues that by requiring a process that allows for meaningful dialogue on workplace matters, *Health Services* wrongly converts a negative freedom into a positive right. This bright line between freedoms and rights seems to us impossible to maintain. Just as freedom of expression implies correlative rights, so may freedom of association. The freedom to do a thing, when guaranteed by the Constitution interpreted purposively, implies a right to do it. The *Charter* cannot be subdivided into two kinds of guarantees — freedoms and rights.

objectifs communs » (par. 96 (nous soulignons)). Comme dans l’arrêt *Dunmore*, les juges majoritaires concluent que la mise en œuvre du droit individuel suppose la faculté d’agir de concert, ce qui peut nécessiter la protection d’activités collectives et, par conséquent, la reconnaissance de droits collectifs.

[65] En résumé, *Health Services* s’inscrit dans la lignée des arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs. Il reconnaît comme eux que l’al. 2d confère un droit individuel. Cependant, la Cour reconnaît aussi dans ce jugement, comme elle l’avait fait dans d’autres affaires, que l’al. 2d peut à bon droit imposer une protection législative de l’activité collective pour assurer l’exercice véritable du droit individuel.

[66] Le juge Rothstein ajoute par ailleurs que « l’individu qui n’est pas membre d’une association ne bénéficie pas du droit constitutionnel d’exiger de son employeur qu’il négocie avec lui » (par. 179 et 187). À notre avis, cette conséquence n’a rien d’anormale. Elle découle logiquement du fait que le droit à la négociation collective est un droit dérivé, une « condition qui doit nécessairement être réalisée » pour permettre l’exercice véritable de la liberté d’association garantie par la Constitution : voir *CLA*, par. 30. Dans les cas où la liberté d’association ne peut être invoquée, le droit dérivé permettant d’exiger que l’employeur négocie ne saurait exister.

(iv) La thèse voulant que l’al. 2d confère une liberté et non un droit

[67] Notre collègue fait également valoir qu’en imposant un processus qui permet un véritable dialogue sur les questions liées au travail, *Health Services* transforme à tort une liberté négative en un droit positif. Cette distinction nette entre une liberté et un droit nous paraît intenable. La liberté d’expression emporte des droits corrélatifs, la liberté d’association aussi. Lorsqu’elle est garantie par la Constitution interprétée de manière téléologique, la liberté d’accomplir un acte implique le droit d’accomplir cet acte. La *Charte* ne saurait prévoir deux catégories distinctes de garanties, d’une part les libertés, d’autre part les droits.



[68] The majority in both *Dunmore* and *Health Services* held that freedom to associate may require the state to take positive steps. Bastarache J. in *Dunmore* underlined that “it may be asked whether the distinction between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations” (para. 20). He further noted that

history has shown, and Canada’s legislatures have uniformly recognized, that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. . . . In this context, it must be asked whether, in order to make the freedom to organize meaningful, s. 2(d) of the *Charter* imposes a positive obligation on the state to extend protective legislation to unprotected groups. [para. 20]

[69] This Court has consistently rejected a rigid distinction between “positive” freedoms and “negative” rights in the *Charter*. For example, it recently held that s. 2(b) may require the government to disclose documents to the public in order to enable meaningful discourse: *CLA*, at para. 37. As stated by L’Heureux-Dubé J. in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995:

The distinctions between “freedoms” and “rights”, and between positive and negative entitlements, are not always clearly made, nor are they always helpful. One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information. [p. 1039]

[70] A purposive protection of freedom of association may require the state to act positively to protect the ability of individuals to engage in fundamentally important collective activities, just as

[68] Tant dans *Dunmore* que dans *Health Services*, les juges majoritaires décident que la liberté de s’associer peut imposer à l’État l’obligation de prendre des mesures concrètes. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache souligne qu’« on peut se demander si la distinction entre obligations positives et négatives de l’État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail » (par. 20). Il ajoute que

[l]’histoire a montré, et les législateurs canadiens ont uniformément reconnu, qu’une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. [. . .] Dans ce contexte, il faut se demander si, pour que la liberté syndicale ait un sens, l’al. 2d) de la *Charte* impose à l’État l’obligation positive d’étendre la protection légale à des groupes non protégés. [par. 20]

[69] Notre Cour s’est toujours refusée à établir une distinction rigide entre les libertés « positives » et les droits « négatifs » consacrés par la *Charte*. Par exemple, elle a récemment statué que l’al. 2b) peut exiger de l’État qu’il communique des documents au public afin d’assurer un débat véritable : *CLA*, par. 37. Comme le souligne la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995 :

Les distinctions entre « libertés » et « droits » et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles. On ne doit pas s’éloigner du contexte de l’approche fondée sur l’objet énoncée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d’adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s’imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d’une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l’expression, ou à assurer l’accès du public à certains types de renseignements. [p. 1039]

[70] Tout comme l’interprétation téléologique de la liberté d’expression peut obliger l’État à divulguer des documents pour permettre un débat public significatif, l’interprétation téléologique de la

a purposive interpretation of freedom of expression may require the state to disclose documents to permit meaningful discussion.

[71] With respect, we also do not agree that the structure of the *Charter* reflects a rigid distinction between freedoms and rights. Rothstein J.'s reasons state that “[w]hen the *Charter* uses the term ‘right’, as it does in ss. 7 to 12, either a positive entitlement is introduced, or a right to be free of some restriction or prohibition (i.e. a freedom) is introduced” (para. 192).

[72] In fact, many of the rights in ss. 7 to 12 do not entitle individuals to any form of state action. Rather these provisions guarantee a mixture of negative and positive rights. For instance, s. 9 protects “the right not to be arbitrarily detained or imprisoned” and s. 12 protects “the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment”. But s. 10 also protects a right to counsel and imposes a corresponding duty on police officers to facilitate the exercise of this right. See also *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 107, referring to “the s. 12 guarantee of freedom from cruel and unusual treatment” (emphasis added).

[73] It may also be observed that *Health Services* does not impose constitutional duties on private employers, but on governments as employers and parliaments and legislatures as law makers, in accordance with s. 32 of the *Charter*. Rather, the majority held that individuals have a right against the state to a process of collective bargaining in good faith, and that this right requires the state to impose statutory obligations on employers. As held by Cory and Iacobucci JJ. in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, one must “distinguish between ‘private activity’ and ‘laws that regulate private activity’. The former is not subject to the *Charter*, while the latter obviously is” (para. 66). If workers are incapable of exercising their right to collective bargaining, they may only bring a *Charter* claim

liberté d’association et de la protection qu’elle offre peut obliger l’État à prendre des mesures concrètes pour permettre aux individus de prendre part à des activités collectives d’importance fondamentale.

[71] En toute déférence, nous ne pouvons déduire de la manière dont elle est conçue que la *Charte* établit une distinction rigide entre les libertés et les droits. Le juge Rothstein dit que « [l]orsque la *Charte* emploie le terme “droit” aux art. 7 à 12, elle reconnaît soit un droit positif, soit un droit d’échapper à quelque limitation ou interdiction (c.-à-d., une liberté) » (par. 192).

[72] En fait, bon nombre des droits conférés aux art. 7 à 12 ne comportent pas de garantie d’un type particulier d’action de l’État. Ces dispositions reconnaissent plutôt un ensemble diversifié de droits négatifs et positifs. À titre d’exemple, l’art. 9 reconnaît à chacun le « droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires ». L’article 12 confère le « droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Mais l’art. 10 protège également le droit à l’assistance d’un avocat et impose aux policiers l’obligation concomitante de faciliter l’exercice de ce droit. Voir aussi *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 107, où la Cour renvoie à la garantie contre tous traitements ou peines cruels et inusités que prévoit l’art. 12.

[73] On peut également faire observer que *Health Services* n’impose pas d’obligations constitutionnelles aux employeurs du secteur privé, mais plutôt aux gouvernements à titre d’employeurs ainsi qu’au Parlement et aux assemblées législatives en qualité de législateurs, conformément à l’art. 32 de la *Charte*. Les juges majoritaires reconnaissent ainsi que les individus possèdent, vis-à-vis de l’État, le droit à un processus de négociation collective de bonne foi et que ce droit demande à l’État d’imposer des obligations légales aux employeurs. Comme le relèvent les juges Cory et Iacobucci dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, il faut faire une distinction « entre l’“activité privée” et la “loi qui régit l’activité privée”. La première n’est pas assujettie à la *Charte*, alors que la seconde l’est

against the government and not their employer, and they must show a state action.

(v) The Argument That *Health Services* Privileges Particular Associations

[74] Our colleague argues that the effect of *Health Services* is to privilege some associations over others, by interpreting s. 2(d) in a way that is not content-neutral. Broadly put, the argument appears to be that, by considering the goals of a particular association, one moves beyond pure associational activity into a court-based selection of what goals are acceptable and what goals are not.

[75] Yet consideration of goals cannot be avoided. One of the basic principles of *Charter* interpretation is that rights must be interpreted in a purposive way — having regard for the purposes, or goals, they serve. Thus, in the *Alberta Reference*, McIntyre J. described the core of s. 2(d) protection as being association “both to satisfy [a] desire for social intercourse and to realize common purposes” (p. 395 (emphasis added)). *Dunmore* resolved the issue, not by saying that the s. 2(d) right must be content-neutral, but by asserting that it must be interpreted in conjunction with Canada’s values and international human rights and labour law commitments. In our view, this is the preferable approach. A content-neutral right is too often a meaningless right.

(vi) The Argument That *Health Services* Gives Contracts Priority Over Statutes

[76] Our colleague argues that *Health Services* gives constitutional status to contracts, privileging them over statutes. The argument is based on the

manifestement » (par. 66). Les travailleurs qui sont dans l’impossibilité d’exercer leur droit de négociation collective ne peuvent que poursuivre l’État, et non leur employeur, sur le fondement de la *Charte*, et ils doivent faire la preuve d’une action de l’État.

(v) L’argument selon lequel *Health Services* favorise certaines associations

[74] Notre collègue prétend que l’arrêt *Health Services* favorise certaines associations par rapport à d’autres parce que la Cour y interprète l’al. 2d) d’une manière qui n’est pas neutre quant à la nature de la liberté exercée. D’un point de vue général, il paraît soutenir qu’en considérant les objectifs d’une association en particulier, on passe de la protection de l’activité associative pure à un processus de détermination judiciaire des objectifs associatifs admissibles ou inadmissibles.

[75] Or, l’examen des objectifs ne peut être évité. L’un des principes fondamentaux d’interprétation de la *Charte* veut que les droits doivent être interprétés de manière téléologique, c’est-à-dire au regard des objectifs qui les sous-tendent ou de leur raison d’être. Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge McIntyre affirme que l’al. 2d) protège essentiellement le droit de s’associer à autrui « à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes » (p. 395 (nous soulignons)). Dans *Dunmore*, la Cour tranche la question non pas en affirmant que le droit conféré à l’al. 2d) doit être interprété de manière neutre quant à la nature de la liberté exercée, mais en statuant que son interprétation doit tenir compte des valeurs canadiennes ainsi que du droit international des droits de la personne et des engagements internationaux du pays en droit du travail. À notre avis, cette démarche est plus opportune. Trop souvent, un droit interprété sans égard à son objet demeure vide de sens.

(vi) L’argument selon lequel *Health Services* donne priorité au contrat sur la loi

[76] Selon le juge Rothstein, *Health Services* reconnaît une valeur constitutionnelle au contrat en le faisant primer la loi. Il considère que pour

view that *Health Services* holds that breach of collective agreements violates s. 2(d). In fact, as discussed above, this was not the finding in *Health Services*. The majority in *Health Services* held that the unilateral nullification of significant contractual terms, by the government that had entered into them or that had overseen their conclusion, coupled with effective denial of future collective bargaining, undermines the s. 2(d) right to associate, not that labour contracts could never be interfered with by legislation.

(vii) The Argument That *Health Services* Removes Judicial Deference to the Legislation

[77] Our colleague argues that *Health Services* undercuts the judicial deference courts have paid in the past to the legislature in labour relations. We observe at the outset that this argument rests on the premise — repeatedly rejected in *Health Services* — that the Court was constitutionally enshrining the Wagner model of labour relations. In fact this is not what *Health Services* held.

[78] As stated in *Health Services*, “[i]t may well be appropriate for judges to defer to legislatures on policy matters expressed in particular laws” (para. 26). What *Health Services* rejected was a judicial “no go” zone for an entire right on the ground that it may involve the courts in policy matters: creating such a *Charter*-free zone would “push deference too far” (*ibid.*). This Court reached a similar conclusion in *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at paras. 62-63.

[79] The approach to deference advanced in *Health Services* is consistent with this Court’s general jurisprudence. Deference should inform the determination of whether Parliament’s scheme satisfies the requirements of the *Charter*, as articulated by the courts. See P. Macklem, “Developments in Employment Law: The 1990-91 Term” (1992),

la Cour, le non-respect d’une convention collective emporte celui de l’al. 2d). Pourtant, nous l’avons déjà dit, *Health Services* n’a jamais comporté une telle conclusion. En effet, les juges majoritaires dans cet arrêt décident que l’annulation unilatérale de clauses contractuelles importantes dont l’État avait convenu ou dont il avait coordonné la conclusion, de pair avec l’exclusion dans les faits de toute négociation collective ultérieure, compromet l’exercice du droit de s’associer garanti à l’al. 2d), non qu’un contrat de travail ne peut jamais être modifié par voie législative.

(vii) L’argument selon lequel *Health Services* supprime la déférence des tribunaux envers le législateur

[77] Notre collègue affirme que *Health Services* sape la déférence que les tribunaux manifestaient jusqu’alors envers le législateur dans le domaine des relations du travail. Signalons d’emblée que son argument a pour prémisse — maintes fois rejetée dans *Health Services* —, que la Cour y constitutionnalise le modèle Wagner de relations du travail, ce qui n’est pas le cas en réalité.

[78] Comme il est indiqué dans l’arrêt *Health Services*, « il se peut fort bien que les juges aient raison de s’en remettre aux législateurs pour résoudre les questions de politique générale énoncées dans des lois particulières » (par. 26). Ce qui a été rejeté dans cet arrêt c’est la prétention selon laquelle un droit serait entièrement « à l’abri des interventions judiciaires » au motif que celles-ci entraîneraient les tribunaux dans le domaine de la politique générale. Selon eux, une telle soustraction à l’application de la *Charte* « pousse trop loin le principe de la déférence judiciaire » (*ibid.*). Notre Cour tire la même conclusion dans *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, aux par. 62-63.

[79] La déférence préconisée dans *Health Services* se situe dans le droit fil de la jurisprudence générale de notre Cour. Il faut maintenir une attitude de déférence au moment de déterminer si une loi du Parlement satisfait aux exigences de la *Charte* établies par les tribunaux (voir P. Macklem, « Developments in Employment Law :

3 *S.C.L.R.* (2d) 227, at pp. 239-41. Conversely, the courts should not rely on deference to narrow the meaning of *Charter* rights in the first place. Doing so would abdicate the courts' duty as the "final arbiters of constitutionality in Canada" (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 31).

[80] In *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, the reasons of both LeBel J. and Bastarache J. (dissenting) rejected the view that deference to Parliament on labour relations created a *Charter*-free zone of legislative action, although there was disagreement on the scope of s. 2(d) and the application of the *Charter*. The reasons of LeBel J., written on behalf of a minority of the Court in finding no violation of s. 2(d), acknowledged the existence of a jurisprudential policy of non-intervention in labour relations. However, LeBel J. also stated that "the jurisprudence of this Court has never held that labour laws are immune to *Charter* review" (para. 162).

[81] Rothstein J. argues that courts should consider deference to Parliament in determining the scope of s. 2(d). This approach is inconsistent with this Court's decision in *Dunmore*. While Rothstein J. adopts the approach of McIntyre J. in the *Alberta Reference*, this Court has since distanced itself from this view. In *Dunmore*, Bastarache J. referred to McIntyre J.'s discussion of deference under s. 1, rather than in outlining the scope of s. 2(d): para. 57; see also *Delisle, per Cory and Iacobucci JJ.*, dissenting; *KMart Canada Ltd.*, at paras. 62-63, in which Cory J. referred to this passage from McIntyre J.'s reasons under s. 1 in a freedom of expression case. Deference to legislatures properly plays a part, not in defining the nature and scope of a constitutional right, but within the margin of appreciation that the *Oakes* analytical process acknowledges, particularly at the minimal impairment stage.

The 1990-91 Term » (1992), 3 *S.C.L.R.* (2d) 227, p. 239-241). Les tribunaux ne doivent pas pour autant invoquer la déférence pour restreindre au départ la portée de droits garantis par la *Charte*, car ils se déroberaient alors à leurs obligations en tant qu'« arbitre[s] ultime[s] [ . . . ] en matière de constitutionnalité au Canada » (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 31).

[80] Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, en dépit de leur désaccord sur la portée de l'al. 2d) et l'application de la *Charte*, tant le juge LeBel que le juge Bastarache (dissident) rejettent l'idée que la déférence envers le législateur en matière de relations du travail soustrait l'action législative à l'application de la *Charte*. Le juge LeBel, au nom des juges minoritaires selon lesquels il n'y avait pas violation de l'al. 2d), reconnaît l'existence d'un principe de non-intervention judiciaire dans les relations du travail. Cependant, il ajoute que « les arrêts de notre Cour n'ont jamais conclu que les lois du travail se trouvaient à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte* » (par. 162).

[81] Le juge Rothstein soutient que les tribunaux doivent tenir compte de la déférence qui s'impose envers le Parlement pour déterminer la portée de l'al. 2d). Cette prétention est incompatible avec la décision de notre Cour dans *Dunmore*. Notre collègue adhère ainsi au point de vue exprimé par le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, mais notre Cour s'est dissociée de celui-ci depuis. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache renvoie à l'analyse du juge McIntyre concernant la déférence en fonction de l'article premier plutôt qu'aux fins de déterminer la portée de l'al. 2d) : par. 57; voir également *Delisle*, les juges Cory et Iacobucci, dissidents, et *KMart Canada Ltd.*, par. 62-63, où le juge Cory reprend ce passage des motifs du juge McIntyre pour l'application de l'article premier dans une affaire de liberté d'expression. La déférence envers le législateur joue comme il se doit non pas dans la définition de la nature et de la portée d'un droit constitutionnel, mais bien dans l'appréciation que permet le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Oakes*, spécialement à l'étape de l'atteinte minimale.

(viii) The Argument of Unworkability

[82] Rothstein J. argues that *Health Services* is unworkable and therefore must be overturned (para. 256).

[83] The short answer to this argument is that unworkability has not been established. Winkler C.J.O. speculates that more will be required to make *Health Services* work, and academics have weighed in with great passion, some in favour of the decision, some against it. But there is no concrete evidence that the principles enunciated in *Dunmore* and *Health Services* are unworkable or have led to intolerable results. It is premature to argue that the holding in *Health Services*, rendered four years ago, is unworkable in practice. In *Henry*, in holding this Court's decision in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, to be unworkable 19 years after it was delivered, Binnie J. noted that the unworkability of that decision "only emerged over time as the courts have struggled to work with the distinction between impeachment of credibility and incrimination" (para. 45).

[84] Rothstein J. argues that the distinction drawn in *Health Services* between substantive and procedural rights is unworkable. Again, we must disagree. In our colleague's view, the procedural right to collective activity under s. 2(d) would impinge on the substantive right to a concluded collective agreement rejected in *Health Services*. However, substantive impact does not invalidate a procedural right. All procedures affect outcomes, but that does not mean that all procedural rights are unworkable. The *Charter* may protect collective bargaining and not the fruits of that process.

[85] Rothstein J. also suggests that more is required to transform the principles in *Health Services* into a full-blown labour relations scheme. This, however, does not establish unworkability. It is not the role of this Court to specify in advance

(viii) L'argument de l'inapplicabilité

[82] Le juge Rothstein affirme également que l'arrêt *Health Services* est inapplicable et qu'il y a donc lieu de l'écarter (par. 256).

[83] La réponse lapidaire à cet argument est que l'inapplicabilité n'est pas établie. Le juge en chef Winkler avance l'hypothèse que des ajouts seraient nécessaires pour rendre l'arrêt *Health Services* applicable, et des auteurs se prononcent avec ferveur, certains en faveur de la décision, d'autres contre. Or, rien ne démontre concrètement que les principes dégagés dans *Dunmore* et *Health Services* seraient inapplicables ou qu'ils auraient entraîné des résultats inadmissibles. Il est prématuré de conclure à l'inapplicabilité pratique de l'arrêt *Health Services* rendu il y a quatre ans. Dans *Henry*, le juge Binnie déclare inapplicable l'arrêt *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, 19 ans après son prononcé, en soulignant que l'inapplicabilité s'est manifestée « graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d'appliquer la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer » (par. 45).

[84] Pour le juge Rothstein, la distinction établie dans *Health Services* entre droit substantiel et droit procédural n'est pas applicable. Encore une fois, nous ne pouvons partager son avis. Notre collègue estime que le droit procédural à l'activité collective protégé à l'al. 2d) empiète sur le droit substantiel à la conclusion d'une convention collective pourtant écarté dans *Health Services*. Cependant, l'incidence sur le droit substantiel n'invalide pas le droit procédural. La procédure influe toujours sur le résultat, mais tout droit procédural n'est pas inapplicable pour autant. La *Charte* peut protéger la négociation collective, mais non le fruit de ce processus.

[85] Le juge Rothstein laisse par ailleurs entendre que des additions seraient nécessaires pour transformer les principes de l'arrêt *Health Services* en un véritable régime de relations du travail, ce qui ne prouve toutefois pas son inapplicabilité. En

precisely which model of labour relations the legislature should adopt. Instead, its role is to outline the boundaries within which the legislature must operate, and to assess if the scheme developed by legislators satisfies this test.

(ix) The Argument on Academic Criticism

[86] Justice Rothstein argues that academic criticism supports the view that *Health Services* should be overturned. While he agrees that criticism of a judgment is not sufficient to justify overruling it, he asserts that it is reason for the Court to “take notice”.

[87] The first point to note is that the decisions that Rothstein J. relies on, the Trilogy and *PIFPC*, were themselves the subject of intense academic criticism (see, e.g., Macklem, at p. 240: “the combined effect of the Labour Trilogy and *P.I.P.S.* is a national embarrassment”; see also D. Beatty and S. Kennett, “Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573; A. C. Hutchinson and A. Petter, “Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter” (1988), 38 *U.T.L.J.* 278; R. Elliot, “Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term” (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83). The real question is whether the academic criticism raises concerns not identified in *Health Services* that would justify overruling it.

[88] Moreover, as our colleague acknowledges, there was a range of opinions expressed about the decision in *Health Services*. As is often the case, some commentators agree, while others disagree in whole or in part. A number of comments approved of the shift away from the Trilogy in favour of a broader and more contextual understanding of freedom of association: see, e.g., C. Brunelle, “La liberté d’association se porte mieux: un commentaire de l’arrêt *Health Services*”, in *Conférence des juristes de l’État 2009: XVIII<sup>e</sup> Conférence* (2009), 237; P. Verge, “L’affirmation constitutionnelle de la liberté d’association: une nouvelle vie

effet, il ne revient pas à la Cour de préciser d’avance le modèle de relations du travail que devrait adopter le législateur. Il lui appartient plutôt de déterminer la marge de manœuvre dont dispose ce dernier, puis de décider si le régime établi satisfait aux exigences.

(ix) L’argument fondé sur les critiques des auteurs

[86] Le juge Rothstein fait valoir que les critiques des auteurs le confortent dans l’idée qu’il faut rompre avec *Health Services*. Même s’il convient que la critique d’un jugement ne saurait justifier son renversement, notre collègue prétend qu’il faut cependant que notre Cour en « prenne acte ».

[87] Signalons d’abord que les précédents invoqués par le juge Rothstein — la trilogie et *IPFPC* — ont eux aussi été fortement critiqués (voir, p. ex., Macklem, p. 240, où il dit que [TRADUCTION] « l’effet combiné de la trilogie et d’*IPFPC* crée un malaise à l’échelle nationale »; voir aussi D. Beatty et S. Kennett, « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573; A. C. Hutchinson et A. Petter, « Private Rights/Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter » (1988), 38 *U.T.L.J.* 278; R. Elliot, « Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term » (1991), 2 *S.C.L.R.* (2d) 83). Il convient plutôt de se demander si la doctrine relève des problèmes non abordés dans *Health Services* qui justifieraient le renversement de cet arrêt.

[88] De plus, ainsi que le reconnaît notre collègue, des opinions variées ont été exprimées à l’égard de l’arrêt *Health Services*. Comme cela se produit souvent, certains auteurs l’approuvent, d’autres sont totalement ou partiellement en désaccord avec elle. Un certain nombre de commentaires appuient l’abandon de la trilogie au bénéfice d’une conception plus large et plus contextuelle de la liberté d’association : voir, p. ex., C. Brunelle, « La liberté d’association se porte mieux : un commentaire de l’arrêt *Health Services* », dans *Conférence des juristes de l’État 2009 : XVIII<sup>e</sup> Conférence* (2009), 237; P. Verge, « L’affirmation

pour l'autonomie collective?" (2010), 51 *C. de D.* 353. Indeed, some commentators fault this Court's decision for not going far enough in protecting collective bargaining and related issues: see, e.g., P. Verge, "La Cour suprême, le 'droit' à la négociation collective et le 'droit' de grève" (2006), 66 *R. du B.* 391; P. Verge, "Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets" (2009), 50 *C. de D.* 267; J. Cameron, "The Labour Trilogy's Last Rites: *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297; J. Cameron, "Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter*: A Comment on *B.C. Health Services*" (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.

(x) The Argument on Canadian Labour History

[89] Rothstein J. takes issue with the discussion of Canadian labour history in *Health Services*, pointing out that hostility to collective bargaining is part of Canadian labour law history. We agree with this obvious fact, which was largely true until the Second World War, which is indeed referred to in the majority reasons in *Health Services*.

[90] The relevant question from the perspective of interpreting s. 2(d) of the *Charter* is not whether courts in the past have undermined collective bargaining, but rather whether Canadian society's *understanding* of freedom of association, viewed broadly, includes the right to collective bargaining in the minimal sense of good faith exchanges affirmed in *Health Services*. Whether that right has been consistently guaranteed by the legal system does not resolve the issue before us, the content of the s. 2(d) guarantee. *Charter* guarantees must be given a generous and purposive interpretation. While the practice of courts pre-*Charter* may assist in interpreting *Charter* guarantees, it does not freeze them forever in a pre-*Charter* vice.

constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective? » (2010), 51 *C. de D.* 353. Certains auteurs reprochent même à la Cour de ne pas aller assez loin dans la protection de la négociation collective et d'autres questions connexes : voir notamment P. Verge, « La Cour suprême, le "droit" à la négociation collective et le "droit" de grève » (2006), 66 *R. du B.* 391; P. Verge, « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets » (2009), 50 *C. de D.* 267; J. Cameron, « The Labour Trilogy's Last Rites : *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 297; J. Cameron, « Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter* : A Comment on *B.C. Health Services* » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233.

(x) L'argument fondé sur l'évolution du droit du travail au Canada

[89] Le juge Rothstein conteste l'historique des relations du travail au Canada que dresse la Cour dans *Health Services* et il souligne l'hostilité dont la négociation collective a fait historiquement l'objet au pays. Nous convenons de ce fait manifeste, généralement observable jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, et les juges majoritaires le mentionnent effectivement dans *Health Services*.

[90] Pour interpréter l'al. 2d) de la *Charte*, il ne faut pas se demander si les tribunaux ont déjà sapé les régimes de négociation collective dans le passé, mais bien si la *conception* que se fait la société canadienne de la liberté d'association, considérée largement, englobe le droit de négociation collective, compris dans le sens d'un droit minimal strict à des échanges de bonne foi reconnu dans *Health Services*. D'ailleurs on ne réglera pas le problème posé devant notre Cour, soit le contenu de la garantie constitutionnelle de l'al. 2d), en se demandant si notre système juridique a toujours garanti ce droit. Les garanties constitutionnelles doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique. La jurisprudence antérieure à la *Charte* peut être utile à leur interprétation, mais elle n'immobilise pas ces garanties dans une vision antérieure à la *Charte*.



(xi) The Argument on International Law

[91] Rothstein J. takes issue with the majority's conclusion in *Health Services* that international law supports a finding that s. 2(d) includes a right to collective bargaining.

[92] The majority in *Health Services* discussed both "Canada's *current* international law commitments and the current state of international thought on human rights" (para. 78 (underlining added)). *Charter* rights *must* be interpreted in light of Canadian values and Canada's international and human rights commitments. In *Dunmore*, Bastarache J. emphasized the relevance of these in interpreting s. 2(d) in the context.

[93] The fundamental question from the perspective of s. 2(d) is whether Canada's international obligations support the view that collective bargaining is constitutionally protected in the minimal sense discussed in *Health Services*. The majority in *Health Services* relied on three documents that Canada has endorsed: the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, and the International Labour Organization's ("*ILO's*") *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organise*, 68 U.N.T.S. 17 ("*Convention No. 87*").

[94] The decision rendered by the ILO Committee on Freedom of Association ("*CFA*"), in the conflict between the employees of the B.C. health services and the government of British Columbia, concerned the very conflict that formed the factual background of the decision in *Health Services*. After applying *Convention No. 87* and noting that Canada had not ratified *Convention (No. 98) concerning the application of the principles of the right to organise and to bargain collectively*, 96 U.N.T.S. 257 ("*Convention No. 98*"), the *CFA* concluded that

(xi) L'argument fondé sur le droit international

[91] Le juge Rothstein exprime également son désaccord avec l'avis des juges majoritaires dans *Health Services* selon lequel le droit international permet de conclure que l'al. 2d) inclut un droit à la négociation collective.

[92] Dans cet arrêt, les juges majoritaires se penchent à la fois sur « les engagements *actuels* du Canada en vertu du droit international et [sur] l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne » (par. 78 (nous soulignons)). Les droits constitutionnels *doivent* être interprétés à la lumière des valeurs canadiennes et des engagements internationaux du pays en matière de droits de la personne. Ainsi, dans *Dunmore*, le juge Bastarache insiste sur la pertinence de ces éléments pour interpréter l'al. 2d) eu égard au contexte.

[93] La question fondamentale qui se pose alors sous l'angle de l'al. 2d) consiste à rechercher si les obligations internationales du Canada permettent de conclure que la négociation collective bénéficie de la protection constitutionnelle au sens strict entendu dans *Health Services*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires s'appuient sur trois instruments internationaux entérinés par le Canada : le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (« *Convention n° 87* ») de l'Organisation internationale du Travail (« *OIT* »).

[94] La décision du Comité de la liberté syndicale de l'OIT (« *CLS* ») dans le conflit opposant les employés des services de santé de la Colombie-Britannique et le gouvernement de la province visait le différend même qui est à l'origine de l'arrêt *Health Services*. Après avoir appliqué la *Convention n° 87* et avoir indiqué que le Canada n'avait pas ratifié la *Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*, 96 R.T.N.U. 257 (« *Convention n° 98* »), le *CLS* conclut que

the action of the government of British Columbia violated the employees' right to freedom of association. It stated that the unilateral cancellation of collective agreements "may have a detrimental effect on workers' interests in unionization, since members and potential members could consider it useless to join an organization the main objective of which is to represent its members in collective bargaining, if the results of bargaining are constantly cancelled by law" (Report No. 330 (2003), vol. LXXXVI, Series B, No. 1, at para. 304).

[95] Rothstein J. argues that Convention No. 98 (which is not binding on Canada) does not support "a version of collective bargaining that includes a duty to bargain in good faith" (para. 249). While voluntariness is a component of the international model of collective bargaining — as noted by the majority in *Health Services* (para. 77, citing B. Gernigon, A. Odero and H. Guido, "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 *Intern'l Lab. Rev.* 33, at pp. 51-52) — the ILO Committee of Experts has not found compulsory collective bargaining to be contrary to international norms. The 1994 Report of the Committee of Experts discussed the domestic schemes that compelled employers to bargain with unions, listing Canada, and approvingly stated that such schemes illustrated "the principle that employers and trade unions should negotiate in good faith and endeavour to reach an agreement" (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Freedom of Association and Collective Bargaining* (1994), at para. 243). This is precisely the general principle that *Health Services* endorses.

(xii) The Argument on Charter Values

[96] Rothstein J. argues that the majority in *Health Services* erred in relying on the underlying values of the *Charter* when interpreting the scope of s. 2(d) rather than on the text of the *Charter* itself (paras. 252-54). We can only respond that a value-oriented approach to the broadly worded

la mesure du gouvernement de la province porte atteinte à la liberté d'association des employés. Il affirme que l'annulation unilatérale de conventions collectives « peut saper la confiance des salariés dans la valeur de l'appartenance à un syndicat, les membres ou les adhérents potentiels étant ainsi incités à considérer qu'il est inutile d'adhérer à une organisation dont le but principal est de représenter ses membres dans les négociations collectives, si les résultats de ces dernières sont souvent annulés par voie législative » (Rapport n° 330 (2003), vol. LXXXVI, série B, n° 1, par. 304).

[95] Le juge Rothstein soutient que la Convention n° 98 (qui ne lie pas le Canada) n'étaye pas la thèse d'une « négociation collective entendue au sens où l'employeur est tenu de négocier de bonne foi » (par. 249). Bien que le caractère volontaire de ce processus soit inhérent à la notion internationale de négociation collective — comme le signalent les juges majoritaires dans *Health Services* (par. 77, citant B. Gernigon, A. Odero et H. Guido, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37, p. 51-52) —, la Commission d'experts de l'OIT ne conclut pas que la négociation collective obligatoire contrevient aux normes internationales. Dans son rapport de 1994, la commission examine les régimes nationaux, dont celui du Canada, qui obligent l'employeur à négocier avec un syndicat et elle relève avec satisfaction qu'ils illustrent le « principe selon lequel employeurs et syndicats doivent négocier de bonne foi en s'efforçant d'arriver à un accord » (Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, *Liberté syndicale et négociation collective* (1994), par. 243). Tel est précisément le principe général repris dans *Health Services*.

(xii) L'argument fondé sur les valeurs de la Charte

[96] Selon le juge Rothstein, dans *Health Services*, les juges majoritaires ont tort de s'appuyer sur les valeurs qui sous-tendent la *Charte* plutôt que sur le texte lui-même de celle-ci lorsqu'ils interprètent la portée de l'al. 2d) (par. 252-254). Nous répondons simplement qu'interpréter en fonction des valeurs

guarantees of the *Charter* has been repeatedly endorsed by *Charter* jurisprudence over the last quarter century.

(xiii) Conclusion

[97] Notwithstanding the comprehensive reasons of our colleague, we conclude that *Health Services* is grounded in precedent, consistent with Canadian values, consistent with Canada's international commitments and consistent with this Court's purposive and generous interpretation of other *Charter* guarantees. In our view, it should not be overturned.

(2) Application: Have the Respondents Established a Breach of Section 2(d)?

[98] The essential question is whether the *AEPA* makes meaningful association to achieve workplace goals effectively impossible, as was the case in *Dunmore*. If the *AEPA* process, viewed in terms of its effect, makes good faith resolution of workplace issues between employees and their employer effectively impossible, then the exercise of the right to meaningful association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* will have been limited, and the law found to be unconstitutional in the absence of justification under s. 1 of the *Charter*. The onus is on the farm workers to establish that the *AEPA* interferes with their s. 2(d) right to associate in this way.

[99] As discussed above, the right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith is a derivative right under s. 2(d) of the *Charter*, necessary to meaningful exercise of the right to free association. The question is whether the *AEPA* provides a process that satisfies this constitutional requirement.

[100] Under the *AEPA*, the right of employees' associations to make representations to their employers is set out in s. 5. The relevant sections are ss. 5(1), (5), (6) and (7):

de la *Charte* les garanties formulées dans celle-ci de manière générale est conforme à la jurisprudence constitutionnelle des 25 dernières années.

(xiii) Conclusion

[97] En dépit des motifs détaillés de notre collègue, nous arrivons à la conclusion que l'arrêt *Health Services* prend appui dans les décisions antérieures, qu'il est compatible avec les valeurs canadiennes, qu'il respecte les engagements internationaux du Canada et qu'il s'inscrit dans la foulée de l'interprétation téléologique et généreuse des autres garanties constitutionnelles, en sorte qu'il n'y a pas lieu selon nous de l'écarter.

(2) Application : Les intimés ont-ils établi l'atteinte à l'al. 2d)?

[98] La Cour doit essentiellement se demander si, à l'instar des textes législatifs considérés dans *Dunmore*, la *LPEA* rend de fait impossible l'association véritable en vue de réaliser des objectifs liés au travail. Si, considéré sous l'angle de son effet, le processus de la *LPEA* rend effectivement impossible le règlement de bonne foi des différends liés au travail opposant employés et employeurs, on se trouve devant une restriction du droit d'association véritable garanti à l'al. 2d) de la *Charte* et la loi est inconstitutionnelle sauf justification au regard de l'article premier de la *Charte*. Il incombe aux travailleurs agricoles d'établir que la *LPEA* porte ainsi atteinte à leur droit constitutionnel de s'associer.

[99] Rappelons que le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi est dérivé de la liberté garantie à l'al. 2d) de la *Charte* et qu'il est nécessaire à l'exercice véritable du droit de libre association. Il faut alors rechercher si la *LPEA* prévoit un processus qui satisfait à cette exigence constitutionnelle.

[100] Dans la *LPEA*, le droit d'une association d'employés de formuler des observations à l'intention de l'employeur est prévu à l'art. 5, dont voici les paragraphes pertinents :

5. (1) The employer shall give an employees' association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

(5) The employees' association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

[101] Sections 5(6) and (7) are critical. They provide that the employer shall listen to oral representations, and read written representations, and acknowledge having read them. They do not expressly refer to a requirement that the employer consider employee representations in good faith. Nor do they rule it out. By implication, they include such a requirement.

[102] Three considerations lead us to conclude that any ambiguity in ss. 5(6) and (7) should be resolved by interpreting them as imposing a duty on agricultural employers to consider employee representations in good faith.

[103] The first consideration is the principle that a statute should be interpreted in a way that gives meaning and purpose to its provisions. This requires us to ask what the purpose of the requirements in ss. 5(6) and (7) is. There can only be one purpose for requiring the employer to listen to or read employee representations — to assure that the employer will in fact consider the employee representations. No labour relations purpose is served merely by *pro forma* listening or reading. To fulfill the purpose of reading or listening, the employer must consider the submission. Moreover, the employer must do so in good faith: consideration with a closed mind would render listening or reading the submission pointless.

5. (1) Un employeur donne à une association d'employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d'emploi d'un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(5) L'association d'employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L'employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l'employeur informe l'association d'employés par écrit qu'il les a lues.

[101] Les paragraphes 5(6) et (7) revêtent une importance cruciale. Ils disposent que l'employeur écoute les observations présentées oralement et qu'il lit celles formulées par écrit, puis qu'il informe l'association qu'il les a lues. Ils n'exigent pas expressément de l'employeur qu'il examine de bonne foi les revendications de ses employés. Ils ne l'excluent pas non plus. L'obligation lui en est faite implicitement.

[102] Trois raisons nous incitent à conclure qu'il faut résoudre toute ambiguïté du libellé des par. 5(6) et (7) en tenant pour acquis que les dispositions obligent l'employeur agricole à examiner de bonne foi les observations de ses employés.

[103] La première découle du principe qu'une loi doit s'interpréter de manière que ses dispositions aient un sens et un objet. Il nous faut donc déterminer la raison d'être des exigences énoncées aux par. 5(6) et (7). Une seule explication peut être trouvée à l'obligation imposée à l'employeur d'écouter ou de lire les observations présentées par les employés : s'assurer que l'employeur considère effectivement ces observations. Une simple obligation d'écoute ou de lecture passive ne permettra pas de réaliser cet objectif. Pour s'acquitter de son obligation, l'employeur doit examiner les observations. De plus, il doit le faire de bonne foi : une attitude fermée rend l'examen sans objet.

[104] The second consideration is that Parliament and legislatures are presumed to intend to comply with the *Charter*: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, per Lamer J. (as he then was), dissenting in part; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33. At the time the *AEPA* was adopted *Dunmore* had pronounced that the *Charter* requires meaningful exercise of the right to associate in pursuit of workplace goals. Since *Health Services*, it has been clear that this requires employers to consider employee representations in good faith. Any ambiguity in the *AEPA* should be resolved accordingly.

[105] The third consideration is the expressed intention of the Minister in debates on the legislation. When introducing the legislation, she stated:

The government is advised that the Supreme Court of Canada decision regarding *Dunmore* versus Ontario obligates the government to extend legislative protections to agricultural workers. It obligates us to do this to ensure that employees have the right to form and join associations, as well as have the protection necessary to ensure that the freedom of association is meaningful. The government of Ontario will meet these obligations.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 46A, 3rd Sess., 37th Parl., October 22, 2002, at p. 2340 (emphasis added))

[106] The government must, on the words of its Minister, have intended the legislation to achieve whatever is required to ensure meaningful exercise of freedom of association. As discussed above, meaningful exercise of the right to free association in the workplace context requires good faith consideration of employee representations. As pointed out by the respondents, the Minister also stated that the *AEPA* was not intended to “extend collective bargaining to agricultural workers”. However, this may be understood as an affirmation that the *AEPA* did not institute the dominant Wagner model of collective bargaining, or bring agricultural workers within the ambit of the *LRA*, not that the Minister

[104] La deuxième raison tient à la présomption selon laquelle le Parlement et les législatures veulent respecter la *Charte* : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), dissident en partie; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33. Lors de l’adoption de la *LPEA*, la Cour avait statué, dans *Dunmore*, que la *Charte* exigeait l’exercice véritable du droit de s’associer dans la poursuite d’objectifs liés au travail. Depuis l’arrêt *Health Services*, il est clair que l’employeur doit de ce fait examiner de bonne foi les observations de ses employés. Il faut résoudre en conséquence toute ambiguïté de la *LPEA*.

[105] La troisième raison se retrouve dans l’intention exprimée par la ministre responsable lorsque le projet de loi a été débattu. Voici ce qu’elle a déclaré en le présentant :

[TRADUCTION] Le gouvernement est informé que la décision de la Cour suprême du Canada dans *Dunmore* contre l’Ontario l’oblige à accorder une protection légale aux travailleurs agricoles. Il nous faut donc faire en sorte que ces employés jouissent du droit de former des associations et d’y adhérer, ainsi que de la protection voulue pour que leur liberté d’association ait un sens. Le gouvernement de l’Ontario satisfera à ces obligations.

(Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, n° 46A, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2002, p. 2340 (nous soulignons))

[106] À la lecture des propos tenus par la ministre, on doit conclure que le gouvernement a dû vouloir accomplir tout ce qui était nécessaire pour assurer l’exercice véritable de la liberté d’association. Comme nous l’affirmons précédemment, l’exercice véritable du droit de libre association dans le contexte du travail rend obligatoire l’examen de bonne foi des demandes formulées par les employés. Les intimés signalent que la ministre précise en outre que la *LPEA* ne vise pas [TRADUCTION] « l’application de la négociation collective aux travailleurs agricoles ». On peut cependant en déduire que la *LPEA* n’instaure pas le modèle Wagner, prédominant en matière de

intended to deprive farm workers of the protections of collective bargaining that s. 2(d) grants.

[107] These considerations lead us to conclude that s. 5 of the *AEPA*, correctly interpreted, protects not only the right of employees to make submissions to employers on workplace matters, but also the right to have those submissions considered in good faith by the employer. It follows that s. 5 of the *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*.

[108] It is argued that the record thus far under the *AEPA* gives little reason to think that the *AEPA* process will in fact lead to good faith consideration by employers. The evidence shows that the respondents attempted to engage employers in collective bargaining activities on a few occasions. On each occasion the employer ignored or rebuffed further engagement. The employers have refused to recognize their association and have either refused to meet and bargain with it or have not responded to the demands of the respondents.

[109] This history, scant as it is, does not establish that the *AEPA* violates s. 2(d). Indeed, the union has not made a significant attempt to make it work. As just discussed, properly interpreted, it does not violate s. 2(d). Moreover, the process has not been fully explored and tested. The *AEPA*, as Farley J. noted, contemplates a meaningful exercise of the right of association, and provides a tribunal for the resolution of disputes.

[110] Farley J. expressed cautious hope that the Tribunal created by the Act would prove efficacious and that the relief claimed might be granted:

One would think it better to see how the Tribunal operates in fact before condemning it as powerless to deal with such abuses. . . . I am of the view that this condemnation is premature. A successful application would do one of several things: be effective positively

négociation collective, ou qu'elle ne fait pas bénéficier les travailleurs agricoles du régime de la *LRT*. Toutefois, ces commentaires ne signifient pas que la ministre voulait priver ces employés du droit de négociation collective garanti à l'al. 2d).

[107] Pour ces raisons, nous concluons que l'art. 5 de la *LPEA*, s'il est correctement interprété, protège non seulement le droit des employés de présenter à l'employeur des observations relatives au travail, mais aussi celui de les voir prises en considération de bonne foi par le destinataire. L'article 5 de la *LPEA* ne porte donc pas atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*.

[108] Les intimés plaident qu'à ce jour, les faits donnent peu de raisons de croire que le processus établi par la *LPEA* mènera vraiment à un examen de bonne foi par l'employeur. La preuve révèle que les intimés ont tenté à quelques reprises de négocier collectivement avec leurs employeurs, mais qu'à chaque fois, ces derniers ont fait la sourde oreille ou refusé de négocier plus avant. Les employeurs ont refusé de reconnaître l'association et ils ont soit écarté toute rencontre en vue de négocier avec elle, soit omis de répondre aux demandes des intimés.

[109] La brève histoire de ces tentatives ne saurait établir que la *LPEA* contrevient à l'al. 2d). En effet, le syndicat n'a pas fait d'efforts significatifs pour faire fonctionner ce nouveau régime. Nous le répétons, correctement interprétée, la *LPEA* respecte l'al. 2d). En outre, le processus qu'elle prévoit n'a pas été pleinement exploré et mis à l'épreuve. Comme le signale le juge Farley, la *LPEA* a pour objet l'exercice véritable du droit de s'associer et elle crée un tribunal pour le règlement des différends.

[110] Le juge Farley exprime avec prudence l'espoir que le Tribunal créé par la Loi se révèle efficace et que la réparation demandée puisse être accordée :

[TRADUCTION] Il semble préférable de voir comment le Tribunal s'acquitte de sa tâche dans les faits avant de le déclarer inapte à réprimer de tels abus. [. . .] À mon avis, cette condamnation est prématurée. Une demande accueillie produit l'un ou l'autre des résultats suivants :

as to action; or morally give the wrongdoing employer a “bloody nose”; or if truly an empty process, it would demonstrate the need for strengthening by legislative amendment. [para. 18]

[111] Farley J. accordingly found that the complaint was premature:

... it would seem to me to be a premature and unfair complaint that the Tribunal charged under the *AEPA* with dealing with complaints — namely the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal — is bereft of expertise in labour relations given its bipartite composition of labour and agricultural experienced personnel. That Tribunal should be given a fair opportunity to demonstrate its ability to appropriately handle the function given to it by the *AEPA*. [para. 28]

[112] Section 11 of the *AEPA* specifically empowers the Tribunal to make a determination that there has been a contravention of the Act, and to grant an order or remedy with respect to that contravention. The Tribunal may be expected to interpret its powers, in accordance with its mandate, purposively, in an effective and meaningful way. Labour tribunals enjoy substantial latitude when applying their constituent statutes to the facts of a given case. As stated by the Ontario Labour Relations Board in *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384:

The Act does not spell out each and every right and obligation of labour and management. This Board is left with the task of applying the Act’s general language in the light of an infinite variety of circumstances which may arise. A rigid scheme of regulation is avoided and flexibility is provided although all within the limitations necessary to effectuate the dominant purpose of the Act. [pp. 399-400]

[113] We conclude the *AEPA* does not breach s. 2(d) of the *Charter*. It is therefore unnecessary to consider the s. 1 arguments that the respondents’ demands for full *LRA* protections would be inappropriate because of the diverse nature of the agricultural sector, ranging from small family operations to larger commercial establishments.

faire véritablement avancer les choses ou infliger un « revers » moral à l’employeur fautif ou encore, s’il s’agit véritablement d’un processus vain, démontre la nécessité d’une modification législative visant à le resserrer. [par. 18]

[111] Il conclut donc que la plainte est prématurée :

[TRADUCTION] ... il me paraît prématuré et injuste d’affirmer que le Tribunal chargé par la *LPEA* de l’audition des plaintes — le Tribunal d’appel de l’agriculture, de l’alimentation et des affaires rurales — n’a pas d’expertise en relations du travail étant donné qu’il est bipartite et compte à la fois des membres provenant du monde du travail et des membres issus du milieu de l’agriculture. Il convient de donner au Tribunal la possibilité raisonnable de montrer qu’il peut s’acquitter adéquatement de la fonction que lui confie la *LPEA*. [par. 28]

[112] L’article 11 de la *LPEA* habilite expressément le Tribunal à déterminer s’il y a eu infraction à la Loi et à rendre des ordonnances réparatrices. De plus, le Tribunal pourrait, conformément à son mandat, interpréter téléologiquement ses pouvoirs de façon qu’ils soient efficaces et utiles. Les tribunaux du travail jouissent d’une grande latitude pour appliquer leur loi constitutive aux faits particuliers des affaires dont ils sont saisis. Comme le souligne la Commission des relations de travail de l’Ontario dans *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384 :

[TRADUCTION] La Loi n’énumère pas chacun des droits et des obligations des employés et de la direction. Il revient à la Commission d’appliquer le libellé général de la Loi en fonction de la myriade de situations qui peuvent se présenter. On évite ainsi d’appliquer un cadre réglementaire rigide et on recourt à la souplesse, mais compte tenu des limitations que rend nécessaires la réalisation de l’objectif principal de la Loi. [p. 399-400]

[113] Nous concluons que la *LPEA* ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l’al. 2d) de la *Charte*. Il n’y a donc pas lieu d’examiner au regard de l’article premier la prétention des intimés selon laquelle la nature multiforme du secteur agricole, qui englobe tant de petites exploitations familiales que de grandes exploitations commerciales, ne permet pas de faire bénéficier les intimés de toute la protection qu’offre la *LRT*.

### C. Section 15 of the Charter

[114] As an alternative to their claim under s. 2(d), the respondents contend that Ontario has violated their equality rights under s. 15 of the *Charter* by excluding them from the statutory protections accorded to workers in other sectors. They argue that status as an agricultural worker is analogous to the enumerated grounds of discrimination in s. 15(1) because their occupation is a fundamental aspect of their identity.

[115] Farley J., writing in 2006, found that the situation of farm workers had not changed appreciably since *Dunmore*, in 2001, where this Court wrote with sympathy of the vulnerable position of these workers and the need for greater labour protections. The Ontario legislature attempted to respond to the concerns expressed in *Dunmore* by enacting the *AEPA*.

[116] The s. 15 discrimination claim, like the s. 2(d) claim, cannot succeed on the record before us. It is clear that the regime established by the *AEPA* does not provide all the protections that the *LRA* extends to many other workers. However, a formal legislative distinction does not establish discrimination under s. 15. What s. 15 contemplates is substantive discrimination that impacts on individuals stereotypically or in ways that reinforce existing prejudice and disadvantage: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 17. The *AEPA* provides a special labour regime for agricultural workers. However, on the record before us, it has not been established that the regime utilizes unfair stereotypes or perpetuates existing prejudice and disadvantage. Until the regime established by the *AEPA* is tested, it cannot be known whether it inappropriately disadvantages farm workers. The claim is premature.

### V. Conclusion

[117] The decision that we render today is another step in the resolution of the issues surrounding the

### C. Article 15 de la Charte

[114] Subsidiairement, les intimés soutiennent que l'Ontario a porté atteinte au droit à l'égalité garanti à l'art. 15 de la *Charte* en leur refusant la protection légale dont jouissent les travailleurs des autres secteurs. Ils plaident que le fait d'être travailleur agricole constitue un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1), car leur fonction définit essentiellement leur identité.

[115] Dans son jugement datant de 2006, le juge Farley estime que la situation des travailleurs agricoles n'a pas changé notablement depuis l'affaire *Dunmore*, en 2001, dans laquelle la Cour statue en se montrant sensible à la vulnérabilité de ces travailleurs et à la nécessité de mieux les protéger. Par l'adoption de la *LPEA*, le législateur ontarien a tenté de donner suite aux préoccupations de la Cour dans l'arrêt *Dunmore*.

[116] À l'instar de la demande fondée sur l'al. 2d), le moyen alléguant la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* ne peut être accueilli au vu du dossier. Certes, le régime créé par la *LPEA* ne confère pas toutes les protections que la *LRT* offre à de nombreux autres travailleurs. Toutefois, une distinction législative formelle ne permet pas d'établir la discrimination visée à l'art. 15, à savoir la discrimination réelle qui, en raison de l'application de stéréotypes, a des incidences sur des individus ou a pour effet de renforcer des préjugés ou des désavantages existants : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 17. La *LPEA* crée un régime de relations du travail spécialement pour les travailleurs agricoles. Cependant, le dossier n'établit pas que le régime repose sur des stéréotypes inéquitables ou qu'il perpétue des préjugés ou des désavantages existants. Tant qu'il n'a pas été mis à l'épreuve, on ne peut savoir si le régime de la *LPEA* défavorise indûment les travailleurs agricoles. Le recours demeure prématuré.

### V. Conclusion

[117] En statuant dans la présente affaire, notre Cour franchit une autre étape dans le règlement des



organizational challenges faced by farm workers in Ontario. We hope that all concerned proceed on the basis that s. 2(d) of the *Charter* confirms a right to collective bargaining, defined as “a process of collective action to achieve workplace goals”, requiring engagement by both parties. Like all *Charter* rights, this right must be interpreted generously and purposively. The bottom line may be simply stated: Farm workers in Ontario are entitled to meaningful processes by which they can pursue workplace goals.

[118] We would allow the appeal and dismiss the action. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

3. Does s. 3(b.1) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

5. Does the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

questions entourant le droit des travailleurs agricoles de l'Ontario d'exercer leur droit d'association. Il faut espérer que tous les intéressés partiront du principe que l'al. 2d) de la *Charte* confirme un droit de négociation collective, à savoir « une action collective visant à atteindre des objectifs liés au [. . .] travail », et une obligation des deux parties de participer au processus. Comme tous ceux garantis par la *Charte*, ce droit doit faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique. L'essentiel se résume simplement : les travailleurs agricoles de l'Ontario ont droit à un processus véritable leur permettant de réaliser des objectifs liés au travail.

[118] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action. Nous sommes également d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. La *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16, contrevient-elle à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'alinéa 3b.1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, contrevient-il à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. La *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16, contrevient-elle à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

7. Does s. 3(b.1) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

In the circumstances, we order no costs on this appeal or in the courts below.

The reasons of Charron and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. —

#### I. Introduction

[119] I have had the opportunity to read the reasons of the Chief Justice and LeBel J. in this appeal. I agree with them that the appeal should be allowed and the action dismissed. However, I disagree with their interpretation of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with respect to collective bargaining.

[120] The Chief Justice and LeBel J. have accurately set out the background, the constitutional challenge and the judicial history in this case. While I agree with what they have written in these respects, I respectfully disagree with the reasons for their decision.

[121] The reasons of the Chief Justice and LeBel J. are based upon the majority decision in *Health*

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

7. L'alinéa 3b.1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, contrevient-il à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

8. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Vu les circonstances, aucuns frais ne sont adjugés dans le présent pourvoi, ni devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Charron et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN —

#### I. Introduction

[119] J'ai eu l'occasion de lire les motifs de la Juge en chef et du juge LeBel dans la présente affaire. Je conviens avec eux qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action. Toutefois, je ne souscris pas à leur interprétation de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui concerne la négociation collective.

[120] La Juge en chef et le juge LeBel font correctement état du contexte, de la contestation constitutionnelle et de l'historique judiciaire. J'approuve ce qu'ils écrivent à cet égard mais, en toute déférence, je ne peux souscrire aux motifs qui sous-tendent leur décision.

[121] Les motifs de la Juge en chef et du juge LeBel prennent appui sur l'arrêt *Health Services*

*Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (“*Health Services*”). The majority in *Health Services* found that s. 2(d) of the *Charter* confers constitutional status on collective bargaining. It concluded that collective bargaining as protected by s. 2(d) “requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation” (para. 90). It further found that the requirement to bargain in good faith imposes a duty on employers to meet with employees and make a “reasonable effort to arrive at an acceptable contract” (para. 101).

[122] Following the reasons in *Health Services*, the Chief Justice and LeBel J. in this case say that s. 2(d) protects a right to collective bargaining, which includes “a process of engagement that permits employee associations to make representations to employers, which employers must consider and discuss in good faith” (para. 2). According to them, there is no doubt that because of s. 2(d) employers “must engage in a process of meaningful discussion” because “the effect of denying these rights is to render the associational process effectively useless” (para. 54).

[123] The term collective bargaining may have different meanings in other contexts, which I discuss in further detail below. For the sake of clarity, throughout these reasons, I will use the term to refer to the entitlements and obligations that the Chief Justice and LeBel J. view as being encompassed by s. 2(d), as quoted in paras. 121 and 122 above.

[124] I respectfully disagree with the Chief Justice and LeBel J. that collective bargaining enjoys constitutional status under the s. 2(d) freedom of association. I do not agree that s. 2(d) requires the state to impose a complex set of statutorily defined reciprocal rights and duties on employers and workers associations, including a duty to bargain in good faith.

*and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (« *Health Services* »). Dans cet arrêt, les juges majoritaires concluent que l’al. 2d) de la *Charte* confère une valeur constitutionnelle à la négociation collective. Selon eux, la négociation collective ainsi protégée à l’al. 2d) « implique que l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d’accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90). Ils concluent également que l’exigence de négocier de bonne foi oblige l’employeur à rencontrer ses employés et à faire un « effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 101).

[122] Conformément aux motifs des juges majoritaires dans *Health Services*, la Juge en chef et le juge LeBel affirment en l’espèce que l’al. 2d) protège un droit à la négociation collective, qui comprend « un processus de dialogue où l’association d’employés peut présenter des observations à l’employeur, qui doit en prendre connaissance et en discuter de bonne foi » (par. 2). Selon eux, il ne fait aucun doute qu’en raison de l’al. 2d), l’employeur « doit [. . .] participer à un dialogue véritable » parce que « l’absence de tels droits ren[d] inutile le processus associatif » (par. 54).

[123] Le terme « négociation collective » peut avoir un sens différent dans d’autres contextes. J’y reviendrai. Par souci de clarté, tout au long des présents motifs, j’utilise le terme pour parler des droits et des obligations qui, de l’avis de la Juge en chef et du juge LeBel, sont visés à l’al. 2d), comme je l’indique aux par. 121 et 122 qui précèdent.

[124] En toute déférence, je ne peux convenir avec la Juge en chef et le juge LeBel que la négociation collective bénéficie de la protection constitutionnelle au titre de la liberté d’association garantie à l’al. 2d). Je ne crois pas que cet alinéa exige de l’État qu’il impose aux employeurs et aux associations de travailleurs un ensemble de droits et d’obligations réciproques définis par la loi, dont l’obligation de négocier de bonne foi.

[125] In my view, s. 2(d) protects the liberty of individuals to associate and engage in associational activities. Therefore, s. 2(d) protects the freedom of workers to form self-directed employee associations in an attempt to improve wages and working conditions. What s. 2(d) does not do, however, is impose duties on others, such as the duty to bargain in good faith on employers.

[126] A constitutionally imposed duty to bargain in good faith strengthens the position of organized labour *vis-à-vis* employers. I express no opinion on the desirability of such an outcome for agricultural employees in Ontario. My point is only that courts are ill-suited to determine what is a matter of labour relations policy. Such policy decisions require a balancing of differing interests rather than an application of legal principles. Courts do not have the necessary expertise, or institutional capacity, to undertake a process which should involve consulting with and receiving representations from the various interested stakeholders and coming to an informed decision after balancing the necessary policy considerations. The decision to impose a duty of collective bargaining should be made by the legislature, and not by the court.

[127] Since the majority reasons are an application of the findings in *Health Services* to the circumstances of this appeal, the initial question that is raised is whether *Health Services* was correctly decided. As I have already suggested, and as I will explain below, I would find that *Health Services* was not correctly decided, to the extent that it constitutionalizes collective bargaining.

[128] In my opinion, overruling *Health Services* would dispose of the constitutional challenge in this case. The respondents' (Fraser's) argument that the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 ("AEPA"), violates the *Charter* because it does not protect a right to collective bargaining would have no basis. I therefore turn first to the question of whether it would be appropriate that *Health Services* be overruled.

[125] À mon sens, l'al. 2d) protège la liberté des individus de s'associer et d'exercer des activités associatives. Par conséquent, l'alinéa protège la liberté des travailleurs de former des associations autonomes en vue d'améliorer salaires et conditions de travail. Toutefois, il n'impose pas d'obligations à autrui, comme celle de négocier de bonne foi qui incomberait à l'employeur.

[126] Reconnaître une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi favorise les associations d'employés par rapport aux employeurs. Je ne me prononce pas sur le caractère souhaitable d'un tel résultat pour les employés agricoles de l'Ontario. Je signale seulement qu'il ne convient pas de laisser aux tribunaux le soin de trancher une question qui relève des politiques relatives aux relations du travail, car il leur faudrait pour cela mettre en balance des intérêts divergents, et non appliquer des principes juridiques. Les tribunaux n'ont ni l'expertise ni les moyens organisationnels requis pour consulter les divers intéressés, examiner leurs observations et arriver à une décision éclairée après avoir soupesé les considérations de principe pertinentes. La décision d'imposer une obligation de négocier de bonne foi doit être prise par le législateur, et non par une cour de justice.

[127] Puisque, dans leurs motifs, les juges majoritaires appliquent aux circonstances de l'espèce les conclusions tirées dans l'arrêt *Health Services*, il faut d'abord se demander si la décision rendue dans cette affaire est fondée. Je l'ai déjà laissé entendre — et j'y reviendrai —, j'estime que, dans l'affaire *Health Services*, la décision est erronée dans la mesure où elle constitutionnalise la négociation collective.

[128] À mon sens, rompre avec l'arrêt *Health Services* permettrait de résoudre le litige constitutionnel en l'espèce. La thèse des intimés (Fraser) selon laquelle la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« LPEA »), contrevient à la *Charte* en ce qu'elle ne protège pas le droit à la négociation collective n'aurait plus aucun fondement. Par conséquent, je me penche d'abord sur la question de savoir s'il convient d'écarter l'arrêt *Health Services*.

## II. When Should Precedent Be Overturned?

[129] The authorities are abundant that this Court may overrule its own decisions, and indeed it has done so on numerous occasions: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 849, *per* Dickson C.J. in dissent; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353, *per* Lamer C.J. for the majority; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.

[130] However, in order to overrule its own precedent, the Court must be satisfied, based upon substantial reasons, that the precedent was wrongly decided. It is not appropriate simply because of a change in the composition of the Court that precedent should be overturned, because of the views of newly appointed judges. There must be compelling reasons to justify overruling: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 665; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at paras. 18-19; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[131] This Court's most recent pronouncement on the question of overruling was in *Henry*. Writing for the Court, Justice Binnie first noted at para. 44 that the Court's practice is against departing from precedent unless there are compelling reasons to do so. However, he also recognized that "while rare, departures [from precedent] do occur". He further noted that constitutional decisions, including *Charter* decisions, are not immutable and may be overruled, though he held that "[t]he Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection."

[132] The values of certainty and consistency, which are served by adherence to precedent, are important to the orderly administration of justice in a system based upon the rule of law. Therefore, judges must proceed with caution when deciding to overrule a prior decision. The caution and care with which a judge must approach the question of overruling was articulated well by Gibbs J.

## II. À quelles conditions peut-on rompre avec un arrêt antérieur?

[129] Notre Cour a maintes fois statué qu'elle pouvait écarter ses propres décisions, ce qu'elle a d'ailleurs fait à de nombreuses reprises : voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 849, le juge en chef Dickson, dissident; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353, le juge en chef Lamer, au nom des juges majoritaires; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.

[130] Pour qu'un arrêt antérieur puisse être écarté, de sérieux motifs doivent toutefois convaincre la Cour qu'il a été rendu à tort. Il ne suffit pas que les juges actuels — nommés depuis — opinent différemment pour que l'on puisse rompre avec un précédent. Des raisons impérieuses doivent justifier la rupture d'avec l'arrêt antérieur : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 665; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 18-19; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44.

[131] L'arrêt le plus récent dans lequel la Cour se prononce sur le sujet est *Henry*. Avec l'appui de ses collègues, le juge Binnie y souligne d'abord au par. 44 qu'il est contraire à la pratique de la Cour de rompre avec un précédent, sauf raisons impérieuses. Toutefois, il reconnaît également qu'« il lui arrive effectivement de s'en écarter, même si elle le fait rarement ». Il ajoute que même si les décisions constitutionnelles, y compris celles fondées sur la *Charte*, ne sont pas immuables et peuvent être répudiées, « la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte* ».

[132] La certitude et la cohérence, que favorise le respect des précédents, importent pour la bonne administration de la justice dans un régime fondé sur la primauté du droit. Les tribunaux doivent donc être prudents lorsqu'ils sont appelés à écarter une décision antérieure. Dans l'arrêt *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585, à la p. 599, le juge Gibbs de la Haute Cour d'Australie fait bien

of the High Court of Australia in *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585, at p. 599:

No Justice is entitled to ignore the decisions and reasoning of his predecessors, and to arrive at his own judgment as though the pages of the law reports were blank, or as though the authority of a decision did not survive beyond the rising of the Court. A Justice, unlike a legislator, cannot introduce a programme of reform which sets at nought decisions formerly made and principles formerly established. It is only after the most careful and respectful consideration of the earlier decision, and after giving due weight to all the circumstances, that a Justice may give effect to his own opinions in preference to an earlier decision of the Court.

[133] What the courts are doing when deciding whether to overrule a precedent is a balancing exercise between two important values: correctness and certainty. A court must ask whether it is preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty or to correct the error. Indeed, because judicial discretion is being exercised, the courts have set down, and academics have suggested, a plethora of criteria for courts to consider in deciding between upholding precedent and correcting error.

[134] In *Bernard*, Dickson C.J. in dissent, identified four reasons for overruling an earlier precedent, at pp. 850-61:

1. Decisions that predate the *Charter* and fail to reflect *Charter* values;
2. Subsequent developments in the law that undermine the validity of the precedent;
3. A prior decision that creates uncertainty contrary to the underlying values of clarity and certainty that lie behind *stare decisis*;
4. A prior decision that operates against the accused by expanding the scope of criminal liability beyond its normal limits.

These factors were subsequently adopted by the majority in *Chaulk* as a non-exhaustive list of considerations relevant to deciding whether to overrule an earlier precedent (p. 1353).

état de la prudence et de la circonspection dont il convient alors de faire preuve :

[TRADUCTION] Nul juge ne peut ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou qu'une décision cessait d'être opposable dès l'ajournement d'une session. Contrairement au législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment. Ce n'est qu'après avoir examiné la décision antérieure de la cour le plus attentivement et le plus respectueusement possible, et après avoir dûment considéré les circonstances, que le juge peut faire primer sa propre opinion sur elle.

[133] Le tribunal appelé à décider s'il convient ou non d'écarter un précédent met en balance deux valeurs importantes : la décision correcte et la certitude. Il doit se demander s'il vaut mieux suivre une décision incorrecte dans l'intérêt de la certitude ou corriger l'erreur. Comme cette pondération suppose l'exercice du pouvoir discrétionnaire, tribunaux et auteurs ont proposé l'application d'une pléthore de critères.

[134] Dans l'arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson, dissident, relève aux p. 850 à 861 quatre motifs justifiant la rupture d'avec un précédent :

1. la décision est antérieure à la *Charte* et n'est pas conforme aux valeurs consacrées par celle-ci;
2. l'évolution subséquente du droit remet en question la validité du précédent;
3. la décision antérieure crée de l'incertitude, allant ainsi à l'encontre des valeurs de clarté et de certitude que suppose le principe du *stare decisis*;
4. la décision antérieure joue contre l'accusé en accroissant sa responsabilité criminelle au-delà des limites normales.

Dans l'arrêt subséquent *Chaulk*, les juges majoritaires voient dans ces éléments une énumération non exhaustive des considérations présidant à la décision d'écarter ou non un précédent (p. 1353).

[135] More recently, in *Henry*, Binnie J. identified the following reasons for overturning an earlier precedent, at paras. 45-46:

1. The prior decision departed from the purpose of a *Charter* provision as articulated in an earlier precedent;
2. Experience shows that the prior decision is unworkable as its application is unnecessarily complex and technical;
3. The prior decision is contrary to sound principle;
4. The prior decision results in unfairness.

[136] The Supreme Court of the United States has also grappled with identifying the appropriate principles governing when courts should overrule precedent. In *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), O'Connor, Kennedy and Souter JJ., writing for a majority of the court on this point, held that when the court considers whether to overrule an earlier case, "its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case" (p. 854). To this end, they articulated four factors to be considered in deciding whether to overrule precedent, at pp. 854-55:

1. Has the rule proved to be intolerable because it defies workability?
2. Is the rule subject to a reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add inequity to the cost of repudiation?
3. Have related principles of law developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine?
4. Have facts so changed, or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification?

[135] Plus récemment, dans l'arrêt *Henry*, le juge Binnie établit que les motifs suivants justifient la rupture d'avec un précédent (par. 45-46) :

1. la décision antérieure n'est pas conforme à l'objet d'une disposition de la *Charte* défini dans un précédent;
2. la décision est inapplicable en pratique, car son application s'est révélée inutilement complexe et formaliste;
3. elle est contraire à des principes valables;
4. elle est contraire à l'équité.

[136] La Cour suprême des États-Unis a elle aussi tenté de déterminer les principes applicables à l'abandon d'un précédent. Dans l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), les juges O'Connor, Kennedy et Souter, au nom des juges majoritaires sur ce point, concluent que le tribunal qui examine s'il y a lieu d'écarter une décision antérieure [TRADUCTION] « tient habituellement compte d'une série de considérations de prudence et de pragmatisme pour s'assurer que l'abandon d'une décision antérieure est compatible avec l'idéal de la primauté du droit et pour soupeser les coûts respectifs de la confirmation de la décision et de son abandon » (p. 854). À cette fin, ils exposent aux p. 854 et 855 quatre questions que le tribunal doit se poser avant d'écarter ou non un précédent :

1. L'inapplicabilité pratique de la règle la rend-elle intolérable?
2. La règle est-elle à ce point suivie que sa répudiation entraînerait un préjudice singulier et ajouterait de ce fait l'iniquité à ses autres coûts?
3. Des principes de droit connexes ont-ils vu le jour de sorte que l'ancienne règle ne soit plus que le vestige d'une doctrine abandonnée?
4. La situation a-t-elle changé ou est-elle perçue différemment au point de priver l'ancienne règle d'application ou de justification substantielle?

[137] Professor Debra Parkes has summarized eight criteria suggested by Professor B. V. Harris as follows:

1. Can the precedent be distinguished?
2. Was it decided *per incuriam*?
3. Is the precedent unworkable?
4. Are new reasons advanced not considered in the earlier case?
5. Does the law now view the precedent to be wrong?
6. Do the values underlying error correction or doing justice outweigh the values of adherence to *stare decisis*?
7. Would error be swiftly corrected by the legislature in non-constitutional cases?
8. Are foundational principles of human and civil rights involved?

See D. Parkes, “Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada” (2006), 32 *Man. L.J.* 135, at p. 149, citing B. V. Harris, “Final Appellate Courts Overruling Their Own ‘Wrong’ Precedents: The Ongoing Search for Principle” (2002), 118 *L.Q.R.* 408.

[138] If a precedent has overruled prior cases, two sets of precedents exist, an original precedent and a new precedent, although one has been overruled. In such cases it will be more important to carefully scrutinize the new precedent to determine if it has strayed from sound prior decisions and whether it would be preferable to return to the original, and more sound, decisions. In *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995), O’Connor J. confronted this type of situation. She stated, at p. 231:

Remaining true to an “intrinsicly sounder” doctrine established in prior cases better serves the values of *stare decisis* than would following a more recently

[137] La professeure Debra Parkes résume comme suit les huit critères proposés par le professeur B. V. Harris :

1. Peut-on établir une distinction d’avec le précédent?
2. S’agit-il d’une décision rendue *per incuriam*?
3. Le précédent est-il inapplicable en pratique?
4. De nouveaux motifs qui n’ont pas été examinés avant le prononcé de la décision antérieure sont-ils invoqués?
5. Les tribunaux considèrent-ils désormais qu’il s’agit d’une décision erronée?
6. Les valeurs justifiant que l’erreur soit corrigée ou que justice soit rendue l’emportent-elles sur celles liées au respect du *stare decisis*?
7. L’erreur serait-elle rapidement corrigée par le législateur dans une affaire de nature non constitutionnelle?
8. Des principes fondamentaux touchant aux droits de la personne et du citoyen sont-ils en cause?

Voir D. Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135, p. 149, citant B. V. Harris, « Final Appellate Courts Overruling Their Own “Wrong” Precedents : The Ongoing Search for Principle » (2002), 118 *L.Q.R.* 408.

[138] Lorsqu’un précédent en a écarté un autre, deux précédents existent — l’ancien et le nouveau —, même si l’un des deux a été abandonné. Il est alors plus important d’analyser attentivement le nouveau pour déterminer s’il s’est écarté de bonnes décisions antérieures et s’il est préférable de rétablir les décisions initiales jugées meilleures. Aux prises avec ce genre de situation dans l’affaire *Adarand Constructors, Inc. c. Pena*, 515 U.S. 200 (1995), la juge O’Connor affirme ce qui suit à la p. 231 :

[TRADUCTION] Il est plus conforme au principe du *stare decisis* de rester fidèle à une doctrine « intrinsicquement plus juste » établie dans des décisions antérieures que



decided case inconsistent with the decisions that came before it; the latter course would simply compound the recent error and would likely make the unjustified break from previously established doctrine complete.

Thus, where there exist earlier precedents from which the precedent at issue itself departed, it may be justifiable, based on the values underlying *stare decisis*, for the Court to return to the earlier precedents.

[139] The criteria discussed in the above cases and articles may, depending on the circumstances of each case, be relevant in deciding whether overruling is appropriate. However, these criteria do not represent an exhaustive list of considerations or requirements. Rather, such criteria function as “guidelines to assist th[e] Court in exercising its discretion”: *Chaulk*, at p. 1353, *per* Lamer C.J. Fundamentally, the question in every case involves a balancing: Do the reasons in favour of following a precedent — such as certainty, consistency, predictability and institutional legitimacy — outweigh the need to overturn a precedent that is sufficiently wrong that it should not be upheld and perpetuated?

[140] In the case of *Health Services*, I am of the opinion that the following considerations are relevant and justify overruling.

[141] First, the error in *Health Services* concerns a question of constitutional law. Thus, not only does it go to one of the foundational principles of our legal system, but it is not susceptible to being corrected in a lasting way by the legislative branch. While s. 33 of the *Charter* may allow Parliament or the legislatures to suspend, temporarily, the force of this Court’s ruling, history over the last two decades demonstrates that resort to s. 33 by legislatures has been exceedingly rare. *Health Services* will, if left to stand, set out abiding principles of constitutional law. Only the Court may correct this error in fundamental principle. As noted in *Planned Parenthood*, it is “common wisdom that the rule of *stare decisis* is not an ‘inexorable command,’ and certainly it is not such in every constitutional case” (p. 854). The jurisprudence of this

de suivre une décision plus récente qui rompt avec ces décisions antérieures. Dans le second cas, on aggrave simplement l’erreur récente et on scelle la rupture injustifiée d’avec la doctrine établie antérieurement.

Ainsi, lorsque le précédent en cause a rompu avec des décisions antérieures, le tribunal peut être justifié par les valeurs qui sous-tendent le *stare decisis* de rétablir celles-ci.

[139] Selon les circonstances de l’espèce, les critères énoncés dans les décisions et les articles susmentionnés peuvent servir à déterminer s’il y a lieu ou non d’écarter un précédent. Toutefois, il ne s’agit pas d’une énumération exhaustive de considérations à prendre en compte ou d’exigences à satisfaire, mais plutôt de « principes directeurs qui doivent guider [la] Cour dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire » : *Chaulk*, p. 1353, le juge en chef Lamer. Fondamentalement, la question qui se pose chaque fois appelle une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d’un précédent — comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle — l’emportent-ils sur la nécessité d’écarter un précédent dont le caractère erroné justifie qu’il ne soit ni confirmé ni perpétué?

[140] Je suis d’avis que les considérations qui suivent s’appliquent à *Health Services* et qu’elles justifient qu’on écarte cet arrêt.

[141] Premièrement, l’erreur commise touche une question de droit constitutionnel. Ainsi, non seulement elle vise l’un des principes fondamentaux de notre système de droit, mais elle n’est pas susceptible d’être corrigée de façon durable par le législateur. Bien que le Parlement ou les législatures puissent s’autoriser de l’art. 33 de la *Charte* pour suspendre temporairement l’application d’un jugement de notre Cour, c’est une avenue qu’ils ont très rarement empruntée au cours des deux dernières décennies. L’arrêt *Health Services*, s’il demeure opposable, établit des principes de droit constitutionnel obligatoires. Seule notre Cour peut corriger cette erreur qui entache un principe fondamental. Comme il est indiqué dans l’arrêt *Planned Parenthood*, [TRADUCTION] « on convient généralement que le principe du *stare decisis* ne crée

Court contains similar observations. Because the *Charter* involves the most fundamental principles underlying our law, it is particularly important that its provisions be correctly interpreted.

[142] The Chief Justice and LeBel J. say that the constitutional nature of *Health Services* should only be a final consideration with respect to overruling difficult cases (para. 58). In my respectful view, and as my reasons will endeavour to demonstrate, there are no shortage of reasons to believe that *Health Services* is problematic on other grounds.

[143] Relying on *Henry*, my colleagues also warn that this Court should be wary of overruling *Health Services* because doing so might have the potential to diminish *Charter* protection (para. 58, citing *Henry*, at para. 44). They say that this consideration “militate[s] in favour of upholding” *Health Services* (para. 58). However, the Court cannot be oblivious to errors in prior decisions. When considering overruling, the Court must balance correctness and certainty. If there is a potential diminishment arising from correcting prior error, that is a reason to be cautious, not a reason to forego correcting prior error altogether. Arguably, as *Health Services* itself strayed from prior precedent, returning to those prior precedents would promote certainty. However, even if certainty would favour retaining *Health Services*, in this case the need for a constitutionally correct answer is paramount.

[144] Second, as I have indicated, *Health Services* strayed significantly from earlier sound precedents with respect to the purpose of *Charter* protection for freedom of association. The constitutional guarantee of freedom of association is premised on the recognition that individuals may be better able to secure their interests and achieve their goals if they may join with others in their *attempt* to do so. From this, two propositions necessarily follow:

pas une “règle implacable”, surtout pas dans toute affaire constitutionnelle » (p. 854). On relève des observations analogues dans la jurisprudence de notre Cour. Puisque la *Charte* énonce les principes les plus fondamentaux de notre droit, la justesse de son interprétation importe particulièrement.

[142] Suivant la Juge en chef et le juge LeBel, la nature constitutionnelle de l’arrêt *Health Services* ne doit être considérée qu’en dernier lieu lorsqu’il s’agit d’écarter un précédent dans un cas épineux (par. 58). À mon humble avis, et comme je m’efforce de le démontrer dans les présents motifs, il existe suffisamment de raisons de croire que l’arrêt *Health Services* est problématique sous d’autres rapports.

[143] S’appuyant sur *Henry*, mes collègues estiment également que la Cour doit se garder d’écarter *Health Services*, car cela risquerait d’atténuer la protection qu’offre la *Charte* (par. 58, citant *Henry*, par. 44). Ils affirment que cette considération « peut militer en faveur de son maintien » (par. 58). Toutefois, nous ne pouvons faire fi de l’erreur qui entache des décisions antérieures. Lorsqu’elle envisage la possibilité d’écarter un précédent, notre Cour doit mettre en balance deux éléments : la décision correcte et la certitude. La possibilité que la correction de l’erreur diminue la protection qu’offre la *Charte* justifie la prudence, mais non l’abstention totale de corriger l’erreur. Puisque l’arrêt *Health Services* s’écarte lui-même d’un précédent antérieur, on pourrait soutenir que le rétablissement de ce dernier favoriserait la certitude. Et même si la certitude militait en faveur de la confirmation de l’arrêt *Health Services*, la nécessité d’une réponse constitutionnellement juste l’emporterait en l’espèce.

[144] Deuxièmement, et je le répète, *Health Services* s’écarte sensiblement de bonnes décisions antérieures concernant l’objet de la protection constitutionnelle de la liberté d’association. Cette garantie constitutionnelle reconnaît à la base qu’un individu peut être plus en mesure de défendre ses intérêts et d’atteindre ses objectifs s’il lui est permis de s’associer à d’autres *en vue* d’y parvenir. De cette prémisse découlent nécessairement deux

(a) that s. 2(d) was intended to secure *the individual's* freedom to coordinate his or her actions with others and enjoy the benefits that flow naturally from that coordination; and (b) that s. 2(d) was not intended to promote or guarantee the *outcomes* for which the association was formed. The ruling in *Health Services* contradicts both of these central tenets. By constitutionalizing collective bargaining, *Health Services* created a group right that vests in the employee association rather than individual workers, and confers substantive outcomes for which the association was formed. It has therefore moved away from the sound principles established by earlier precedents of this Court.

[145] Third, the constitutionalization of collective bargaining, as envisaged in *Health Services* and by the Chief Justice and LeBel J. in this case, is unworkable. On a practical level, the right to collective bargaining asserted by my colleagues is not workable without other elements of modern labour legislation in place. As Winkler C.J.O. recognized at the Court of Appeal, if it is to be effective, the right to collective bargaining will be hard pressed to perform its function without reinforcement from the other aspects of labour legislation that he identified (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). As a matter of principle, the distinction between substance and process on which the ruling in *Health Services* (and of the Chief Justice and LeBel J. in this case) is premised cannot be sustained. The process is itself a desirable outcome for the association of workers, and will result in substantive concessions by the employer. Thus, both principle and practicality militate against sustaining the ruling in *Health Services*.

[146] Fourth, there has been intense academic criticism of *Health Services*, including by Professor Eric Tucker, who was himself cited by the majority in support of its decision. See B. Etherington, “The B.C. *Health Services and Support Decision* — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did It Come From and Where Will It Lead?” (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 715, at pp. 734-39. I recognize that

corollaires : a) l’al. 2d) vise à garantir la liberté de l’individu de joindre ses efforts à ceux d’autrui et de profiter des avantages qui découlent naturellement de cette concertation, et b) l’al. 2d) ne vise pas à favoriser ou à garantir le résultat escompté de l’association. L’arrêt *Health Services* va à l’encontre de ces deux propositions essentielles. En constitutionnalisant la négociation collective, les juges majoritaires dans cette affaire ont créé un droit collectif qui bénéficie à l’association de salariés plutôt qu’aux travailleurs individuels et qui donne droit au résultat concret visé par la formation de l’association. Ils se sont donc écartés des principes valables établis par notre Cour dans ses décisions antérieures.

[145] Troisièmement, la protection constitutionnelle de la négociation collective au sens où l’entendent la majorité dans l’arrêt *Health Services* et la Juge en chef et le juge LeBel en l’espèce, est inapplicable en pratique. Dans les faits, le droit de négocier collectivement que font valoir mes collègues ne peut s’appliquer indépendamment d’autres éléments de la législation moderne du travail. Comme le reconnaît le juge en chef Winkler de la Cour d’appel, le droit de négocier collectivement peut difficilement atteindre son objectif sans l’appui des autres volets de la législation du travail dont il fait mention (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). Par principe, la distinction entre la substance et le processus sur laquelle fait fond l’arrêt *Health Services* (ainsi que la Juge en chef et le juge LeBel en l’espèce) ne peut être maintenue. Le processus est en soi un résultat souhaitable pour l’association de travailleurs, et il amènera l’employeur à faire des concessions sur la substance. Tant les principes que l’effet réel militent donc contre la confirmation de l’arrêt *Health Services*.

[146] Quatrièmement, les auteurs, dont le professeur Eric Tucker — que les juges majoritaires citent à l’appui de leur décision —, critiquent vivement l’arrêt *Health Services*. Voir B. Etherington, « The B.C. *Health Services and Support Decision* — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada : Where Did It Come From and Where Will It Lead? » (2009), 30 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 715, p. 734-739. Je reconnais

there is also academic commentary agreeing with the results of *Health Services*, as pointed out by the Chief Justice and LeBel J. (at para. 88). The existence of such commentary is not unexpected given the highly contentious and polarizing nature of labour relations. However, as I will explain, while some agree with the result, the academic criticism of concern here targets the reasoning of the majority in *Health Services*.

[147] Even some of the authors who support the results of *Health Services* and who are cited by my colleagues are critical of aspects of the reasoning employed by the majority of the Court to achieve those results. For example, Professor Jamie Cameron, in “Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter*: A Comment on *B.C. Health Services*” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233, while supportive of the results of *Health Services*, criticized the decision because “*B.C. Health Services* relied on a concept of entitlement that was so heavily and exclusively contextualized to collective bargaining that the decision lost contact with the underlying values which have anchored s. 2(d) since the *Labour Trilogy*” (p. 262; see also pp. 240 and 259).

[148] I reiterate that in light of such academic criticism, it is appropriate for this Court to take notice and acknowledge the errors that have been identified.

[149] My colleagues say that it is “procedurally inappropriate” to overrule *Health Services* because none of the parties have expressly asked this Court to do so (para. 59). However, the substance of the arguments of the appellants and interveners supporting them are in effect a claim that *Health Services* should be overruled. The appellants and interveners supporting them all say that in this case there should be no obligation on agricultural employers to engage in compulsory collective bargaining. In my opinion, it is not possible to agree that there is no such obligation without overruling *Health Services*.

que certains auteurs adhèrent aux conclusions de la formation majoritaire dans l’arrêt *Health Services*, ce que ne manquent pas de faire remarquer la Juge en chef et le juge LeBel (par. 88). Ces divergences d’opinions n’ont rien pour surprendre étant donné le terreau fertile en litiges et en clivages que représentent les relations du travail. Toutefois, comme je l’explique ci-après, certains observateurs souscrivent à l’issue dans *Health Services*, mais les critiques qui nous intéressent en l’espèce portent sur le raisonnement des juges majoritaires dans cette affaire.

[147] Même certains des auteurs qui appuient l’issue dans *Health Services* — et que citent mes collègues — critiquent en partie le raisonnement des juges majoritaires qui sous-tend cette décision. Par exemple, dans « Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the *Charter*: A Comment on *B.C. Health Services* » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 233, la professeure Jamie Cameron, bien qu’elle soit d’accord sur le dispositif dans *Health Services*, déplore que la décision [TRADUCTION] « prenne appui sur un droit considéré, sur le plan conceptuel, si excessivement et uniquement en fonction de la négociation collective qu’il y a rupture avec les valeurs qui sous-tendent l’al. 2d depuis la trilogie en droit du travail » (p. 262; voir également p. 240 et 259).

[148] Je maintiens qu’au vu de ces critiques, il convient que notre Cour prenne acte des erreurs relevées et les reconnaisse.

[149] Selon mes collègues, il serait « inopportun sur le plan procédural » de rompre avec l’arrêt *Health Services* puisqu’aucune des parties ne nous l’a expressément demandé (par. 59). La substance des arguments des appelants et des intervenants qui les appuient démontre toutefois qu’ils demandent effectivement à la Cour de rompre avec cet arrêt. Ces derniers disent tous qu’en l’espèce, l’employeur agricole ne devrait pas être obligé de négocier avec ses employés regroupés en association. À mon avis, il n’est pas possible d’accepter que cette obligation n’existe pas sans rompre avec l’arrêt *Health Services*.

[150] Further, as Deschamps J. observes, “an employer’s duty to bargain in good faith was not even raised” in *Health Services* (at para. 297), and while the parties in *Health Services* “recognized that under most Canadian labour law statutes, employers had an obligation to bargain in good faith, the claimants were not seeking a declaration characterizing this obligation as a constitutional one” (para. 304). Despite this issue not having been raised in *Health Services*, the majority in that case did not find it “procedurally inappropriate” to find that “collective bargaining imposes corresponding duties on the employer” and “requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith” (para. 90).

[151] Lastly, while the foregoing factors all support overruling *Health Services*, as the Chief Justice and LeBel J. point out, it is fundamental that it be demonstrated that *Health Services* was decided in error. The balance of these reasons endeavours to explain why *Health Services* was erroneously decided.

### III. The Explicit Break With Precedent in *Health Services*

#### A. *Introduction*

[152] Prior to explaining why *Health Services* erred in finding that s. 2(d) of the *Charter* protects collective bargaining, I will briefly refer to *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which was consistent with this Court’s jurisprudence prior to *Health Services* on the contours of s. 2(d) in the labour law context. I do this to underline the explicit break from that jurisprudence in *Health Services*. This break came when a majority of this Court found that s. 2(d) required that government legislate to facilitate collective goals which an association was formed to pursue, rather than protecting the freedom of association itself. This finding went beyond the rule in *Dunmore* which mandated legislative protection only where such protection was necessary to the freedom to associate.

[150] En outre, comme le fait remarquer la juge Deschamps, « l’obligation de l’employeur de négociier de bonne foi n’avait même pas été alléguée » dans *Health Services* (par. 297), et si dans cette affaire les parties « reconnaissaient que la plupart des lois canadiennes du droit du travail obligent l’employeur à négociier de bonne foi, [. . .] ils ne demandaient pas à la Cour de déclarer que cette obligation avait un fondement constitutionnel » (par. 304). Même si la question n’avait pas été soulevée dans *Health Services*, les juges de la majorité n’ont pas estimé qu’il serait « inopportun sur le plan procédural » de conclure que le droit des employés de « négociier collectivement impose [. . .] à l’employeur des obligations correspondantes » et « implique que l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi » (par. 90).

[151] Enfin, même si tous les éléments susmentionnés justifient la mise au rancart de l’arrêt *Health Services*, comme le font remarquer la Juge en chef et le juge LeBel, il faut absolument démontrer que la décision est entachée d’une erreur. C’est ce que je tente de faire ci-après.

### III. La rupture expresse d’avec la jurisprudence dans *Health Services*

#### A. *Introduction*

[152] Avant d’expliquer en quoi, dans *Health Services*, les juges majoritaires ont eu tort de conclure que l’al. 2d) de la *Charte* protège la négociation collective, je reviens brièvement sur l’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, qui était conforme à la jurisprudence de notre Cour antérieure à *Health Services* quant à la portée de l’al. 2d) en droit du travail. Je tiens ici à souligner la rupture expresse d’avec cette jurisprudence dans *Health Services*. Cette rupture est survenue lorsque la majorité des juges a conclu que l’al. 2d) obligeait le gouvernement à légiférer pour faciliter la réalisation des objectifs communs que visait la formation d’une association, plutôt que pour protéger la liberté d’association elle-même. Cette conclusion allait au-delà de la règle établie dans *Dunmore*, qui n’exigeait une protection législative qui si elle était nécessaire à la liberté d’association.

[153] The Chief Justice and LeBel J. present an alternative interpretation which suggests that *Health Services* “follows directly from the principles enunciated in *Dunmore*” (para. 38). With respect, I do not agree with this interpretation because it does not follow from the words and findings in *Dunmore*. In *Dunmore*, the requirement that government provide legislation to protect workers was anchored in the proposition that certain workers could not associate without government intervention. This concept was embodied by the idea that the lack of legislation was a “substantial interference” to the ability to form an association (para. 25 (emphasis deleted)). Deschamps J. describes *Dunmore* as holding that agricultural workers “were substantially unable to exercise their constitutional right [to associate] without the support of a legislative framework” (para. 307). This characterization is in line with the words of Bastarache J. who himself noted the distinction between forming an association and enhancing and facilitating the goals of that association:

... a group that proves capable of associating despite its exclusion from a protective regime will be unable to meet the evidentiary burden required of a *Charter* claim. In such a case, inclusion in a statutory regime cannot be said to safeguard, but rather to enhance, the exercise of a fundamental freedom. [para. 39]

[154] *Health Services*, in contrast, was not focussed on ensuring that government did not interfere with the right of individuals to form an association. Indeed the action was brought by existing associations. Instead, the decision in *Health Services* centred on the purported need to constitutionalize collective bargaining in order for the association to be “meaningful”. The majority concluded that without a legislated right to collective bargaining, and without constitutional protection of terms of the collective agreement in that case, the formation of an association was meaningless.

[155] This sentiment was an express break from *Dunmore* because the majority in *Health Services* focussed on the goals of an association and the *enhancement* of those goals, rather than the ability of the claimants to associate (which they already

[153] La Juge en chef et le juge LeBel proposent une autre interprétation suivant laquelle *Health Services* « découle directement des principes énoncés dans *Dunmore* » (par. 38). En toute déférence, je ne puis accepter cette interprétation, car elle s'écarte des propos et des conclusions de notre Cour. Dans *Dunmore*, la nécessité pour le gouvernement de protéger les travailleurs par une loi découlait de la prémisse qu'il fallait une intervention gouvernementale pour que certains travailleurs puissent s'associer. Cette notion tenait à l'idée que l'absence d'une loi constituait une « entrave substantielle » à la capacité de former une association (par. 25 (soulignement omis)). Selon la juge Deschamps, la Cour a conclu dans *Dunmore* « qu'il leur [les employés agricoles] était essentiellement impossible d'exercer leur droit constitutionnel sans l'appui de la loi » (par. 307). Cette caractérisation est conforme au propos du juge Bastarache, qui a lui-même signalé la distinction entre former une association et faciliter la réalisation de ses objectifs :

... le groupe qui réussit à s'associer malgré son exclusion d'un régime de protection ne peut s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe pour établir l'atteinte à la *Charte*. Dans ce cas, l'inclusion dans le régime légal ne protège pas seulement, mais améliore, l'exercice d'une liberté fondamentale. [par. 39]

[154] Dans *Health Services* par contre, il ne s'agissait pas de s'assurer que le gouvernement n'entrave pas le droit de former une association. De fait, ce sont des associations qui avaient intenté l'action. La décision des juges majoritaires dans cette affaire portait plutôt sur l'opportunité d'inscrire dans la Constitution la négociation collective pour que l'association ait un « sens ». La majorité des juges a conclu que la formation d'une association perdait tout son sens si une loi n'assurait pas le droit à la négociation collective et si, en l'instance, les termes de la convention collective n'étaient pas constitutionnellement protégés.

[155] Ce sentiment constituait une rupture expresse d'avec l'arrêt *Dunmore* puisque dans *Health Services*, les juges majoritaires ont insisté sur les objectifs d'une association et la *valorisation* de ces objectifs, plutôt que sur la capacité

had done). Constitutionalizing collective bargaining therefore cannot be said to safeguard the ability to associate, but instead is concerned with “enhanc[ing] the exercise of a fundamental freedom”, which cannot form the basis of a *Charter* claim (*Dunmore*, at para. 39). This express break from *Dunmore* is found in the reasons of the Chief Justice and LeBel J., where they suggest that providing associational protections in the *AEPA* without also enshrining good faith bargaining would “render the associational process effectively useless” (para. 54). This break from *Dunmore* is also recognized in the reasons of my colleague Abella J., where she observes that *Health Services* resulted in “creating a completely different jurisprudential universe” from that found in the previous “*Dunmore* ‘right to organize’ template” (paras. 324-25).

[156] It is this shift from protecting what is necessary to exercise the freedom to associate, to constitutionalizing the goals of an association — that is, negotiating a collective agreement — which results in *Health Services* being inconsistent with the ruling in *Dunmore*. The majority in *Health Services* found that the freedom of association is meaningless unless the government also imposes a duty on employers to bargain in good faith, and protects the fruits of that bargaining process. The focus shifted in *Health Services* from protecting the right to associate to enhancing the goals of the association. This was an express break from *Dunmore*.

#### B. *The Jurisprudential Background Prior to Health Services*

[157] This Court first examined the scope of the *Charter*’s guarantee of freedom of association in a series of three cases that came to be known as the “labour law trilogy” (“Trilogy”): *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The specific issue in those cases was whether s. 2(d) protected the right to strike. However, the members of the Court took the opportunity to consider, at length,

des demandeurs de s’associer (ce qu’ils avaient déjà fait). On ne saurait donc affirmer que la constitutionnalisation de la négociation collective protège la capacité de s’associer; elle vise plutôt « [l’amélioration de] l’exercice d’une liberté fondamentale », qui ne peut donner lieu à une demande fondée sur la *Charte* (*Dunmore*, par. 39). Cette rupture expresse d’avec l’arrêt *Dunmore* se trouve dans les motifs de la Juge en chef et du juge LeBel, selon qui inclure à la *LPEA* la protection associative sans inclure aussi la négociation de bonne foi « rend[rait] inutile le processus associatif » (par. 54). Dans ses motifs, ma collègue la juge Abella reconnaît elle aussi cette rupture avec l’arrêt *Dunmore* lorsqu’elle fait remarquer que *Health Services* « a créé un univers jurisprudentiel entièrement différent » du « “droit de s’organiser” reconnu dans *Dunmore* » (par. 324-325).

[156] C’est en raison de ce passage, de la protection de ce qui est nécessaire à l’exercice de la liberté d’association à la constitutionnalisation des objectifs d’une association — soit la négociation d’une convention collective —, que *Health Services* est incompatible avec *Dunmore*. Dans *Health Services*, les juges majoritaires ont conclu que la liberté d’association n’a de sens que si le gouvernement impose également à l’employeur l’obligation de négocier de bonne foi et s’il protège le résultat de la négociation. Notre Cour a donc mis l’accent non plus sur le droit de s’associer mais sur la valorisation de l’objectif que vise l’association. C’est là la rupture expresse d’avec l’arrêt *Dunmore*.

#### B. *Le contexte jurisprudentiel avant l’arrêt Health Services*

[157] Notre Cour examine pour la première fois la portée de la liberté d’association garantie par la *Charte* dans trois arrêts formant la « trilogie en droit du travail » (« trilogie ») : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l’Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. La question précise à trancher dans ces arrêts était celle de savoir si l’al. 2d) protégeait le droit de grève, mais les juges de la Cour ont saisi l’occasion

the purpose and scope of the protections afforded by s. 2(d). The bulk of the substantive analysis is found in the *Alberta Reference*.

[158] While the Court was divided on the result in those cases, there was nonetheless agreement on a number of core principles concerning the purpose and scope of s. 2(d). With respect to the purpose of granting constitutional protection to freedom of association, the following comment by McIntyre J. reflects a general consensus amongst the members of the Court:

While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. “Man, as Aristotle observed, is a ‘social animal, formed by nature for living with others’, associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes.” [p. 395]

[159] In addition, the Court was agreed that s. 2(d) protects an individual right to enter into an association and does not create group rights that vest in the association itself. In the words of Dickson C.J. (dissenting):

What freedom of association seeks to protect is not associational activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support, and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage. But this is not an unlimited constitutional license for all group activity. The mere fact that an activity is capable of being carried out by several people together, as well as individually, does not mean that the activity acquires constitutional protection from legislative prohibition or regulation. [p. 366]

McIntyre J. struck a similar note:

In considering the constitutional position of freedom of association, it must be recognized that while it advances many group interests and, of course, cannot be exercised alone, it is nonetheless a freedom belonging to the individual and not to the group formed through its exercise. [p. 397]

d’examiner en détail l’objet et la portée des garanties offertes à l’al. 2d). L’analyse de fond se retrouve pour l’essentiel dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*.

[158] La Cour était partagée sur l’issue de ces affaires, mais ses juges s’entendaient néanmoins sur un certain nombre de principes essentiels concernant l’objet et la portée de l’al. 2d). S’agissant de la raison d’être de la constitutionnalisation de la liberté d’association, le juge McIntyre formule la remarque suivante, qui reflète le consensus général au sein de la Cour :

Bien que, à l’instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d’association n’ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple : pour l’individu, la réalisation de certains objectifs par l’exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l’aide et la coopération d’autrui. [TRADUCTION] « L’homme, comme l’a fait observer Aristote, est un “animal social façonné par la nature pour vivre en groupe”, qui s’associe à ses semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes. » [p. 395]

[159] De plus, la Cour convient que l’al. 2d) protège le droit individuel de former une association, mais qu’il ne confère pas de droit collectif à l’association même. Selon le juge en chef Dickson, dissident dans cette affaire :

Ce que la liberté d’association vise à protéger, ce ne sont pas les activités de l’association en tant qu’activités particulières, mais la liberté des individus d’interagir avec d’autres êtres humains, de les aider et d’être aidés par eux dans les diverses activités qu’ils choisissent d’exercer. Mais ce n’est pas là une autorisation constitutionnelle illimitée pour toute activité collective. Le simple fait qu’une activité puisse être exercée par plusieurs personnes ensemble, aussi bien qu’individuellement, ne signifie pas que cette activité se voit conférer une protection constitutionnelle contre toute interdiction ou réglementation législative. [p. 366]

Le juge McIntyre ajoute dans la même veine :

En considérant la situation constitutionnelle de la liberté d’association, il faut reconnaître que, bien qu’elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs et, naturellement, qu’elle ne puisse être exercée seule, il s’agit néanmoins d’une liberté qui appartient à l’individu et non aux groupes formés grâce à son exercice. [p. 397]



[160] In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“PIPSC”), the core areas of agreement in the *Alberta Reference* were later summarized by Sopinka J. in a passage that has since been frequently cited:

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(d) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals. [pp. 401-2]

[161] These four propositions were later endorsed by majorities of the Court in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, and *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989. In the latter case, a majority of the Court ruled that s. 2(d) does not entitle workers to any particular set of statutory protections for their associative activities, such as those providing for a right to collective bargaining.

[162] The proposition that s. 2(d) does not confer a right to collective bargaining was once again endorsed by a majority of the Court in *Dunmore*. However, in that case the Court recognized that Sopinka J.’s four propositions, while valid, might not exhaust the entire scope of protection afforded by s. 2(d) (para. 16).

[163] Bastarache J. explained that the core of s. 2(d) protection is to prohibit the state from interfering with an activity because of its associational nature. Relying on comments made by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, he noted that Sopinka J.’s fourth proposition, which protects “the exercise in association of the lawful rights of individuals”, suffers from a potential weakness. That proposition will, in general, serve as a useful test

[160] Dans l’arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« IPFPC »), le juge Sopinka résume les principaux éléments de consensus dégagés dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, et ses propos sont fréquemment cités depuis :

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, j’arrive à la conclusion qu’il se dégage quatre propositions différentes quant à l’étendue de la liberté d’association garantie par l’al. 2d) : premièrement, l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir; deuxièmement, l’al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d’une association; troisièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits légitimes des individus. [p. 401-402]

[161] Ces quatre propositions ont ultérieurement été reprises par les juges majoritaires de la Cour dans les arrêts *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, et *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989. Dans l’arrêt *Delisle*, la formation majoritaire statue que l’al. 2d) n’accorde pas aux activités associatives des employés des protections particulières, comme celle conférant un droit à la négociation collective.

[162] Dans *Dunmore* les juges majoritaires de la Cour confirment encore une fois que l’al. 2d) ne confère pas de droit à la négociation collective. Or, dans cet arrêt, la Cour reconnaît que malgré leur validité, les quatre propositions du juge Sopinka ne rendent peut-être pas entièrement compte de la protection qu’offre l’al. 2d) (par. 16).

[163] Le juge Bastarache explique que l’objet essentiel de la protection prévue à l’al. 2d) est d’empêcher l’État de faire obstacle à une activité à cause de sa nature associative. S’appuyant sur les remarques du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, il indique que la quatrième proposition du juge Sopinka, qui protège « l’exercice collectif des droits et libertés individuels », peut comporter une faille. La proposition sert en général

in determining whether the state has targeted the associational aspect of an activity rather than the activity itself. If the state has outlawed an activity at both the individual and the group level, it is likely that this is because the activity itself is deemed to be harmful or problematic. By contrast, if the state permits an individual to engage in an activity but has outlawed the performance of that activity in concert with others, this will generally indicate that the state has targeted the activity solely because of its associational nature. Thus, Sopinka J.'s fourth proposition assists in isolating the true intent or effect of a measure when determining whether it infringes a person's freedom of association (paras. 16-18).

[164] However, there may be cases in which the state has directly targeted the associational aspects of an activity which are not captured by Sopinka J.'s fourth proposition. An activity performed on a group level may be "qualitatively" different from what an individual can undertake in isolation, such that no direct comparison or analogy is possible. If one were to interpret the fourth proposition as requiring a strict analogy between the collective activity and its individual counterpart, a state restriction on such "qualitatively" different activities would not be considered to inhibit freedom of association and would therefore pass muster under s. 2(d). Recognizing this, *Dunmore* attenuated the requirement of an individual analogue. If it can be demonstrated that a restriction on a group activity is an attack on the associational nature of the activity, a s. 2(d) claim may yet succeed even if no direct analogy can be made between the group activity and a lawful individual counterpart.

[165] This observation about how "qualitatively" different activities exist was aimed at explaining why certain activities which did not have an individual analogue must be protected in order to protect the freedom to form an association. The disposition in *Dunmore* turned on whether the lack of protection for agricultural employees was a "substantial interference" to the ability of workers to *form an association* (paras. 22-23). To suggest, in

à déterminer si l'État vise le caractère associatif de l'activité plutôt que l'activité elle-même. Si l'État interdit l'exercice tant individuel que collectif d'une activité, c'est vraisemblablement parce que l'activité est tenue pour préjudiciable ou problématique. En revanche, s'il permet à l'individu d'exercer une activité, mais qu'il lui interdit de le faire de concert avec d'autres, on peut généralement conclure que l'activité tombe sous le couperet de l'État uniquement en raison de sa nature associative. Ainsi, la quatrième proposition du juge Sopinka permet de discerner la raison d'être ou l'effet véritable d'une mesure aux fins de déterminer si elle porte atteinte à la liberté d'association d'une personne (par. 16-18).

[164] Toutefois, il peut arriver que l'État vise directement les aspects associatifs d'une activité qui échappent à la quatrième proposition du juge Sopinka. Une activité exercée collectivement peut être « qualitativement » différente d'une activité exercée individuellement, de sorte qu'aucune comparaison ou analogie directe ne soit possible. Si l'on concluait que la quatrième proposition exige une analogie stricte entre l'activité collective et l'activité correspondante individuelle, la limitation par l'État d'une activité « qualitativement » différente ne serait pas jugée attentatoire à la liberté d'association et serait donc tenue pour acceptable au regard de l'al. 2d). Dans l'arrêt *Dunmore*, la Cour le reconnaît et atténue l'exigence d'une activité individuelle analogue. Le demandeur qui peut démontrer que, en limitant une activité collective, l'État s'en prend à la nature associative de celle-ci, peut avoir gain de cause sur le fondement de l'al. 2d) même s'il est impossible d'établir une analogie directe entre l'activité collective et son équivalent individuel légitime.

[165] Par cette remarque à propos de l'existence d'activités « qualitativement » différentes, le juge Bastarache voulait expliquer pourquoi il est nécessaire de protéger certaines activités n'ayant pas une activité individuelle analogue afin de protéger la liberté de former une association. Dans *Dunmore*, il fallait déterminer si l'absence de protection des employés agricoles constituait une « atteinte substantielle » à la capacité des travailleurs de *former*

hindsight, that “[a]fter *Dunmore*, there could be no doubt that [s. 2(d)] extends to realization of collective, as distinct from individual, goals” as the Chief Justice and LeBel J. say at para. 32 (emphasis added), is to substantially overstate the holding in *Dunmore*.

### C. *An Express Break With Precedent in Health Services*

[166] While the basic framework set down in the Trilogy had stood for some 20 years, the Court decided to break with this line of precedent in *Health Services*. In that case, the majority held that s. 2(d) protects a right to collective bargaining and imposes a duty on employers to bargain in good faith. Such a right could not be accommodated within the framework set down by the Trilogy and followed in subsequent cases, and so the majority opted to overturn that line of precedents altogether.

[167] The overarching reason advanced for rejecting the Trilogy’s interpretation of s. 2(d) was that it reflected a “decontextualized” rather than “purposive” approach to *Charter* interpretation: *Health Services*, at para. 30. The majority in *Health Services* found that insufficient attention had been paid to the close connection between freedom of association and labour relations (specifically trade unionism), and that the intimate ties between the two implied that s. 2(d) should be held to protect a broader set of entitlements than the Trilogy’s approach could support. Under this view, the main problem with the Trilogy’s approach was that it did not extend a right to “collective bargaining”, the protection of which was, in the majority’s view, a central purpose of freedom of association (para. 86).

[168] In extending constitutional protection to collective bargaining, the majority in *Health Services* viewed this constitutional right as including an obligation on parties to bargain in good faith. The majority in *Health Services* described the protection afforded under s. 2(d) as follows, at para. 90:

*une association* (par. 22-23). En laissant entendre après coup, au par. 32, que, « [a]près l’arrêt *Dunmore*, nul ne pouvait contester que [l’al. 2d] englobait la réalisation d’objectifs collectifs et non seulement individuels » (je souligne), la Juge en chef et le juge LeBel élargissent indûment la portée de la décision dans *Dunmore*.

### C. *Revirement jurisprudentiel dans Health Services*

[166] Alors que le cadre général établi dans la trilogie s’appliquait depuis quelque 20 ans, la Cour a décidé de lui tourner le dos. Dans l’arrêt *Health Services*, les juges majoritaires concluent que l’al. 2d protège le droit à la négociation collective et oblige l’employeur à négocier de bonne foi. Comme ce droit ne peut s’inscrire dans le cadre issu de la trilogie et appliqué depuis, les juges majoritaires opèrent un revirement jurisprudentiel.

[167] Dans *Health Services*, le principal motif pour lequel la formation majoritaire rejette la portée que la trilogie reconnaît à l’al. 2d est qu’il s’agit d’une interprétation « insensible [au] contexte », et non « téléologique », de la *Charte* (par. 30). Les juges concluent que l’on n’a pas tenu suffisamment compte du lien étroit entre la liberté d’association et les relations du travail (à savoir le syndicalisme), et qu’en raison des liens étroits qui existent entre les deux, on doit considérer que la protection offerte par l’al. 2d est plus grande que celle susceptible d’être reconnue sur le fondement de la trilogie. De ce point de vue, la principale faille de la trilogie est qu’elle ne reconnaît pas un droit à la « négociation collective », dont la protection est, selon la majorité, inhérente à la liberté d’association (par. 86).

[168] Dans *Health Services*, lorsqu’ils accordent la protection constitutionnelle à la négociation collective, les juges majoritaires considèrent que ce droit constitutionnel oblige les parties à négocier de bonne foi. Ils décrivent comme suit la protection offerte par l’al. 2d :

... the state must not substantially interfere with the ability of a union to exert meaningful influence over working conditions through a process of collective bargaining conducted in accordance with the duty to bargain in good faith. Thus the employees' right to collective bargaining imposes corresponding duties on the employer. It requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation.

In fact, the majority went so far as to say that "the duty to consult and negotiate in good faith" is "the fundamental precept of collective bargaining" (para. 97).

[169] The decision in *Health Services* purported to impose two limitations on this right. First, the right was said not to cover all aspects of "collective bargaining", as that term is understood in the statutory labour relations regimes based upon the Wagner model that are in place across the country. The Wagner model refers to Canadian variants of the *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (the "*Wagner Act*"), which was enacted into law in the United States during the Depression. By the end of the 1930s, most Canadian provinces had passed legislation incorporating the main objectives of the *Wagner Act*. The Wagner model has four legislative hallmarks: explicit recognition of the right of employees to belong to a trade union of their choice; protections against employer coercion or interference with organizing activities, known as unfair labour practices provisions; a duty upon employers to bargain in good faith with their employees' unions; and a dispute resolution mechanism for resolving impasses: see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 1-11.

[170] Second, it was said not to be aimed at securing a particular outcome in a labour dispute, or guaranteeing access to any particular statutory scheme: see *Health Services*, at para. 19. Nonetheless, the majority held that the process of good faith collective bargaining demands that unions and employers engage with each other and "make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract": *Health Services*, at para. 101.

... l'État doit s'abstenir d'empêcher un syndicat d'exercer une véritable influence sur les conditions de travail par l'entremise d'un processus de négociation collective menée de bonne foi. Le droit des employés de négocier collectivement impose donc à l'employeur des obligations correspondantes. Il implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs. [par. 90]

En fait, les juges majoritaires vont jusqu'à affirmer que « l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi » constitue « le précepte fondamental de la négociation collective » (par. 97).

[169] Dans l'arrêt *Health Services*, la formation majoritaire de notre Cour dit apporter deux nuances à ce droit à la négociation collective. Premièrement, selon elle, le droit ne vise pas tous les aspects de la « négociation collective » au sens des législations du travail fondées sur le modèle Wagner et appliquées au pays. Le modèle Wagner fait référence aux variantes canadiennes de la *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (la « *Loi Wagner* »), adoptée aux États-Unis pendant la Dépression. À la fin des années 1930, la plupart des provinces canadiennes avaient adopté une loi reprenant les principaux objectifs de la *Loi Wagner*. Les lois inspirées du modèle Wagner possèdent quatre caractéristiques : la reconnaissance expresse du droit de l'employé d'appartenir au syndicat de son choix, la protection contre la coercition ou l'ingérence de l'employeur dans les activités associatives (pratiques déloyales de travail), l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi avec le syndicat de ses employés et un mécanisme de résolution des différends pour dénouer les impasses : voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1-11.

[170] Deuxièmement, dans *Health Services*, les juges majoritaires précisent que le droit ne vise pas l'obtention d'un résultat particulier lors d'un conflit de travail ni l'accès garanti à un régime législatif précis (par. 19). Néanmoins, ils concluent que le processus de négociation collective de bonne foi exige que le syndicat et l'employeur se rencontrent et fassent « un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 101).

[171] The Chief Justice and LeBel J. say that *Health Services* “follows directly” from the finding in *Dunmore*, because the government action in that case “rendered the meaningful pursuit of [workplace goals and collective bargaining activities] impossible and effectively nullified the right to associate of its employees” (para. 38). However, as I have discussed above, this conflates two arguments. The first is that restrictions on the ability to *associate*, either directly or because the government interfered with an activity because of its “associational nature”, are unconstitutional, which was the finding in *Dunmore*. The second is that governments are required to provide legislation which enhances the ability of an existing association to pursue its goal of negotiating a collective agreement, which was the finding in *Health Services*, but was contrary to *Dunmore*. As noted above, an application of the actual holding in *Dunmore* would have asked only if the government substantially interfered with the ability to associate.

#### IV. Section 2(d) of the Charter Does Not Protect Collective Bargaining

[172] I now turn to the fundamental question in this case: namely, whether *Health Services* was wrong to constitutionalize collective bargaining. In my respectful view, *Health Services* was indeed wrong. The problems relating to this aspect of *Health Services* can be grouped into three categories.

[173] First, the collective bargaining right recognized in *Health Services* is inconsistent with the purpose of s. 2(d). As I will explain, the interpretation of s. 2(d) adopted by the majority in *Health Services* is unsound in principle for a number of reasons, and the correct conceptual framework for s. 2(d) is that established by the Trilogy and applied in subsequent cases. Section 2(d) does not protect a right to collective bargaining.

[171] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que l’arrêt *Health Services* « découle directement » de la décision dans *Dunmore* car dans cette affaire, la mesure gouvernementale a eu pour effet de « rendre impossible la poursuite véritable [des objectifs liés au travail et des activités de négociation collective et de] supprimer dans les faits le droit de ses employés de s’associer » (par. 38). Toutefois, comme je l’ai expliqué, cette affirmation confond deux arguments. Suivant le premier argument, les restrictions à la capacité de *s’associer*, imposées directement ou par une mesure de l’État qui empêche une activité du fait de sa « nature associative », sont inconstitutionnelles; telle *était* la conclusion dans *Dunmore*. Suivant le deuxième argument, les gouvernements sont tenus d’adopter une loi qui favorise la capacité d’associations existantes de poursuivre l’objectif de négocier des conventions collectives, et c’était la conclusion dans *Health Services*, mais elle était contraire à *Dunmore*. Comme je l’ai dit, en appliquant la véritable conclusion de l’arrêt *Dunmore*, la Cour aurait décidé uniquement si le gouvernement entravait de façon substantielle la capacité de s’associer.

#### IV. L’alinéa 2d) de la Charte ne protège pas la négociation collective

[172] Je me penche maintenant sur la question fondamentale soulevée en l’espèce : dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire constitutionnalise-t-elle à tort la négociation collective? J’estime en toute déférence que c’est le cas. Les problèmes que pose à cet égard l’arrêt *Health Services* sont de trois types.

[173] Premièrement, le droit à la négociation collective reconnu dans *Health Services* est incompatible avec l’objet de l’al. 2d). Comme je l’explique plus loin, dans cet arrêt, l’interprétation de cet alinéa par les juges majoritaires n’est pas fondée eu égard aux principes applicables, et ce, pour nombre de raisons, et le bon cadre conceptuel est celui établi dans la trilogie et appliqué par la suite. L’alinéa 2d) ne protège pas le droit à la négociation collective.

[174] Second, the reasons advanced in *Health Services* for protecting collective bargaining under s. 2(d) do not support that conclusion. The majority in *Health Services* found that the history of Canadian labour law, international law, and *Charter* values all pointed in favour of extending the guarantee of freedom of association to include collective bargaining. While all of those factors support constitutional recognition of the freedom of workers to associate, they do not support the right to collective bargaining.

[175] Third, the approach to collective bargaining in particular, and s. 2(d) in general, articulated in *Health Services* raises significant problems relating to workability. In my view, the framework established in *Health Services* is both inherently unstable and is a vehicle for the imposition of judicial policy preferences.

[176] I now address each of these problems in turn.

A. *The Collective Bargaining Right Recognized in Health Services Is Inconsistent With the Purpose of Section 2(d)*

[177] There are five reasons why the collective bargaining right recognized by *Health Services* is inconsistent with the purpose of s. 2(d). First, the analysis in *Health Services* improperly assigned collective dimensions to an individual right. Second, *Health Services* assigned positive obligations to the essentially negative freedom of association. Third, the reasons in *Health Services* replaced a content-neutral approach to s. 2(d) freedom and adopted an approach to s. 2(d) which privileges certain associations over others. Fourth, *Health Services* elevated contracts — collective bargaining agreements — above statutes and disrupted the ordinary hierarchy of laws. Fifth, the analysis in *Health Services* departs from a long-standing principle of judicial deference in the field of labour relations.

[174] Deuxièmement, les motifs avancés par la majorité dans *Health Services* pour faire bénéficier la négociation collective de la protection prévue à l'al. 2d) n'appuient pas sa conclusion. La formation majoritaire conclut que l'histoire du droit du travail au Canada, le droit international et les valeurs consacrées dans la *Charte* militent tous en faveur de l'élargissement de la protection de la liberté d'association de façon qu'elle englobe la négociation collective. Or, bien que tous ces éléments appuient la reconnaissance constitutionnelle de la liberté des travailleurs de s'associer, ils n'appuient pas le droit à la négociation collective.

[175] Troisièmement, dans l'arrêt *Health Services*, la conception de la négociation collective en particulier et de l'al. 2d) en général soulève des problèmes importants d'applicabilité pratique. À mon sens, le cadre établi est intrinsèquement précaire et permet aux tribunaux d'imposer leurs préférences d'ordre politique.

[176] Je me penche maintenant sur chacun de ces problèmes.

A. *Le droit à la négociation collective reconnu dans Health Services est incompatible avec l'objet de l'al. 2d)*

[177] Le droit à la négociation collective reconnu dans l'arrêt *Health Services* est incompatible avec l'objet de l'al. 2d) pour cinq raisons. Premièrement, dans son analyse, la majorité attribue à tort une dimension collective à un droit individuel. Deuxièmement, elle accole des obligations positives à la liberté de s'associer, alors que celle-ci est essentiellement négative. Troisièmement, dans ses motifs, la formation majoritaire substitue à une interprétation neutre quant à la nature de la liberté exercée une interprétation de la liberté garantie à l'al. 2d) qui privilégie certaines associations. Quatrièmement, elle élève le contrat — la convention collective — au-dessus de la loi et inverse la hiérarchie habituelle des sources du droit. Cinquièmement, son analyse rompt avec un principe appliqué depuis longtemps dans le domaine des relations du travail : la déférence des tribunaux envers le législateur.

(1) Section 2(d) Protects Individual Interests,  
Not Group Interests(a) *Individual Freedoms Versus Collective  
Rights*

[178] First, *Health Services* reinterpreted an individual freedom as giving rise to collective rights with no individual rights foundation. This reinterpretation of the scope of s. 2(d) was a departure from previous jurisprudence that is not justified by the purpose of the *Charter* guarantee. The series of cases beginning with the *Alberta Reference* established that the freedom of association is an individual freedom which is intended to prevent the government from interfering with associations by treating groups differently than it treats individuals.

[179] *Health Services* expanded s. 2(d) to protect collective rights which meant that individuals who are members of specific groups now enjoy greater constitutional rights than those who are not. In particular, following *Health Services*, workers' associations enjoy a robust right to bargain because employers are constitutionally obligated to bargain with their association. Individuals who are not members of an association, on the other hand, have no constitutional right to oblige their employers to bargain.

[180] While the *Charter* may protect certain collective rights, freedom of association does not fall into that category. Where a particular *Charter* guarantee extends greater rights to a group than to an individual, that effect is made clear in the text of the particular guarantee. For example, the right to minority language education in ss. 23(1) and 23(2) is subject to there being a sufficient number of eligible children to warrant public expenditures on minority language education (s. 23(3)). In this way, the guarantee in s. 23 is predicated on the existence of a group. Minority language educational rights thus have a "unique collective aspect even though the rights are granted to individuals" (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 28, *per*

(1) L'alinéa 2d) protège des intérêts indivi-  
duels, et non collectifsa) *Libertés individuelles versus droits  
collectifs*

[178] Premièrement, dans *Health Services*, les juges majoritaires réinterprètent une liberté individuelle et concluent qu'elle fait naître des droits collectifs sans assise individuelle. Leur nouvelle interprétation de la portée de l'al. 2d) constitue un abandon de la jurisprudence antérieure qui n'est pas justifié par l'objet de la garantie constitutionnelle. Le *Renvoi relatif à l'Alberta* et les arrêts rendus dans sa foulée ont établi que la liberté d'association est une liberté individuelle qui vise à empêcher l'État d'entraver l'activité associative en traitant les groupements différemment des individus.

[179] L'arrêt *Health Services* élargit la portée de l'al. 2d) afin de protéger des droits collectifs, de sorte que les individus qui sont membres de certains groupements bénéficient désormais de droits constitutionnels plus importants que ceux qui n'en sont pas membres. Plus particulièrement, une association de travailleurs bénéficie d'un droit important de négociation, car la Constitution oblige l'employeur à négocier avec elle. En revanche, l'individu qui n'est pas membre d'une association ne bénéficie pas du droit constitutionnel d'exiger de son employeur qu'il négocie avec lui.

[180] Bien que la *Charte* puisse protéger certains droits collectifs, la liberté d'association ne fait pas partie de ces droits. La garantie constitutionnelle qui confère des droits plus étendus à un groupement qu'à un individu le précise clairement dans son libellé. Par exemple, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité garanti aux par. 23(1) et (2) s'exerce uniquement lorsque le nombre d'enfants admissibles est suffisant pour justifier le financement public (par. 23(3)). Partant, la garantie prévue à l'art. 23 repose sur l'existence d'un groupe. Ainsi, « l'exercice de ces droits individuels [droits à l'instruction dans la langue de la minorité] [se voient conférer] une dimension collective particulière » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3,

Iacobucci and Arbour JJ.). Similarly, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* recognizes the “existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples”. Treaty rights, being rights established in a treaty between a group of aboriginals and the Crown, undoubtedly have a collective dimension to them insofar as they vest rights in a particular group. See, e.g., *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, at paras. 10-11. By contrast, s. 2(d) provides that “[e]veryone has . . . freedom of association”. This language supports an interpretation of s. 2(d) as an individual freedom. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at pp. 37-1 and 37-2.

(b) *Qualitative Differences Between Individuals and Associations Do Not Change the Individual Nature of Freedom of Association*

[181] The Chief Justice and LeBel J. say that *Health Services* was “consistent with the previous cases on the issue of individual and collective rights” (para. 65). I must respectfully disagree. McIntyre J. in the *Alberta Reference* made the point, which is the point that I make in my reasons, that freedom of association protects the right of groups to engage in activities that are lawful or constitutionally protected for individuals. The reliance on a purposive approach to interpretation advanced by the majority in *Health Services* opens the door to s. 2(d) being interpreted as a generalized group right as opposed to an individual right, which is an interpretation that is not consistent with this Court’s prior jurisprudence. My colleagues’ reference to the interpretation of s. 2(d) advanced by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, was not a position accepted by the majority and, as my reasons point out, by constitutionalizing the right to bargain collectively *Health Services* departed from the position of the majority in that case.

[182] As I will now explain, although in *Dunmore*, s. 2(d) was found to protect group activity that was

par. 28, les juges Iacobucci et Arbour). De même, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît « [I]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones ». Un droit issu de traité, c’est-à-dire qui découle d’un traité intervenu entre un groupe d’Autochtones et la Couronne, revêt incontestablement une dimension collective dans la mesure où il est conféré à un groupe particulier. Voir, p. ex., l’arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 10-11. Par contre, l’al. 2d) dispose que « [c]hacun a [. . .] la liberté d’association », ce qui étaye l’interprétation voulant qu’il protège une liberté individuelle. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, p. 37-1 et 37-2.

b) *Malgré les différences qualitatives entre activités individuelles et activités associatives, la liberté d’association demeure de nature individuelle*

[181] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que l’arrêt *Health Services* « s’inscrit dans la lignée des arrêts antérieurs portant sur les droits individuels et collectifs » (par. 65), ce dont je ne peux malheureusement convenir. Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge McIntyre fait valoir — comme je le fais en l’espèce — que la liberté d’association protège le droit d’un groupement de se livrer à des activités qui, lorsqu’elles sont le fait d’individus, sont légitimes ou jouissent d’une protection constitutionnelle. L’interprétation téléologique privilégiée par les juges majoritaires dans l’arrêt *Health Services* permet de considérer que l’al. 2d) confère un droit collectif généralisé plutôt qu’un droit individuel, ce qui va à l’encontre de la jurisprudence de notre Cour antérieure à cet arrêt. L’interprétation de l’al. 2d) préconisée par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et à laquelle font référence mes collègues n’a pas été retenue par les juges majoritaires. De plus, comme je le soutiens dans les présents motifs, en constitutionnalisant le droit de négocier collectivement, l’arrêt *Health Services* rompt avec l’opinion majoritaire dans cette affaire.

[182] Comme je l’explique ci-après, même si, dans l’arrêt *Dunmore*, la Cour conclut que l’al. 2d)



“qualitatively” different from individual activity, s. 2(d) cannot be used to give groups greater constitutional protection than individuals.

[183] The majority in *Health Services*, in rejecting the view that s. 2(d) only protects those activities that may be lawfully pursued on the individual level, said that *Dunmore* had overtaken the notion that freedom of association applies only to activities capable of performance by individuals. *Dunmore* cannot be interpreted in such a manner. In *Dunmore*, Bastarache J. explained that to limit s. 2(d) to activities that are performable by individuals might render futile certain fundamental initiatives, since some collective activities may, by their very nature, be incapable of being performed by an individual. As I explained above, in the view of Bastarache J., certain activities are, when performed by a group, “qualitatively” different from those activities performed solely by an individual, and this qualitative difference may merit constitutional protection for the collective activity (*Dunmore*, at para. 17). With respect, *Dunmore* does not stand for the proposition that such qualitative differences open the door to the notion of group rights entirely unconnected to individual rights.

[184] I accept that there may be qualitative differences between individuals acting alone and individuals acting in concert. Professor Langille refers to the example of choir singing. See B. Langille, “The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It” (2009), 54 *McGill L.J.* 177 (“Freedom of Association”), at p. 185. While he ultimately believes that the choir metaphor should not apply to determine the scope of s. 2(d) rights, in my opinion the metaphor is apt in explaining the limited type of qualitatively different group activities that may be protected by s. 2(d). A group of individuals singing together in a choir can produce musical effects, such as harmonies and counterpoint, that an individual singing alone cannot. Such effects are not just an accumulation of individual voices singing in exactly the

protège l’activité collective « qualitativement » différente de l’activité individuelle, cette disposition ne saurait accorder aux groupements une plus grande protection constitutionnelle qu’aux individus.

[183] Dans l’arrêt *Health Services*, rejetant la thèse selon laquelle l’al. 2d) protège uniquement les activités qui peuvent légitimement être exercées à l’échelle individuelle, les juges majoritaires affirment que l’arrêt *Dunmore* rend désuète l’idée que la liberté d’association s’applique aux seules activités susceptibles d’exercice individuel. L’arrêt *Dunmore* ne peut être interprété de cette manière. Le juge Bastarache y explique que faire bénéficier de la protection de l’al. 2d) seulement les activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens des actes fondamentaux, puisque certaines activités collectives ne peuvent, de par leur nature, être accomplies individuellement. J’ai déjà expliqué que pour le juge Bastarache, lorsqu’elles sont exercées par un groupe, certaines activités sont « qualitativement » différentes de celles exercées uniquement par un individu, et cette différence qualitative peut emporter la protection constitutionnelle de l’activité collective (*Dunmore*, par. 17). En toute déférence, l’arrêt *Dunmore* n’appuie pas la proposition voulant que ces différences qualitatives ouvrent la voie à une notion de droit collectif non arrimé à un droit individuel.

[184] Je reconnais qu’il peut y avoir des différences qualitatives entre individus agissant seuls et individus agissant collectivement. Dans « The Freedom of Association Mess : How We Got into It and How We Can Get out of It » (2009), 54 *R.D. McGill* 177 (« Freedom of Association »), p. 185, le professeur B. Langille donne l’exemple d’une chorale. Bien qu’il précise que cette métaphore ne saurait servir à circonscrire la portée des droits garantis à l’al. 2d), elle permet à mon avis d’illustrer le genre restreint d’activités collectives qualitativement différentes susceptibles de bénéficier de la protection offerte par cette disposition. Un groupe d’individus chantant ensemble dans une chorale peut produire des effets musicaux, tels une harmonie et un contrepoint, qui ne peuvent être obtenus d’un individu chantant seul. Il ne s’agit pas uniquement

same way. Rather, they produce a musical effect that is fundamentally different from what a lone individual can produce. In other words, the whole is not merely the sum of its parts. The ability to create such effects through the coordination of individual action is one reason why freedom of association is protected. I believe that *Dunmore* found that s. 2(d) may protect voluntary collective activity which is “qualitatively” different from individual activity in this limited way.

[185] In my view, the question is not whether the activity is susceptible of being performed, *in exactly the same manner*, by an individual acting alone. A choir singing harmony may produce sound that is qualitatively distinct from an individual voice, but it is nonetheless *produced* by a group of individuals voluntarily singing together. One individual is free to sing in one octave, another is free to sing in another octave. A harmony may result if they choose to perform these individual activities in concert with one another. And if the state were to outlaw harmony, it would be attacking the individuals’ ability to do side by side at the same time what each may do apart. Thus, while harmony arising out of choir singing may have no direct individual analogue, a legislative attack on harmony would be an attack on the association itself, and should not be permitted under s. 2(d). Section 2(d) may recognize qualitative differences between individual and group activity, without altering the individual nature of freedom of association.

[186] While s. 2(d) protects “qualitatively” different activities which are an emergent result of free individual organization, it does not impose a constitutional obligation on government to *create* out of whole cloth a set of qualitative differences that make the group more powerful than it otherwise would be, even if such differences would enhance its ability to achieve its goals.

[187] *Health Services* did not purport to give constitutional force to a right to *individuals* to compel employers to bargain in good faith with them. Individuals who are not members of an association

de juxtaposer les voix d’individus chantant exactement de la même façon, mais bien de produire un effet musical foncièrement différent de celui pouvant être obtenu d’un individu seul. Autrement dit, le tout ne résulte pas simplement de la somme de ses parties. La possibilité d’obtenir de tels effets grâce à la coordination d’actes individuels est l’une des raisons pour lesquelles la liberté d’association est protégée. J’estime que suivant l’arrêt *Dunmore*, l’al. 2d) peut protéger l’activité collective volontaire qui est « qualitativement » différente de l’activité individuelle dans cette seule mesure.

[185] À mon sens, la question n’est pas de savoir si l’activité peut être exercée *exactement de la même façon* par un individu seul. Si une chorale qui chante en harmonie peut produire un son qualitativement distinct de celui produit par une personne qui chante seule, il demeure que ce son est *produit* par un groupe d’individus chantant volontairement ensemble. Un individu peut chanter une octave plus haut et un autre, une octave plus bas. Il y aura harmonie s’ils décident d’unir leurs voix. Si l’État voulait bannir l’harmonie, il empêcherait les individus de faire côte à côte et en même temps ce qu’ils peuvent faire séparément. Partant, bien que l’harmonie créée par la chorale n’ait aucun équivalent individuel direct, rendre illégale l’harmonie reviendrait à frapper d’illégalité l’association elle-même, ce que ne devrait pas permettre l’al. 2d). Cette disposition peut reconnaître la différence qualitative entre une activité individuelle et une activité collective, mais la liberté d’association demeure néanmoins foncièrement individuelle.

[186] L’alinéa 2d) protège l’activité « qualitative » différente à laquelle donne lieu l’association libre d’individus, mais il n’impose pas à l’État l’obligation constitutionnelle de *créer* de toutes pièces un ensemble de différences qualitatives qui rendent le groupe plus puissant qu’il ne le serait autrement, même si ces différences accroîtraient sa faculté d’atteindre son objectif.

[187] Dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire n’entendait pas constitutionnaliser un droit qui permet à *l’individu* d’obliger son employeur à négocier de bonne foi avec lui.

have no such right. Thus, the constitutional right to compel employers to bargain in good faith with associations must be a unique group right, not an activity emergent from an individual right.

(2) Section 2(d) Protects Freedoms Rather Than Rights

[188] Second, the majority concluded in *Health Services* that s. 2(d) imposes a duty to bargain in good faith. It explained this conclusion at para. 90 finding that “the employees’ right to collective bargaining imposes corresponding duties on the employer” requiring “both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation”.

[189] Thus, *Health Services* stands for the proposition that the right to collective bargaining includes an entitlement to have “meaningful” influence over working conditions. In other words, the right includes an assurance that a real dialogue will take place between an employee association and the employer. Such assurance can only be provided if the employer is under a duty to engage with representations made by the association and make a good faith attempt to bargain to pursue the goal of accommodation. In the absence of such a duty, the employer would be free to refuse to negotiate with the employee association. Thus, according to *Health Services*, if s. 2(d) protected only the ability of workers to make collective representations and did not impose a duty on the employer to bargain in good faith, it would fail to protect the right to collective bargaining.

[190] In my view, this proposition suffers from an important defect: it transforms s. 2(d) from a freedom into a “positive” right by imposing an obligation to act on third parties (i.e. the employer). There is a difference between saying that an individual has the *freedom* or *liberty* to do something, on the one hand, and saying that he or she has the *right* to do it, on the other. A person is free or at

L’individu qui n’est pas membre d’une association ne bénéficie pas d’un tel droit. Le droit constitutionnel d’obliger l’employeur à négocier de bonne foi avec une association doit donc être purement collectif et sans lien avec une activité découlant de l’exercice d’un droit individuel.

(2) L’alinéa 2d) protège des libertés plutôt que des droits

[188] Deuxièmement, dans l’arrêt *Health Services*, la majorité des juges conclut que l’al. 2d) impose l’obligation de négocier de bonne foi. Elle explique cette conclusion au par. 90 en disant que le droit des « employés de négocier collectivement impose [. . .] à l’employeur des obligations correspondantes » exigeant « que l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d’accommodement par des moyens pacifiques et productifs ».

[189] Suivant cet arrêt, le droit à la négociation collective englobe donc l’influence « véritable » sur les conditions de travail. Autrement dit, il assure un vrai dialogue entre l’association d’employés et l’employeur. Cette assurance ne peut être offerte que si l’employeur est tenu de donner suite aux revendications de l’association et de tenter de bonne foi de négocier en vue de réaliser l’objectif d’accommodement. Sans une telle obligation, l’employeur serait libre de refuser de négocier avec l’association d’employés. Partant, suivant l’arrêt *Health Services*, si l’al. 2d) protégeait uniquement la possibilité pour les travailleurs de présenter des revendications collectives et n’obligeait pas l’employeur à négocier de bonne foi, il ne protégerait pas le droit à la négociation collective.

[190] À mon sens, cette proposition présente une faille importante : en imposant à un tiers (c.-à-d., l’employeur) une obligation, elle fait de la liberté garantie à l’al. 2d) un droit « positif ». Il y a une différence entre, d’une part, reconnaître à l’individu la *liberté* de faire quelque chose et, d’autre part, lui reconnaître le *droit* de faire quelque chose. L’individu est libre dès lors qu’il ne rencontre ni

liberty when there is an absence of obstacles or impediments. Nothing further is required beyond this absence. However, to say that a person has a “right” is to imply something further. It suggests that a claim can be made on someone else in order to be *provided with* the object of the right.

[191] It is possible to describe a freedom in terms of rights, but this may only serve to blur the distinction between what is being protected in either case. A freedom exists to protect a sphere of autonomy, an area within which the individual will encounter no obstacles. A right, on the other hand, exists to provide an individual with a claim to some specific thing. Generally, a freedom can be described as a right only if it is recognized that the right is “negative” in character, that is, only if it is described as an entitlement to be free of restriction or prohibition.

[192] An example of how a freedom can sometimes be described using the word “right” can be found by examining ss. 7 to 12 of the *Charter*. When the *Charter* uses the term “right”, as it does in ss. 7 to 12, either a positive entitlement is introduced, or a right to be free of some restriction or prohibition (i.e. a freedom) is introduced. For the positive rights, an individual is given a right to some form of state action, e.g. to be advised of a right to counsel upon arrest. For the negative rights, the individual is given a right to be free from some form of restriction or prohibition, e.g. a right not to be arbitrarily detained or imprisoned. As discussed above, the right to be free of a restriction or a prohibition is a description that encompasses the “negative” character of the right, and is simply another way to describe a freedom.

[193] The Chief Justice and LeBel J. suggest that my reasons seek to maintain the “consistently rejected . . . rigid distinction” between freedoms and positive rights (para. 69). Referring to *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (“*CLA*”), by way of analogy, they say that in some circumstances a *Charter* freedom, such as freedom of expression under s. 2(b), “may require the government to disclose documents to the public in

obstacle ni entrave. La liberté n’exige rien de plus. Toutefois, le « droit » suppose davantage : son titulaire peut l’exercer vis-à-vis d’autrui afin d’être *pourvu* de son objet.

[191] On peut définir une liberté en fonction de droits, mais on risque alors de n’arriver qu’à brouiller la distinction entre ce qui est protégé par l’un et par l’autre. La liberté existe pour protéger une sphère d’autonomie où l’individu ne se heurtera à aucun obstacle. En revanche, le droit conféré à l’individu lui permet de réclamer une chose précise. En règle générale, une liberté ne peut être assimilée à un droit que lorsque la nature « négative » de celui-ci est reconnue, c’est-à-dire uniquement lorsque la liberté s’entend du droit d’échapper à toute limitation ou interdiction.

[192] Les articles 7 à 12 de la *Charte* offrent l’exemple de la liberté qui peut parfois être qualifiée de « droit ». Lorsque la *Charte* emploie le terme « droit » aux art. 7 à 12, elle reconnaît soit un droit positif, soit un droit d’échapper à quelque limitation ou interdiction (c.-à-d., une liberté). Dans le cas d’un droit positif, l’individu se voit conférer le droit à certaines mesures de la part de l’État, comme celui d’être informé du droit à l’assistance d’un avocat en cas d’arrestation. Dans le cas d’un droit négatif, l’individu se voit conférer le droit d’échapper à une forme de limitation ou d’interdiction, par exemple le droit de ne pas être arbitrairement détenu ou emprisonné. Je le rappelle, le droit d’échapper à une limitation ou interdiction illustre la forme « négative » du droit et se veut simplement une autre façon de décrire une liberté.

[193] La Juge en chef et le juge LeBel laissent entendre que je préconise ici « une distinction rigide » entre liberté et droit positif, une distinction que la Cour « s’est toujours refusée à établir » (par. 69). Renvoyant par analogie à l’arrêt *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (« *CLA* »), ils affirment que dans certaines circonstances, une liberté constitutionnelle, comme la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la

order to enable meaningful discourse” (para. 69). Therefore, they say s. 2(d) of the *Charter* “may require the state to act positively to protect the ability of individuals to engage in fundamentally important collective activities” (para. 70). While I would agree that in “exceptional circumstances” (*Dunmore*, at para. 21; *Delisle*, at para. 33) a *Charter* freedom may require positive state action, I do not agree that *CLA* is an apt analogy.

[194] Creating positive rights in exceptional circumstances does not dilute the coherence of the distinction between freedoms and rights. This is because those positive rights will only be granted when they are genuinely derivative of a freedom. A derivative right is one that is *necessary* to allow individuals to exercise a fundamental freedom. In *CLA*, the right to access government information was considered to be “a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government” (para. 30 (emphasis added)). This Court has found that a derivative right must be “inextricably tied to” (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 (“*CBC*”), at para. 23) a “necessary precondition” (*Dunmore*, at para. 42) and “clearly within the ambit of the freedom” (*CBC*, at para. 23). However, the core of any derivative right is that without that right individuals will not be able to exercise their *Charter* freedom.

[195] By its very nature, a derivative right must be necessary to the exercise of a freedom, not constitute a stand-alone right itself. Therefore the ability to exercise the freedom itself must be looked to in order to determine whether any proposed right is genuinely derivative. For example, in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, news organizations were arguing that they should have s. 2(b) protection for confidential sources. In rejecting this argument, this Court said that this

*Charte*, « peut exiger de l’État qu’il communique des documents au public afin d’assurer un débat véritable » (par. 69). Par conséquent, l’al. 2d) de la *Charte* « peut obliger l’État à prendre des mesures concrètes pour permettre aux individus de prendre part à des activités collectives d’importance fondamentale » (par. 70). Je concède que dans des « circonstances exceptionnelles » (*Dunmore*, par. 21; *Delisle*, par. 33) une liberté garantie par la *Charte* peut obliger l’État à prendre des mesures positives, mais je ne crois pas que l’arrêt *CLA* constitue un bon élément de comparaison.

[194] La création d’un droit positif dans des circonstances exceptionnelles ne rend pas moins cohérente la distinction entre liberté et droit, car un droit positif n’est accordé que s’il découle véritablement d’une liberté. Le droit dérivé est celui qui est *nécessaire* pour permettre à l’individu d’exercer une liberté fondamentale. Dans l’arrêt *CLA*, le droit d’accès à des renseignements gouvernementaux est considéré comme « un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu’il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu’il soit possible de s’exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement » (par. 30 (je souligne)). Dans des arrêts antérieurs, la Cour conclut qu’un droit dérivé doit être « inextricablement lié » à la liberté (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *SRC* »), par. 23), qu’il doit être une « condition préalable nécessaire » à son exercice (*Dunmore*, par. 42) et qu’il doit relever « clairement de la liberté » (*SRC*, par. 23). Toutefois, la raison d’être essentielle du droit dérivé est que, sans lui, l’individu ne peut pas exercer la liberté que lui garantit la *Charte*.

[195] Par sa nature même, le droit dérivé doit être nécessaire à l’exercice d’une liberté, et non constituer un droit autonome. Par conséquent, il faut se pencher sur la faculté d’exercer une liberté pour déterminer si un droit allégué est véritablement dérivé. Par exemple, dans l’affaire *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, où des organes de presse faisaient valoir que leurs sources confidentielles devaient bénéficier de la protection de l’al. 2b), la Cour rejette cette prétention en

position was “built on the premise that protection of confidential sources should be treated as if it were an enumerated *Charter* right or freedom” but that “is not so” (*National Post*, at para. 38). In *CBC* a positive right of access to courts was sought in order to allow journalists to report on court proceedings. La Forest J., writing for the Court, stated that “courts . . . must be open to public scrutiny and to public criticism of their operations” (*CBC*, at para. 20). Without the derivative right of access to the courts, it would be impossible for the public (and journalists) to offer criticism in the exercise of their s. 2(b) freedom of the press.

[196] In *Dunmore*, a right was derived from s. 2(d) which required positive governmental action that was “necessary for [employees] to exercise their constitutional freedom to form and maintain associations” (para. 67 (emphasis added)).

[197] A right to collective bargaining is not a derivative right in the sense in which it has been recognized in *CLA*, *CBC* and *Dunmore*. As discussed above, the essence of freedom of association is that it enables individuals to do in association what they could do as individuals. *Dunmore* is consistent with this principle, in the manner that I have just described. By contrast, collective bargaining is not emergent from an activity that an individual alone could do. Rather, as described in *Health Services*, it imposes a duty on employers to meet with employees and make a “reasonable effort to arrive at an acceptable contract” (para. 101). No individual employee has a right to require an employer to meet and make a reasonable effort to arrive at an acceptable employment contract, which is the right for an employee association created by *Health Services*.

[198] The Chief Justice and LeBel J. say that collective bargaining is a derivative right because it is a “necessary precondition” to make their choice to associate meaningful. Understood this way, compulsory collective bargaining does not enable association. Rather, it is entirely concerned with

affirmant qu’elle a pour « prémisses que la protection des sources confidentielles devrait être traitée comme s’il s’agissait d’un droit ou d’une liberté expressément visé par la *Charte* », ce qui « n’est pas le cas » (par. 38). Dans l’affaire *SRC*, le droit positif d’assister au déroulement de procédures judiciaires était allégué au motif que les journalistes devaient pouvoir en rendre compte. Le juge La Forest dit au nom de la Cour qu’il faut que « le public puisse faire l’examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement » (par. 20). Sans le droit dérivé d’accéder aux tribunaux, il serait impossible au public (et aux journalistes) de formuler des critiques dans l’exercice de leur liberté de presse garantie à l’al. 2b).

[196] Dans l’affaire *Dunmore*, un droit dérivé de l’al. 2d) exigeait de l’État une mesure positive « nécessaire [aux employés] pour exercer leur liberté constitutionnelle de constituer et de maintenir des associations » (par. 67 (je souligne)).

[197] Le droit à la négociation collective n’est pas un droit dérivé au sens des arrêts *CLA*, *SRC* et *Dunmore*. Je le rappelle, la liberté d’association permet essentiellement à l’individu de faire de concert avec d’autres ce qu’il pourrait accomplir seul. *Dunmore* est compatible avec ce principe tel que je l’ai exposé. Par contre, la négociation collective ne découle pas d’une activité susceptible d’être le fait d’un individu seul. Au contraire, comme le disent les juges majoritaires dans *Health Services*, elle oblige l’employeur à rencontrer ses employés et à faire « un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 101). Un employé individuel n’a pas le droit d’obliger son employeur à le rencontrer et à faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat de travail acceptable. C’est pourtant ce droit que l’arrêt *Health Services* crée au bénéfice de l’association d’employés.

[198] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que la négociation collective est un droit dérivé parce qu’elle constitue une « condition qui doit nécessairement être réalisée » pour donner un sens à leur choix de s’associer. Vue sous cet angle, la négociation collective obligatoire n’habilite pas

enhancing the ability of employee associations, once formed, to pursue their goals and provide them with a more favourable bargaining position.

[199] There is no reason to think that individual employees would not have the exact same desire for a more favourable bargaining position. Every day in Canada there are individuals who enter into employment contracts with their employers. Those individuals might also benefit if their employers were compelled to negotiate their employment contracts with them. However, individuals do not have a constitutionally mandated right to compel their employers to negotiate over an employment contract with them simply because no such right exists in the *Charter*. Because no individual has the right to compel an employer to negotiate in good faith over an employment contract, collective bargaining is not emergent from an activity that an individual alone could do.

[200] Accordingly, a right to collective bargaining is not derivative of a freedom as described in *CLA*, *CBC* and *Dunmore*. It is a stand-alone right created by the Court, not by the *Charter*.

[201] Thus, to grant a right to collective bargaining under s. 2(d) purportedly as derivative of the freedom of association would not be consistent with the approach taken by this Court in its derivative rights jurisprudence in relation to the *Charter*. Such a derivative right will arise only where it is a “necessary precondition” to the exercise of the freedom (*CLA*, at para. 30). This careful approach is necessary to adhere to the distinction between *Charter* rights and freedoms and prevents transforming freedoms into rights.

[202] Viewed in this light, it is clear that s. 2(d) is intended to protect a sphere of individual autonomy or liberty, and not to enhance by state action the capacity of individuals to do a particular activity more effectively or to guarantee that any particular endeavour for which association might take place will succeed.

l’acte d’association. Elle sert plutôt uniquement à accroître la capacité de l’association, une fois formée, de poursuivre ses objectifs et lui offre une position de négociation plus favorable.

[199] Rien ne permet de penser que l’employé individuel ne souhaiterait pas tout autant se voir offrir une position de négociation plus favorable. Chaque jour, au Canada, des individus passent des contrats de travail avec leur employeur. Ces individus y gagneraient au change si l’employeur était obligé de négocier avec eux le contrat de travail. Toutefois, aucun individu n’a le droit constitutionnel d’obliger l’employeur à négocier avec lui son contrat de travail, et ce simplement parce qu’aucun droit de la sorte n’existe dans la *Charte*. Parce qu’aucun individu n’a le droit d’obliger l’employeur à négocier de bonne foi un contrat de travail, la négociation collective ne découle pas d’une activité susceptible d’être le fait d’un individu seul.

[200] Par conséquent, le droit à la négociation collective n’est pas un droit dérivé d’une liberté au sens des arrêts *CLA*, *SRC* et *Dunmore*. Il s’agit d’un droit autonome créé par la Cour, et non par la *Charte*.

[201] Reconnaître le droit à la négociation collective sur le fondement de l’al. 2d) au motif qu’il dériverait de la liberté d’association est donc incompatible avec la jurisprudence de notre Cour en matière de droits dérivés de libertés garanties par la *Charte*. Le droit dérivé reconnu ne naît que s’il constitue une « condition qui doit nécessairement être réalisée » pour l’exercice de la liberté (*CLA*, par. 30). Cette prudence s’impose pour le maintien de la distinction entre droits et libertés garantis par la *Charte* et elle empêche qu’une liberté ne devienne un droit.

[202] Considéré sous cet angle, l’al. 2d) vise clairement à protéger une sphère d’autonomie ou de liberté individuelle, et non à accroître par une mesure de l’État la faculté qu’a un individu d’exercer plus efficacement une activité particulière ni à garantir la réalisation d’un objectif visé par la formation d’une association.

(3) Section 2(d) Does Not Privilege Some Associations Over Others

[203] A third error in the approach to s. 2(d) in *Health Services* is that it conceives of s. 2(d) as privileging some associations over others. I cannot agree with an approach to s. 2(d) which requires this Court to decide which associations and associational objectives are worthy of constitutional protection and which are not.

[204] *Health Services* rejected the grounds advanced in earlier decisions for excluding collective bargaining from the *Charter's* guarantee of freedom of association on the basis that they did not “withstand principled scrutiny” (para. 22). The majority in *Health Services* held that the “overarching” problem with these earlier decisions, particularly the *Alberta Reference* and *PIPSC*, was that they had pursued a “decontextualized”, as opposed to a “purposive”, approach to freedom of association that had ignored the differences between organizations and treated all organizations in the same way: “Whatever the organization — be it trade union or book club — its freedoms were treated as identical” (para. 30). Having decided that the objects of trade unions were meritorious of protection, the majority decided that the protection of trade unions’ objects required the recognition of the duty to bargain in good faith.

[205] These earlier cases did indeed exhibit a content-neutral approach to freedom of association in the sense that they did not claim to privilege particular associations. *Health Services* erred in saying that these approaches were not purposive.

[206] The purposive approach to *Charter* interpretation was explained by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (“*Big M*”), at p. 344:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* [is] to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it [is] to be understood, in other words, in the light of the interests it [is] meant to protect.

(3) L’alinéa 2d) ne favorise pas certaines associations par rapport à d’autres

[203] Dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire commet une troisième erreur en interprétant l’al. 2d) au bénéfice de certains types d’association par rapport à d’autres. Je ne saurais souscrire à une interprétation de l’al. 2d) qui nous oblige à décider quelles associations et quels objectifs associatifs valent ou non d’être protégés par la Constitution.

[204] Dans l’arrêt *Health Services*, la majorité des juges écarte les motifs invoqués auparavant pour refuser que la liberté d’association garantie par la *Charte* englobe la négociation collective, et ce, parce qu’ils ne « résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents » (par. 22). Pour elle, le problème « le plus sérieux » que posent les décisions antérieures, en particulier le *Renvoi relatif à l’Alberta* et *IPFPC*, est qu’on y recourt à une interprétation « insensible [au] contexte » au lieu d’une interprétation « téléologique » de la liberté d’association, sans tenir compte des différences entre les organisations et en les traitant toutes de la même manière : « [q]uelle que soit l’association — un syndicat ou un club de lecture —, on a traité ses libertés de manière identique » (par. 30). Elle décide alors que les objectifs d’un syndicat justifient une protection, puis elle conclut qu’il faut donc reconnaître l’obligation de négocier de bonne foi.

[205] Dans les décisions antérieures, la Cour interprète effectivement la liberté d’association de manière neutre quant à sa nature en ce qu’elle ne favorise pas d’associations en particulier. Dans *Health Services*, la majorité affirme à tort que cette démarche n’est pas téléologique.

[206] Dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (« *Big M* »), p. 344, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) explique en quoi consiste l’interprétation téléologique de la *Charte* :

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.



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 [*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145] 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 in original.]

[207] The kind of "context" to which the reasons in *Health Services* refer is very different from that being discussed here. *Health Services* suggested that a "generic" approach to defining freedom of association is inappropriate because different groups must have different freedoms: the needs of a book club are not the same as those of a trade union, and assuming them to be entitled to precisely the same thing under s. 2(d) would be a mistake (para. 30). However, the "context" that is relevant to a purposive interpretation of *Charter* freedoms is not the context of the individuals who happen to be exercising that freedom in a given case. Rather, a purposive interpretation of s. 2(d) requires that one place *freedom of association* in its linguistic, philosophic and historical contexts. The origins of the concept, the words used to describe it, and the philosophical principles on which it relies will define the scope of s. 2(d) protection. The extent of that protection should not change depending on the particular *factual* context or circumstances in which s. 2(d) is being applied.

[208] In the *Alberta Reference*, both Dickson C.J. and McIntyre J. did in fact adopt a purposive approach to interpreting the *Charter's* guarantee of freedom of association (pp. 363 and 393-94). It was not their failure to apply such an approach that led to the conclusion that all associations must receive

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 [*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145], 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 [notre] 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. [Soulignement dans l'original.]

[207] Le « contexte » auquel renvoie *Health Services* est d'un type très différent. Les juges majoritaires laissent entendre qu'il ne convient pas d'interpréter la liberté d'association de manière « générale », car des groupes différents doivent avoir des libertés différentes : les besoins d'un club de lecture ne sont pas ceux d'un syndicat, et il serait erroné de leur accorder la même protection en application de l'al. 2d) (par. 30). Cependant, le « contexte » pertinent pour l'interprétation téléologique d'une liberté garantie par la *Charte* ne correspond pas à celui dans lequel des individus exercent cette liberté dans un cas donné. L'interprétation téléologique de l'al. 2d) exige plutôt que l'on situe la *liberté d'association* dans ses contextes linguistique, philosophique et historique. Les origines du concept, les termes utilisés pour le définir et les principes philosophiques sur lesquels il repose circonscrivent la protection qu'offre l'al. 2d). L'étendue de cette protection ne devrait pas varier en fonction du contexte *factual* ou des circonstances de l'application de l'alinéa dans un cas précis.

[208] Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge en chef Dickson et le juge McIntyre adoptent tous deux une interprétation téléologique de la liberté d'association garantie par la *Charte* (p. 363, 393-394). Ce n'est pas l'omission de recourir à une telle approche qui les fait conclure que les associations

identical freedoms under s. 2(d). Rather, it was the application of that approach that correctly led them to recognize that a guarantee protecting a fundamental freedom to associate must be interpreted in a content-neutral fashion as between different associations.

[209] The protection of fundamental freedoms should not involve the Court in adjudicating the relative values of the way in which individuals exercise those freedoms. Just as this Court has not adjudicated on the relative value of a religion or its tenets under s. 2(a) or assessed the relative value or content of a given exercise of freedom of expression under s. 2(b), so too should this Court not privilege some associations over others under s. 2(d): *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 50.

[210] Another example of a content-neutral approach can be found in *Big M* where this Court found:

In my view, however, as I read the *Charter*, it mandates that the legislative preservation of a Sunday day of rest should be secular, the diversity of belief and non-belief, the diverse socio-cultural backgrounds of Canadians make it constitutionally incompetent for the federal Parliament to provide legislative preference for any one religion at the expense of those of another religious persuasion. [Emphasis added; p. 351.]

*Big M* considered the purpose of the *Charter*, recognized the Christian underpinning of the impugned law, and concluded that by imposing “a sectarian Christian ideal, the *Lord’s Day Act* works a form of coercion inimical to the spirit of the *Charter* and the dignity of all non-Christians” (p. 337). Dickson J.’s words in *Big M* expressly say that there is no constitutional basis to prefer one religion over others.

[211] In an article critical of the *Health Services* decision, Professor Langille describes as “chilling” the suggestion that the Court should “weig[h] the harm of banning book clubs as compared to banning collective bargaining and relegat[e] the

bénéficient toutes de libertés identiques suivant l’al. 2d). C’est plutôt cette approche qui les amène à juste titre à reconnaître que la liberté fondamentale protégée doit être interprétée de manière neutre, sans égard à la nature de l’association en cause.

[209] En matière de protection des libertés fondamentales, la Cour doit se garder d’attribuer une valeur relative à la manière dont un individu exerce une liberté. Comme dans l’arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 50, où elle s’abstient de se prononcer sur la valeur relative d’une religion ou de ses préceptes pour l’application de l’al. 2a) et de déterminer la valeur relative ou la teneur d’un exercice donné de la liberté d’expression garantie à l’al. 2b), elle ne doit pas favoriser un type d’association plutôt qu’un autre pour l’application de l’al. 2d).

[210] Un autre exemple d’interprétation neutre quant à la nature de la liberté exercée figure dans *Big M*, où notre Cour est arrivée à la conclusion suivante :

Toutefois, je suis d’avis que la *Charte* édicte que toute loi visant à maintenir le repos dominical doit avoir un caractère laïque et, étant donné la diversité des formes que prennent la croyance et l’incroyance ainsi que les différences socio-culturelles des Canadiens, le Parlement fédéral n’a pas compétence en vertu de la Constitution pour adopter une loi privilégiant une religion au détriment d’une autre. [Je souligne; p. 351.]

Dans cet arrêt, la Cour tient compte de l’objet de la *Charte*, reconnaît l’assise chrétienne de la loi contestée et conclut qu’en imposant « un idéal sectaire chrétien, la *Loi sur le dimanche* exerce une forme de coercition contraire à l’esprit de la *Charte* et à la dignité de tous les non-chrétiens » (p. 337). Le juge Dickson dit expressément qu’aucune disposition constitutionnelle ne permet de favoriser une religion par rapport à une autre.

[211] Dans un article où il critique l’arrêt *Health Services*, le professeur Langille trouve [TRADUCTION] « inquiétant » que la Cour puisse « soupeser le préjudice que causerait l’interdiction des clubs de lecture par comparaison à celui

former to a lower level of concern”: “Freedom of Association”, at p. 185. He goes on to state:

We should begin with a reminder that this is, after all, a constitution that is being interpreted. It is an entrenched bill of rights and freedoms. The *Charter* value of freedom of association is a basic one. It applies to all Canadians, and the role of the Court is to interpret it in a principled way. There is, in my view, not one freedom of association for Nova Scotia and another for Ontario, nor one for students and one for tenants, nor one for the service sector and another for the manufacturing sector. If there were, this freedom would not be a matter of fundamental justice. It would be, to use the Court’s word, “contextual”. [p. 202]

[212] Like Professor Langille, I question whether the approach advocated in *Health Services* accords with a purposive interpretation of *Charter* rights. In *Health Services*, the majority appeared to be inquiring into the purpose of an activity to see if it merits constitutional protection. This approach requires judges to select among a range of objects and activities on the basis of their general “importance” to society rather than their connection to the freedom to associate. It is inappropriate for the Court to engage in this sort of inquiry in defining the scope of a constitutional right. It would be assessing whether, as a matter of policy, a given activity merits constitutional protection. In my view, the purpose of s. 2(d) is to protect associational activity against precisely such value judgments. A “contextual” approach of the sort proposed in *Health Services* would in fact be contrary to the purpose of s. 2(d) as it requires the judiciary to engage in these value judgments itself: see R. K. Basu, “Revolution and Aftermath: *B.C. Health Services* and Its Implications” (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, at pp. 186-87. In *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, LeBel J. recognized that such a role would be inappropriate for the Court and would take the Court beyond the scope of s. 2(d):

If this constitutional guarantee were to apply to the widest range of associations with the most diverse

qu’infligerait l’interdiction de la négociation collective et accorder moins d’importance au premier » : « Freedom of Association », p. 185. Il ajoute :

[TRADUCTION] Nous devons d’abord nous rappeler qu’il s’agit après tout d’interpréter la Constitution, des droits et des libertés constitutionnalisés. La liberté d’association garantie par la *Charte* est fondamentale. Elle s’applique à tous les Canadiens, et la Cour doit l’interpréter de manière rationnelle. À mon sens, il n’y a pas une liberté d’association en Nouvelle-Écosse et une autre en Ontario, ni une pour les étudiants et une autre pour les locataires, non plus qu’une liberté d’association pour le secteur des services et une autre pour le secteur manufacturier. Si c’était le cas, cette liberté ne participerait pas de la justice fondamentale. Elle serait, pour reprendre les propos de la Cour, « contextuelle ». [p. 202]

[212] Comme le professeur Langille, je me demande si l’interprétation préconisée dans l’arrêt *Health Services* s’inscrit bien dans une interprétation téléologique des droits garantis par la *Charte*. La majorité des juges paraît s’attacher à l’objectif de l’activité pour déterminer si sa protection constitutionnelle est justifiée. Elle doit alors opérer un choix parmi une gamme d’objectifs et d’activités eu égard à leur « importance » générale pour la société et non en fonction de leur lien avec la liberté d’association. Il ne convient pas que la Cour se livre à ce genre d’examen pour définir l’étendue d’un droit constitutionnel, car sa démarche revient alors à se demander si, pour des raisons de politique générale, une activité donnée a droit à la protection constitutionnelle. À mon avis, l’al. 2d) vise précisément à soustraire l’activité associative à un tel jugement de valeur. L’interprétation « contextuelle » préconisée dans l’arrêt *Health Services* est en fait contraire à l’objet de l’al. 2d) puisqu’elle oblige le tribunal à porter lui-même un tel jugement de valeur : voir R. K. Basu, « Revolution and Aftermath : *B.C. Health Services* and Its Implications » (2008), 42 *S.C.L.R.* (2d) 165, p. 186-187. Dans l’arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, le juge LeBel reconnaît que la démarche est inopportune et qu’elle outrepassse la portée de l’al. 2d) :

Si cette garantie constitutionnelle devait s’appliquer à l’éventail le plus vaste d’associations ayant les objets

objects and activities, extending constitutional protection to a legislative creation like collective bargaining might have unforeseeable consequences and widen the sphere of constitutional protection to undefined and unknowable activities, well beyond the proper domain of s. 2(d). [para. 180]

[213] My colleagues say that the “consideration of goals [of a particular association] cannot be avoided” as *Charter* rights “must be interpreted in a purposive way — having regard for the purposes, or goals, they serve” (para. 75). They say that a “content-neutral right is too often a meaningless right” (*ibid.*). Based on my colleagues’ approach, meaningful freedom of association requires the state to coerce employers into negotiating in good faith with employee associations.

[214] However, as I have just discussed, their approach would require the courts to focus on the purposes of a particular association rather than the purpose of freedom of association found in the *Charter* itself. Their approach diverges from the purposive approach to *Charter* interpretation explained in *Big M*. Rather than focussing on the linguistic, philosophic and historical contexts of the right itself, their approach focusses on the particular aims and goals of the association in question. The inquiry shifts from a consideration of the purpose and context of the *Charter*, to a consideration of what activities the courts believe are normatively and subjectively more important. The result of the approach in *Health Services* was that the goal of employee associations — imposing the obligation of collective bargaining on employers — is constitutionally entrenched, while the goals of other associations were not. It is difficult to see how this result can be anything other than a judicial endorsement of the importance of collective bargaining over other unconstitutionalized associational activities.

[215] A content-neutral approach does not allow for constitutional protection of collective bargaining and no constitutional protection of the aims and objects of other associations. Short of protecting all

et les activités les plus variés, le fait d’étendre la protection constitutionnelle à une création du législateur comme la négociation collective pourrait entraîner des conséquences imprévisibles et élargir le domaine de la protection constitutionnelle à des activités non définies et impossibles à connaître, bien au-delà de l’application légitime de l’al. 2d). [par. 180]

[213] Selon mes collègues, « l’examen des objectifs [d’une association donnée] ne peut être évité », car les droits garantis par la *Charte* « doivent être interprétés de manière téléologique, c’est-à-dire au regard des objectifs qui les sous-tendent ou de leur raison d’être » (par. 75). À leur avis, « [t]rop souvent, un droit interprété sans égard à son objet demeure vide de sens » (*ibid.*). Si l’on suit le raisonnement de mes collègues, la véritable liberté d’association exige de l’État qu’il force les employeurs à négocier de bonne foi avec les associations d’employés.

[214] Toutefois, comme je l’explique précédemment, leur démarche appellerait les tribunaux à s’attarder davantage aux objectifs d’une certaine association qu’à ceux de la liberté d’association garantie par la *Charte* même. Leur démarche diffère de la méthode téléologique d’interprétation de la *Charte* expliquée dans *Big M*. Plutôt que de s’arrêter aux contextes linguistique, philosophique et historique du droit, leur démarche est axée sur les objectifs de l’association en question. L’analyse n’invite alors plus les tribunaux à s’attarder à l’objectif et au contexte de la *Charte* mais à déterminer les activités qui revêtent à leurs yeux une plus grande importance normative et subjective. Il découle de la démarche adoptée dans *Health Services* que le but des associations d’employés — obliger les employeurs à négocier — est constitutionnalisé, alors que celui d’autres associations ne l’est pas. Il est difficile de voir dans ce résultat autre chose qu’une préférence accordée à la négociation collective eu égard à son importance par rapport à d’autres activités associatives non protégées par la Constitution.

[215] Une interprétation neutre quant à la nature de la liberté exercée ne permet pas d’accorder une protection constitutionnelle à la négociation collective et de la refuser aux objectifs

aims and objects of associations, s. 2(d) cannot be interpreted in a fashion which is neutral as between different associations while imposing a duty of collective bargaining on employers and groups of employees.

(4) Section 2(d) Does Not Give Constitutional Status to Contracts

[216] A fourth difficulty with the collective bargaining right in *Health Services* is that it places contracts above statutes in the traditional hierarchy of laws. Although *Health Services* purported to constitutionalize the process of collective bargaining rather than its fruits, it in fact granted constitutional protection to the collective agreements on the basis that they were the fruits of that process. In *Health Services*, the challenged legislation had the effect of invalidating portions of existing collective agreements and consequently “undermining the past bargaining processes that formed the basis for these agreements” (para. 113). This was found to violate s. 2(d) (para. 136).

[217] In response to this argument, the Chief Justice and LeBel J. write that *Health Services* did not hold that “labour contracts could never be interfered with by legislation” (para. 76). However, if as *Health Services* holds, it is unconstitutional for a statute to legislatively nullify “significant contractual terms”, then it must logically follow that those “significant contractual terms” have been elevated above statutes. The actual effect of *Health Services* is quite the opposite from what my colleagues assert it to be.

[218] My view is consistent with that of Professor Hogg who observed that “[t]his ruling elevated collective agreements above statutes in the hierarchy of laws, and granted them virtually the same status as the provisions of the Charter itself” (p. 44-9). Indeed, in the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123

et à la raison d’être d’autres associations. S’il ne protège pas tous les objectifs et les raisons d’être des associations, l’al. 2d) ne peut à la fois être interprété de manière neutre vis-à-vis de celles-ci et imposer aux employeurs et aux groupements d’employés l’obligation de négocier collectivement.

(4) L’alinéa 2d) ne confère pas de valeur constitutionnelle au contrat

[216] Le droit à la négociation collective reconnu dans *Health Services* soulève une quatrième difficulté : il élève le contrat au-dessus de la loi dans la hiérarchie traditionnelle des sources de droit. La formation majoritaire y dit constitutionaliser le processus de la négociation collective, et non ses fruits, mais dans les faits, elle confère une protection constitutionnelle à la convention collective parce qu’elle est issue de ce processus. La loi contestée avait pour effet d’invalider en partie des conventions collectives existantes, de sorte qu’elle « ébranl[ait] la validité des processus de négociation antérieurs qui [avaient] servi de fondement à la conclusion de ces conventions » (par. 113), ce qui, pour la Cour, portait atteinte à l’al. 2d) (par. 136).

[217] La Juge en chef et le juge LeBel répliquent à cet argument que, dans *Health Services*, les juges majoritaires ne statuent pas « qu’un contrat de travail ne peut jamais être modifié par voie législative » (par. 76). Toutefois, s’il est inconstitutionnel qu’une loi annule par voie législative des « clauses contractuelles importantes », comme l’affirment les juges majoritaires dans *Health Services*, il s’ensuit logiquement que ces clauses contractuelles s’élèvent au-dessus de la loi. J’estime que le véritable effet de cet arrêt est tout à fait opposé à celui que lui attribuent mes collègues.

[218] Je suis de l’avis du professeur Hogg lorsqu’il fait observer que, [TRADUCTION] « [d]ans son jugement, la Cour élève la convention collective au-dessus de la loi dans la hiérarchie des sources de droit et lui reconnaît pratiquement la même valeur qu’aux dispositions de la Charte elle-même » (p. 44-9). D’ailleurs, dans le *Renvoi relatif à l’art. 193*

(the “*Prostitution Reference*”), at p. 1171, Justice Lamer (as he then was) explicitly rejected the idea that a constitutional guarantee safeguarding freedom of contract was included under the Canadian *Charter*.

(5) Courts Have Afforded the Legislature Significant Deference in the Application of Section 2(d) to the Field of Labour Relations

[219] A final difficulty with the approach to s. 2(d) taken in *Health Services* is that it explicitly rejected judicial deference by judges towards the legislature in labour relations. Indeed, the majority indicated that Courts had previously taken an “overbroad view” of judicial deference (para. 26). While judicial deference has its limits, the general approach of judicial deference in the field of labour relations is well supported by precedent and is sound in principle. I am of the view that the reasons for judicial deference strongly militate against constitutionalizing the right to collective bargaining. In my respectful opinion, the majority erred in *Health Services* by removing decision-making power on this question from Parliament and the provincial legislatures.

[220] For nearly twenty years between the Trilogy and *Health Services*, a majority of this Court was consistently of the view that judges should defer to legislators on labour relations matters. As discussed by LeBel J. at paras. 156-62 of *Advance Cutting & Coring*, this position stemmed from a recognition that the management of labour relations requires a delicate exercise in reconciling conflicting values and interests and that the political, social and economic considerations that this exercise raises lie largely beyond the expertise of the courts. This position was also in line with history. The law of collective bargaining, as it has developed in Canada since the Depression and the Second World War, as well as union and employer conflicts like strikes and lockouts, have

*et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi sur la prostitution* », p. 1171, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) rejette expressément l’idée que la *Charte* canadienne puisse protéger la liberté contractuelle.

(5) Les tribunaux font preuve d’une grande déférence à l’endroit du législateur lorsqu’ils appliquent l’al. 2d) dans le domaine des relations du travail

[219] Enfin, l’interprétation de l’al. 2d) dans *Health Services* pose une dernière difficulté en ce que la formation majoritaire rejette explicitement le principe de la déférence judiciaire envers le législateur dans le domaine des relations du travail. En effet, les juges majoritaires indiquent que les tribunaux ont auparavant attribué une « portée excessive » au principe de la déférence judiciaire (par. 26). La déférence judiciaire comporte certes des limites, mais son application générale dans les relations du travail est bien établie par la jurisprudence et justifiée sur le plan des principes. Je suis d’avis que les motifs justifiant la déférence judiciaire militent fermement contre la constitutionnalisation du droit à la négociation collective. À mon humble avis, dans *Health Services*, la formation majoritaire a eu tort de dépouiller le Parlement et les législatures provinciales de leur pouvoir décisionnel en la matière.

[220] Pendant la période de presque vingt ans qui s’est écoulée entre la trilogie et l’arrêt *Health Services*, la majorité des juges de notre Cour est demeurée d’avis que les tribunaux doivent respecter la volonté du législateur dans le domaine des relations du travail. Comme le dit le juge LeBel dans l’arrêt *Advance Cutting & Coring*, par. 156-162, cela s’expliquait par la reconnaissance du fait que la gestion des relations du travail exige la conciliation de valeurs et d’intérêts divergents — une entreprise délicate — et que les considérations politiques, sociales et économiques que met en jeu cette entreprise débordent largement le champ d’expertise des tribunaux. Cette attitude déférente tenait également à l’histoire. Le droit régissant la négociation collective, eu égard à son évolution au

been subject to legislative control based on government policy rather than judicial intervention.

[221] Beginning with the decisions in the labour Trilogy and continuing through *PIPSC, Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, *Delisle*, and *Advance Cutting & Coring*, this Court has consistently deferred to elected legislatures on issues of labour relations. In *Advance Cutting & Coring*, Justice LeBel, writing for himself and Gonthier and Arbour JJ., described the Court's deferential approach as a "non-intervention policy" (para. 160). LeBel J. upheld the legislative regime at issue in the appeal:

The question at stake in this appeal should thus be left to the political process. Such a solution would be consistent with the jurisprudential attitude of the Court that was summarized above. It retains a balance in the application of the *Charter*. It leaves the legal management of labour relations to Parliament and legislatures as well as to the parties to labour agreements, as the majority of the Court has held consistently since the labour law trilogy of 1987. . . . This limited and prudent approach to court interventions in the field of labour relations reflects a proper understanding of the functions of courts and legislatures. [Emphasis added; para. 239.]

The principle of deference provides a reason for choosing a more restrained version of s. 2(d) when the Court is faced with competing visions of what s. 2(d) protects.

[222] My colleagues imply that my view on deference creates a "judicial 'no go' zone" or creates a "*Charter*-free zone" for labour relations (paras. 78-80). That is not a correct understanding of my position. Clearly if legislatures, for example, chose to enact legislation that permitted discrimination in labour relations or precluded the ability to form an employee association, that legislation would be subject to judicial review for being non-compliant with the *Charter*. In matters of labour relations,

Canada depuis la Dépression et la Seconde guerre mondiale, de même que les conflits opposant syndicats et employeurs, comme les grèves et les lock-out, ont fait l'objet de mesures législatives fondées sur la politique gouvernementale plutôt que de décisions judiciaires.

[221] Dans la trilogie en droit du travail, puis dans les arrêts *IPFPC, Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, *Delisle* et *Advance Cutting & Coring*, notre Cour s'en remet systématiquement aux législateurs élus pour ce qui concerne les relations du travail. Dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring*, le juge LeBel, avec l'appui des juges Gonthier et Arbour, qualifie la retenue dont fait preuve la Cour de « principe de non-intervention » (par. 160) et il confirme le régime législatif contesté dans le pourvoi :

Il faut donc laisser au processus politique le soin de régler la question en jeu dans le pourvoi. Une telle solution serait conforme à l'attitude jurisprudentielle de notre Cour qui a été résumée précédemment. Elle conserve l'équilibre dans l'application de la *Charte*. Elle laisse la gestion légale des relations du travail au Parlement et aux législatures de même qu'aux parties aux conventions collectives, comme les juges majoritaires de notre Cour le concluent continuellement depuis la trilogie de 1987 en droit du travail. [ . . . ] Cette démarche restrictive et prudente en matière d'intervention des tribunaux dans le domaine des relations du travail reflète une bonne compréhension des fonctions des tribunaux et de celles des législatures. [Je souligne; par. 239.]

Le principe de la déférence justifie la Cour d'interpréter l'al. 2d) de façon plus étroite lorsqu'elle se voit présenter des thèses opposées quant aux droits que protège cet alinéa.

[222] Mes collègues sous-entendent que mon avis sur la déférence met les questions relatives aux relations du travail « à l'abri des interventions judiciaires » ou les « soustrait [ . . . ] à l'application de la *Charte* » (par. 78-80). Ils interprètent mal ma position. De toute évidence, si le législateur adoptait par exemple une loi autorisant la discrimination dans les relations du travail ou faisant obstacle à la constitution d'une association d'employés, cette loi ferait l'objet d'un contrôle judiciaire pour

the *Charter* still applies. If my colleagues believe that my view on deference creates a “*Charter-free zone*”, they have misunderstood my reasons.

[223] In my opinion, the principle of judicial deference in the field of labour relations is rooted in two underlying concerns. The first of these is that the Court is ill-equipped to carry out the requisite balancing of interests in the labour relations context. Since McIntyre J.’s comments in the *Alberta Reference*, this Court has recognized that labour relations are an “extremely sensitive subject” premised on “a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other” (p. 414). While the courts are responsible for safeguarding the ability of individuals to do collectively that which they have the right to do as individuals, the judiciary is ill-equipped to engage in fine adjustments to the balance of power between labour and management.

[224] The Chief Justice and LeBel J. write that this Court has “distanced itself” from the approach of McIntyre J. in the *Alberta Reference*, and now deals with deference under s. 1, rather than in outlining the scope of s. 2(d) (para. 81). With respect, I think this point is debatable. While that may have been the approach adopted by the majority in *Dunmore*, there are a number of examples of this Court dealing with deference at the s. 2(d) stage of the analysis. For example, LeBel J. dealt with deference at the s. 2(d) stage of the analysis in *Advance Cutting & Coring*. Another example is *Delisle*, where Bastarache J. for the majority (writing on behalf of Gonthier, McLachlin (as she then was), and Major JJ.), dealt with the concept of deference under the s. 2(d) stage of the analysis. Bastarache J. wrote that he shared the opinion of McIntyre J. in the *Alberta Reference*, writing that “[f]reedom of association does not include the right to establish a particular type of association defined in a particular statute; this kind of recognition would unduly

non-conformité à la *Charte*. La *Charte* ne cesse pas de s’appliquer en matière de relations du travail. Si mes collègues croient que mon avis au sujet de la déférence a pour effet de soustraire quoi que ce soit à l’application de la *Charte*, ils ont mal compris mes motifs.

[223] À mon avis, dans le domaine des relations du travail, le principe de la déférence judiciaire s’applique pour deux raisons. Premièrement, la Cour n’est pas en mesure de se livrer à la pondération d’intérêts nécessaire dans ce contexte. Depuis que le juge McIntyre a formulé ses remarques dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, notre Cour a reconnu que les relations du travail sont un « sujet [. . .] extrêmement délicat » qui repose sur « un compromis politique et économique entre d’une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d’autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante » (p. 414). Bien qu’il appartienne aux tribunaux de protéger la faculté des individus de faire collectivement ce qu’ils ont le droit de faire individuellement, ils ne sont pas en mesure d’apporter de subtils réglages à l’équilibre des rapports de force entre syndicats et patronat.

[224] La Juge en chef et le juge LeBel écrivent que « notre Cour s’est dissociée » de l’approche préconisée par le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et analyse la déférence en fonction de l’article premier plutôt qu’aux fins de déterminer la portée de l’al. 2d) (par. 81). À mon humble avis, j’estime que cela se discute. C’est peut-être la démarche adoptée par les juges majoritaires dans *Dunmore*, mais la Cour a, à plusieurs reprises, étudié la question de la déférence dans le cadre de l’analyse fondée sur l’al. 2d). Par exemple, dans *Advance Cutting & Coring*, le juge LeBel se penche sur la déférence à cette étape. De plus, dans l’arrêt *Delisle*, le juge Bastarache, au nom des juges majoritaires (les juges Gonthier, McLachlin (maintenant Juge en chef) et Major), examine la notion de déférence à l’étape de l’analyse que commande l’al. 2d). Il dit partager l’opinion du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, à savoir que la « liberté d’association ne comprend pas le droit de former un type particulier d’association défini par



limit the ability of Parliament or a provincial legislature to regulate labour relations” (*Delisle*, at para. 33).

[225] The second underlying concern justifying judicial deference in the area of labour relations is that courts should avoid extending constitutional protection to a particular statutory model of labour relations. Different statutory models of labour relations may be appropriate in different socio-economic contexts, and the courts should avoid defining as a matter of constitutional law the particular framework according to which all Canadian labour relations must be structured for the indefinite future. Parliament and the provincial legislatures should not be precluded from fashioning appropriate labour relations regimes that are responsive to the relevant socio-economic contexts.

[226] In *Health Services*, this Court departed from a long-standing course of judicial deference in the field of labour relations. The majority intervened to adjust aspects of the balance of power between unions, employers and individual employees, and, as a consequence, constitutionalized prominent features of the Wagner model under s. 2(d) of the *Charter*, namely collective bargaining.

[227] Although the majority insisted that it was not enshrining a particular model of labour relations, and the Chief Justice and LeBel J. say that such a conclusion was “repeatedly rejected” (para. 77), I believe that such a conclusion is inescapable. As my colleague Deschamps J. observes, the duty to negotiate in good faith enshrined by *Health Services* “is one of the hallmarks of the Wagner model and that inevitably entails a number of statutory components” (para. 304). Professor Hogg writes:

The majority . . . claimed that it was not constitutionalizing “a particular model of labour relations”. But that is exactly what it was doing: North American labour relations regimes are based on the American Wagner Act of

une loi particulière; une telle reconnaissance limiterait indûment la possibilité du Parlement ou d’une législature de régler les relations du travail » (*Delisle*, par. 33).

[225] La seconde raison justifiant la déférence tient à ce que les tribunaux doivent s’abstenir de constitutionnaliser un modèle législatif particulier de relations du travail. Différents modèles peuvent convenir dans différents contextes socio-économiques, et les tribunaux doivent se garder de définir constitutionnellement le cadre particulier appelé à régir l’ensemble des relations du travail au Canada pendant une période indéterminée. On ne doit pas empêcher le Parlement et les législatures provinciales de concevoir des régimes adaptés à des contextes socio-économiques donnés.

[226] Dans l’arrêt *Health Services*, la majorité de notre Cour tourne le dos à la tradition de déférence que les tribunaux manifestaient dans le domaine des relations du travail. Elle intervient pour rajuster certains aspects de l’équilibre des rapports de force entre syndicats, employeurs et employés individuels, de telle sorte qu’elle constitutionnalise, par application de l’al. 2d) de la *Charte*, un volet important du modèle Wagner, à savoir la négociation collective.

[227] Même si la formation majoritaire se défend bien de constitutionnaliser un modèle particulier de relations du travail — la Juge en chef et le juge LeBel indiquent qu’une telle conclusion a été « maintes fois rejetée » (par. 77) —, je crois que cette conclusion est incontournable. Comme le fait observer ma collègue la juge Deschamps, l’obligation de négocier de bonne foi constitutionnalisée par *Health Services* est « une caractéristique propre au modèle Wagner et [. . .] emporte forcément la reconnaissance d’un certain nombre d’éléments d’origine législative » (par. 304). Le professeur Hogg écrit à ce sujet :

[TRADUCTION] Les juges majoritaires [. . .] prétendent ne pas constitutionnaliser « un modèle particulier de relations du travail », mais c’est exactement ce qu’ils font : les régimes de relations du travail en Amérique

1935. The Wagner model of compulsory collective bargaining with a single union compulsorily representing all members of a bargaining unit has not been adopted outside the United States and Canada, and, even in the United States, compulsory arbitration or other wage-setting mechanisms often replace collective bargaining in the public sector. Presumably, only compulsory collective bargaining on the Wagner model will now pass muster in Canada. The majority even claimed that the Court had been wrong in the past to exercise “judicial restraint in interfering with government regulation of labour relations”. But, without any clear prescription in the Charter, there is much to be said for leaving the regulation of labour relations to elected legislative bodies (and the sanction of the ballot box). [p. 44-8]

[228] As Professor Langille points out, examination of the different labour relations regimes of the roughly 180 that compose the International Labour Organization (“ILO”), reveals a range of ways a government might choose to structure labour relations: see B. Langille, “Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model?” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101, at p. 107. By way of illustration, bargaining between employers’ associations and trade unions is entirely voluntary in Germany; specifically, there is no obligation on employers’ association to bargain in good faith, as there is in North American labour relations regimes: see generally K. G. Dau-Schmidt, “Labor Law and Industrial Peace: A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model” (2000), 8 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 117.

[229] More fundamentally, the fact that the Wagner model of collective bargaining is currently the dominant mode of resolving labour relations issues today does not mean that this will always be the case. Peter A. Gall sounded this note of caution in the early years of the *Charter*:

Collective bargaining is extremely important in our society and has been for some time now. But will it

du Nord sont fondés sur la *Loi Wagner* adoptée en 1935 aux États-Unis. La négociation collective obligatoire avec un seul syndicat représentant obligatoirement tous les membres d’une unité de négociation (le modèle Wagner) n’a pas de pendant en dehors des États-Unis et du Canada. Qui plus est, aux États-Unis, le recours obligatoire à l’arbitrage ou à d’autres mécanismes d’établissement des salaires remplace souvent la négociation collective dans le secteur public. Vraisemblablement, seule la négociation collective obligatoire inspirée du modèle Wagner est désormais reconnue au Canada. Les juges majoritaires affirment même que la Cour a eu tort dans le passé d’exercer une « retenue judiciaire [pour ne pas entraver] la réglementation gouvernementale des relations du travail ». Or, sans prescription claire de la Charte, il y a bien des raisons de laisser aux corps législatifs élus (et à la sanction des électeurs) le soin de régler les relations du travail. [p. 44-8]

[228] Comme le signale le professeur Langille, l’examen des divers régimes de relations du travail existant dans les quelque 180 états qui forment l’Organisation internationale du Travail (l’« OIT ») révèle la diversité des modes de gestion des relations du travail pour lesquels peut opter un gouvernement : voir B. Langille, « Why are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 101, p. 107. À titre d’exemple, en Allemagne, la négociation entre les associations d’employeurs et les syndicats est entièrement volontaire; plus précisément, les associations d’employeurs ne sont nullement tenues de négocier de bonne foi, contrairement à ce que prévoient les régimes de relations du travail en Amérique du Nord : voir en général K. G. Dau-Schmidt, « Labor Law and Industrial Peace : A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model » (2000), 8 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 117.

[229] Plus fondamentalement, même si le modèle Wagner axé sur la négociation collective constitue actuellement le principal mode de règlement des différends dans le domaine des relations du travail, sa pérennité n’est pas pour autant assurée. Peter A. Gall faisait la mise en garde suivante peu après l’entrée en vigueur de la *Charte* :

[TRADUCTION] La négociation collective joue un rôle extrêmement important dans notre société, et ce, depuis

always be so? Can we confidently predict that 50 or even 20 years from now collective bargaining will still be the primary activity of trade unions? Or will we have adopted some other technique for setting terms and conditions of employment, such as full-scale interest arbitration or greater reliance on legislated standards. If we cannot reject this out of hand, and I do not think we can, then we must seriously question whether collective bargaining is the kind of activity that warrants constitutional status. The Charter enshrines the fundamental principles of individual liberty. The activities of man may change over time, but these principles remain constant. Collective bargaining does not have this same timeless quality, and, accordingly, we should be leery of giving it constitutional protection under the concept of freedom of association.

(“Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword”, in J. M. Weiler and R. M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, at p. 248)

[230] For these reasons, I am of the view that recognizing a constitutional right to collective bargaining, as did *Health Services*, represents an imprudent departure from the course of judicial deference.

**B. *The Reasons Advanced in Health Services Do Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Under Section 2(d) of the Charter***

[231] In the previous section, I pointed to five reasons why the approach to s. 2(d) adopted in *Health Services* is inconsistent with both precedent and principle relating to the purpose of s. 2(d). In this section, I address the reasons advanced by the majority in *Health Services* for providing s. 2(d) protection to collective bargaining. As I understand *Health Services*, these reasons were advanced to demonstrate that collective bargaining is a fundamental right that justifies it being constitutionalized. With respect, I do not think these reasons withstand scrutiny.

un certain temps maintenant. Mais en sera-t-il toujours ainsi? Pouvons-nous prédire avec certitude que dans 50 ou même 20 ans, la négociation collective sera toujours l'activité première des syndicats? Aurons-nous plutôt recours à quelque autre moyen de fixer les conditions d'emploi, comme l'arbitrage intégral d'intérêts ou un recours plus important à des normes législatives? Si nous ne pouvons écarter cette hypothèse du revers de la main, et je ne pense pas que nous le puissions, nous devons alors nous demander sérieusement si la négociation collective constitue le genre d'activité qui justifie une protection constitutionnelle. La Charte consacre les principes fondamentaux de la liberté individuelle. Les activités de l'homme peuvent changer avec le temps, mais ces principes demeurent constants. La négociation collective n'a pas cette même qualité d'être de tous les temps et, en conséquence, nous devons hésiter à lui accorder une protection constitutionnelle au nom de la liberté d'association.

(« Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », dans J. M. Weiler et R. M. Elliot, dir., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, p. 248)

[230] C'est pourquoi j'estime qu'en reconnaissant le droit constitutionnel à la négociation collective dans *Health Services*, les juges majoritaires dérogent inconsidérément au principe de la déférence judiciaire.

**B. *Les motifs avancés dans Health Services ne justifient pas la constitutionnalisation de la négociation collective en application de l'al. 2d) de la Charte***

[231] Dans la partie précédente, je donne cinq raisons pour lesquelles l'interprétation de l'al. 2d) par la majorité dans *Health Services* est incompatible avec la jurisprudence et les principes établis en ce qui concerne l'objet de cet alinéa. Dans la présente partie, j'examine les raisons qu'invoquent les juges majoritaires dans cet arrêt pour accorder à la négociation collective la protection de l'al. 2d). Si je comprends bien, ces raisons sont censées établir que le droit à la négociation collective est fondamental, ce qui justifie la constitutionnalisation. À mon humble avis, je ne crois pas qu'elles résistent à l'examen.

[232] *Health Services* rests its conclusion that s. 2(d) of the *Charter* contains a right of collective bargaining on four propositions, which the majority outlines at para. 20:

First, a review of the s. 2(d) jurisprudence of this Court reveals that the reasons evoked in the past for holding that the guarantee of freedom of association does not extend to collective bargaining can no longer stand. Second, an interpretation of s. 2(d) that precludes collective bargaining from its ambit is inconsistent with Canada's historic recognition of the importance of collective bargaining to freedom of association. Third, collective bargaining is an integral component of freedom of association in international law, which may inform the interpretation of *Charter* guarantees. Finally, interpreting s. 2(d) as including a right to collective bargaining is consistent with, and indeed, promotes, other *Charter* rights, freedoms and values. [Emphasis added.]

In this section each of these contentions is addressed.

(1) The Continuing Validity of Past Precedents on the Scope of Section 2(d)

[233] I have already dealt with the substance of the first proposition in the course of explaining why *Health Services* was wrong to overrule the approach to s. 2(d) of the *Charter* embodied in the prior jurisprudence, and I need not discuss it further here.

(2) Canadian Labour History Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights

[234] The second reason advanced by the majority in *Health Services* is that collective bargaining has historically been recognized in Canada as an integral component of freedom of association (para. 25). The view that a right to collective bargaining which includes a duty on employers to bargain in good faith is a pre-statutory feature of Canadian labour law contradicts established accounts of the history of labour relations in Canada.

[232] Dans l'arrêt *Health Services*, la conclusion que l'al. 2d) de la *Charte* protège le droit à la négociation collective repose sur quatre propositions, que les juges majoritaires formulent comme suit au par. 20 :

Premièrement, l'examen de la jurisprudence de la Cour sur l'al. 2d) révèle que les raisons invoquées par le passé pour expliquer que le droit à la liberté d'association ne s'étendait pas à la négociation collective ne valent plus. Deuxièmement, une interprétation de l'al. 2d) qui exclut la négociation collective de son champ d'application ne se concilie pas avec le fait que le Canada a toujours reconnu l'importance de ce processus en matière de liberté d'association. Troisièmement, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d'association selon le droit international, qui peut inspirer l'interprétation des garanties reconnues par la *Charte*. Enfin, interpréter l'al. 2d) comme comprenant le droit de négociation collective s'intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la *Charte*. [Je souligne.]

J'examine ci-après chacune de ces prétentions.

(1) Les décisions antérieures relatives à la portée de l'al. 2d) demeurent valables

[233] Je me suis déjà prononcé sur la teneur de la première proposition en expliquant pourquoi, dans *Health Services*, la formation majoritaire écarte à tort l'interprétation judiciaire antérieure de l'al. 2d) de la *Charte*. Je n'ai donc pas à la considérer plus avant.

(2) L'histoire des relations du travail au Canada n'appuie pas la constitutionnalisation du droit à la négociation collective

[234] Suivant la deuxième raison avancée par les juges majoritaires dans *Health Services*, au Canada, on a toujours considéré que la négociation collective faisait partie intégrante de la liberté d'association (par. 25). L'idée que le droit à la négociation collective, qui oblige l'employeur à négocier de bonne foi, caractérisait le droit canadien du travail avant l'adoption de lois en la matière contredit des versions établies de l'histoire des relations du travail au Canada.

[235] The labour history offered in *Health Services* in support of this argument is inconsistent with a number of historical accounts of the development of labour law in Canada and has recently been the subject of intense academic criticism. See E. Tucker, “The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada” (2008), 61 *Labour* 151; Langille, “Freedom of Association”, at pp. 191-92; and Etherington, at pp. 726-27. For a historical account, see, e.g., J. Fudge and E. Tucker, *Labour Before the Law: The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001); J. Fudge, “‘Labour is Not a Commodity’: The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association” (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.

[236] Professor Tucker, whose account of the development of labour relations was invoked in support of the judicial history in *Health Services*, characterizes the majority’s historical claims as “flawed” and describes the use of his and other historians’ work as “ironic”, in the sense that it was used “to support a narrative that is inconsistent with the interpretation of that work (without acknowledging that difference of view)” (p. 168). He writes that the majority’s historical analysis fails to support the historical proposition that it seeks to defend, “namely that ‘Association for purposes of collective bargaining has long been recognized as a fundamental Canadian right which predated the *Charter*’” (p. 166).

[237] One of the problems in *Health Services* is that the term “collective bargaining” is used throughout *Health Services* without it being acknowledged that, from a historical perspective, there are two meanings that can be ascribed to the term. On the one hand, the term “collective bargaining” refers to self-directed activities engaged in by workers without the benefit of statutory enhancements or protection, i.e. workers organizing in order to attempt collective engagement with their employer in the hopes of obtaining better pay and working conditions. See Tucker, at p. 166.

[235] L’histoire des relations du travail à laquelle renvoient les juges majoritaires dans l’arrêt *Health Services* à l’appui de cette thèse ne concorde pas avec plusieurs exposés historiques sur l’évolution du droit du travail au Canada et elle a récemment fait l’objet de vives critiques de la part d’auteurs. Voir E. Tucker, « The Constitutional Right to Bargain Collectively : The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada » (2008), 61 *Le Travail* 151; Langille, « Freedom of Association », p. 191-192; Etherington, p. 726-727; pour un exposé historique, voir, p. ex., J. Fudge et E. Tucker, *Labour Before the Law : The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001); J. Fudge, « “Labour is Not a Commodity” : The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 425.

[236] Le professeur Tucker, dont les écrits sur l’évolution des relations du travail sont cités à l’appui de l’historique dressé dans *Health Services*, estime [TRADUCTION] « erronées » les affirmations historiques de la formation majoritaire et « ironique » l’utilisation de ses travaux et de ceux d’autres historiens, en ce que ces travaux sont invoqués « à l’appui d’un exposé incompatible avec leur interprétation (et sans reconnaître cette divergence de vues) » (p. 168). Il écrit que l’analyse historique des juges majoritaires n’étaye pas la proposition qu’ils défendent, [TRADUCTION] « à savoir que “le droit de s’associer avec d’autres en vue de la négociation collective est reconnu depuis longtemps comme un droit fondamental au Canada, qui existait d’ailleurs avant l’adoption de la *Charte*” » (p. 166).

[237] L’un des problèmes que pose l’arrêt *Health Services* tient au fait que la formation majoritaire y emploie le terme « négociation collective » tout au long de ses motifs sans reconnaître que, d’un point de vue historique, deux sens peuvent lui être attribués. D’une part, il renvoie à l’activité autonome des travailleurs exercée sans l’appui ou la protection de la loi, c’est-à-dire l’association des travailleurs en vue de conclure une convention collective avec l’employeur dans l’espoir d’obtenir de meilleurs salaires et conditions de travail. Voir Tucker, p. 166.

[238] On the other hand, the term is used as shorthand for a particular kind of statutorily enabled activity. “Collective bargaining”, in the age of the Wagner model, refers to a complex package of reciprocal rights and duties imposed on employers and workers alike.

[239] The dominance of the Wagner model of labour relations in Canada has caused the term “collective bargaining” to become virtually synonymous with a specific set of legislatively imposed obligations, including the requirement of a duty to bargain in good faith. However, collective bargaining, in its original and most basic form, did not involve or require the existence of statutory obligations.

[240] In its decision in *Health Services*, the majority did not distinguish between the Wagner form of collective bargaining and the non-statutory form when stating that the “right” to collective bargaining had a long history in Canada. This is manifested in the majority’s statement, for example, that “the duty to consult and negotiate in good faith” is “the fundamental precept of collective bargaining” (para. 97). While the *duty* to bargain in good faith may be a fundamental precept of the Wagner model of collective bargaining, it is not a fundamental precept of the concept of collective bargaining as it was understood before the introduction of the *Wagner Act* or as it is still understood today in many parts of the world.

[241] It is true that there is a long-standing practice of Canadian workers associating for the purpose of bargaining collectively with their employers. Likewise, it is true that at least since the *Trade Unions Act* of 1872 workers enjoyed a legal freedom to *associate* for the purpose of bargaining collectively with their employers without being prosecuted or sued for simply doing so.

[242] However, the *legal rights* of organization, which imposed duties of non-interference on employers, and collective bargaining, which imposed good faith duties of negotiation on

[238] D’autre part, le terme s’entend pour désigner de façon abrégée un type particulier d’activité permise par la loi. À l’ère du modèle Wagner, la « négociation collective » renvoie à un ensemble complexe de droits et d’obligations réciproques attribués aux employeurs comme aux travailleurs.

[239] À cause de la prédominance du modèle Wagner dans les relations de travail au Canada, on assimile désormais la « négociation collective » à un ensemble précis d’obligations imposées par la loi, dont celle de négocier de bonne foi. Or, dans sa forme initiale la plus élémentaire, la négociation collective n’impliquait aucunement l’existence d’obligations légales.

[240] Dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire ne fait pas de distinction entre la négociation collective selon le modèle Wagner et celle qui échappe à la loi lorsqu’elle affirme que le « droit » de négociation collective existe depuis longtemps au Canada. En effet, elle affirme par exemple que « l’obligation de consulter et de négocier de bonne foi » est « le précepte fondamental de la négociation collective » (par. 97). Bien qu’elle puisse constituer le précepte fondamental de la négociation collective suivant le modèle Wagner, l’*obligation* de négocier de bonne foi n’est pas le précepte fondamental de la négociation collective au sens où on l’entendait avant l’adoption de la *Loi Wagner* ni au sens où on l’entend encore de nos jours dans de nombreuses parties du monde.

[241] Certes, les travailleurs canadiens s’associent depuis longtemps aux fins de négocier collectivement avec leur employeur. De même, il est vrai que depuis au moins l’*Acte des Associations ouvrières, 1872*, ils bénéficient légalement de la liberté de *s’associer* en vue de négocier collectivement avec leur employeur sans courir le risque d’être poursuivis lorsqu’ils s’en prévalent.

[242] Cependant, le *droit* d’association dont découle l’obligation de non-entrave de l’employeur, et le *droit* à la négociation collective, dont découle l’obligation de l’employeur de négocier de bonne

employers, *did not* exist prior to their enactment in statutes:

The establishment of a legal right for workers to associate for the purposes of forming a trade union, in the sense that employers are subject to a concomitant duty not to interfere with their organizing, however, can only be traced to the freedom of trade union association legislation passed in the 1930s, while the legal right for workers to bargain collectively, in the sense that employers have a positive duty to participate in a process of good faith negotiation with their workers' chosen representatives, first appeared in British Columbia and Nova Scotia statutes enacted in 1937, but only became generalized for private sector workers in the 1940s and for public sector workers in the 1960s and 70s.

Thus while the court is on firm historical ground when it states in paragraph 66 that collective bargaining (understood here as a social practice) has long been recognized in Canada (in the sense that it could neither be repressed nor ignored) and that "historically it emerges as the most significant collective activity through which freedom of association is expressed in the labour context," its further claim that a procedural right to collective bargaining has *long* been recognized as *fundamental* in Canada prior to 1982 is deeply problematic as a statement of historical fact.

(Tucker, at p. 166 (emphasis in original))

[243] Professor Langille also takes the position that Canada's labour history does not reveal an acceptance by our common law courts or our legislatures of a concept of freedom of association that included an obligation on the part of employers to engage in collective bargaining: "Beyond any doubt, there was no duty imposed on an employer to bargain with a union — even if, contrary to all legal indications, there was an effectively protected right to belong to a union and to participate in a strike" ("Freedom of Association", at p. 191).

[244] Not only did courts not recognize such a bargaining right in the period before the adoption of the Wagner model in Canada, but they often issued injunctions against labour's attempts to bargain collectively. Professor Etherington writes:

foi, *n'existaient pas* avant l'adoption de lois les conférant :

[TRADUCTION] Toutefois, l'établissement du droit des travailleurs de s'associer en vue de former un syndicat, de sorte que l'employeur ait l'obligation concomitante de ne pas entraver leur association, n'est attribuable qu'aux dispositions sur la liberté d'association des syndicats adoptées dans les années 1930, alors que le droit des travailleurs de négocier collectivement, qui impose à l'employeur l'obligation positive de participer de bonne foi à un processus de négociation avec les représentants élus des travailleurs, a vu le jour pour la première fois dans des lois de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse adoptées en 1937, mais ne s'est répandu dans le secteur privé qu'en 1940 et dans le secteur public que dans les années 1960 et 1970.

Ainsi, la cour s'appuie sur des données historiques solides pour affirmer au paragraphe 66 que la négociation collective (entendue au sens de pratique sociale) est reconnue depuis longtemps au Canada (c.-à-d. qu'elle ne pouvait être ni réprimée ni ignorée) et que « son histoire démontre qu'elle représente la plus importante activité collective par le truchement de laquelle la liberté d'association s'exprime dans le contexte des relations du travail ». Or, son affirmation portant que le *droit* procédural à la négociation collective était tenu pour *fondamental* au Canada *longtemps* avant 1982 comporte d'importantes difficultés du point de vue historique.

(Tucker, p. 166 (en italique dans l'original))

[243] Le professeur Langille estime également que l'histoire du droit du travail au Canada ne révèle pas la reconnaissance par nos cours de justice ou nos législateurs d'une notion de liberté d'association comportant l'obligation de l'employeur de prendre part à une négociation collective : [TRADUCTION] « Sans aucun doute, l'employeur n'était pas tenu de négocier avec le syndicat — même si, contrairement à toutes les données juridiques, le droit d'appartenir à un syndicat et de participer à une grève était garanti dans les faits » (« Freedom of Association », p. 191).

[244] Non seulement les tribunaux n'ont pas reconnu le droit à la négociation avant l'adoption du modèle Wagner au Canada, mais ils ont souvent décerné des injonctions contre des travailleurs qui tentaient de négocier collectivement. Le professeur Etherington écrit ce qui suit :

... prior to the adoption of statutes in Canada modeled on the Wagner Act, the best our unions could hope for was a laissez-faire attitude that would allow them to use strikes to force employers to bargain. More often than not during that period they were even disappointed in that hope by courts that were too willing to use their injunctive powers at common law to prevent unions from taking collective economic action against employers to compel them to bargain collectively. In that context, it may be a hollow claim to even assert that our law or society recognized access to collective bargaining in any sense as a fundamental right or freedom, but it is clearly not accurate to assert that it recognized a legal right to engage in collective bargaining that included an obligation on the part of employers also to engage in bargaining when approached by unions. [Emphasis added; p. 727.]

[245] The Chief Justice and LeBel J. take issue with my focus on whether, historically, the right to collective bargaining was consistently guaranteed by the legal system, noting that the question should instead be “whether Canadian society’s *understanding* of freedom of association, viewed broadly, includes the right to collective bargaining in the minimal sense of good faith exchanges affirmed in *Health Services*” (para. 90 (emphasis in original)). With respect, this bare assertion, without any evidence or explanation as to what Canadian society’s understanding of freedom of association actually is, does not rehabilitate the flawed historical analysis in *Health Services*.

[246] In light of the consistent academic criticisms, I cannot accept the majority’s assertion in *Health Services* that the Wagner model statutes did not create a modern right to bargain collectively but only “afforded it protection” (para. 25). While the legal freedom to enter into voluntary collective negotiations may have been a fundamental freedom prior to legislation based on the *Wagner Act*, these statutes did in fact constitute a substantial innovation over the *status quo ante* with respect to various labour rights, including the duty of employers to bargain in good faith.

[TRADUCTION] ... avant l’adoption au Canada de lois inspirées de la Loi Wagner, nos syndicats pouvaient tout au plus espérer qu’un laissez-faire leur permettrait de recourir à la grève et de forcer l’employeur à négocier. Plus souvent qu’autrement, même cet espoir était balayé par des tribunaux qui ne demandaient qu’à exercer le pouvoir que leur conférait la common law de décerner une injonction pour empêcher un syndicat de prendre quelque mesure économique collective contre un employeur pour le contraindre à négocier avec lui. Dans ce contexte, s’il peut être hasardeux d’affirmer simplement que notre droit ou notre société voyait dans la négociation collective l’exercice d’une liberté ou d’un droit fondamental, il est carrément erroné d’affirmer que le droit ou la société reconnaissait l’existence d’un droit à la négociation collective qui obligeait l’employeur à négocier lorsqu’un syndicat l’y invitait. [Je souligne; p. 727.]

[245] La Juge en chef et le juge LeBel me reprochent d’attacher trop d’importance à la question de savoir si, historiquement, le droit à la négociation collective a toujours été garanti par le système juridique. Selon eux, il faut plutôt se demander « si la *conception* que se fait la société canadienne de la liberté d’association, considérée largement, englobe le droit de négociation collective, compris dans le sens d’un droit minimal strict à des échanges de bonne foi reconnu dans *Health Services* » (par. 90 (en italique dans l’original)). En toute déférence, cette simple affirmation, dénuée de toute preuve ou explication quant à la conception que se fait réellement la société canadienne de la liberté d’association, ne peut racheter l’analyse historique erronée effectuée dans l’arrêt *Health Services*.

[246] Vu les critiques récurrentes des auteurs, je ne saurais convenir avec les juges majoritaires dans l’arrêt *Health Services* que les lois fondées sur le modèle Wagner n’ont pas créé le droit contemporain de négociation collective, mais lui ont seulement « conféré une protection » (par. 25). Il se peut que la liberté d’entreprendre volontairement des négociations collectives ait constitué une liberté fondamentale avant l’adoption des lois inspirées de la *Loi Wagner*, mais ces lois ont de fait constitué une innovation substantielle par rapport au *statu quo ante* quant à différents droits dans le domaine du travail, y compris l’obligation de l’employeur de négocier de bonne foi.



(3) International Law Does Not Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights

[247] The third proposition the majority relied on in *Health Services* was that collective bargaining is an integral component of the freedom of association under international law. The majority relied in particular on ILO *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organise*, 68 U.N.T.S. 17 (“Convention No. 87”), in support of the position that collective bargaining is protected under international law. In doing so, it committed two errors.

[248] First, in discussing protection for collective bargaining under international law, the majority conflated two distinct ILO Conventions. While Canada has ratified ILO Convention No. 87, that Convention deals with freedom of association and does not at any point specifically discuss collective bargaining. The majority in *Health Services* cites an extended passage from an article by B. Gernigon, A. Odero and H. Guido, “ILO principles concerning collective bargaining” (2000), 139 *Intern'l Lab. Rev.* 33, to elaborate on the scope of protection for collective bargaining under international law. However, in that article the authors are actually discussing the scope of ILO *Convention (No. 98) concerning the application of the principles of the right to organise and bargain collectively*, 96 U.N.T.S. 257 (“Convention No. 98”), which deals more specifically with collective bargaining. As my colleagues acknowledge, Canada has not ratified Convention No. 98. This means that Canada has no obligations under that Convention as outlined in the ILO Constitution: see *Constitution of the International Labour Organisation*, 15 U.N.T.S. 40, Art. 19(5)(e); B. A. Langille, “Can We Rely on the ILO?” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273. It is therefore inappropriate to interpret the scope of Canada’s obligations on the basis of that Convention.

[249] Second, even if Convention No. 98 were applicable to Canada, the majority in *Health Services* would still have erred in relying on that Convention to constitutionalize a version of

(3) Le droit international n’appuie pas la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement

[247] Suivant la troisième proposition formulée par la formation majoritaire dans l’arrêt *Health Services*, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d’association reconnue en droit international. La majorité s’appuie en particulier sur la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (« Convention n° 87 »), pour conclure que le droit international protège la négociation collective et, ce faisant, elle commet deux erreurs.

[248] D’abord, en analysant la protection de la négociation collective au regard du droit international, la formation majoritaire confond deux conventions distinctes de l’OIT. Le Canada a bien ratifié la Convention n° 87 de l’OIT, mais celle-ci porte sur la liberté d’association sans faire aucunement mention de la négociation collective. Dans l’arrêt *Health Services*, la majorité cite longuement l’article de B. Gernigon, A. Odero et H. Guido intitulé « Les principes de l’OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37, pour développer sur la portée de la protection conférée à la négociation collective en droit international. Or, dans cet article, les auteurs analysent en fait la portée de la *Convention (n° 98) concernant l’application des principes du droit d’organisation et de négociation collective*, 96 R.T.N.U. 257 (« Convention n° 98 »), laquelle porte plus précisément sur la négociation collective. Comme le reconnaissent mes collègues la Juge en chef et le juge LeBel, le Canada n’a pas ratifié la Convention n° 98, de sorte qu’elle ne le soumet à aucune obligation suivant la Constitution de l’OIT : voir l’al. 19(5)e) de la *Constitution de l’Organisation internationale du Travail*, 15 R.T.N.U. 41; B. A. Langille, « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273. Il est donc fautif d’interpréter la portée des obligations du Canada sur le fondement de cette convention.

[249] Ensuite, même si la Convention n° 98 s’appliquait au Canada, dans *Health Services*, la formation majoritaire aurait tout de même tort de s’appuyer sur elle pour constitutionnaliser la

collective bargaining that includes a duty to bargain in good faith. While Convention No. 98 provides protection for a process of collective bargaining, it conceives of collective bargaining as being a process of “voluntary negotiation” that is fundamentally distinct from the model of collective bargaining incorporated in the Wagner model: see ILO Convention No. 98, Art. 4. More specifically, Convention No. 98 does not contemplate the imposition of a duty on parties to bargain in good faith: Langille, “Can We Rely on the ILO?”, at pp. 291-92. Indeed, Gernigon et al. express this point in the article relied on by the majority in *Health Services*:

The voluntary nature of collective bargaining is explicitly laid down in Article 4 of Convention No. 98 and, according to the Committee on Freedom of Association, is “a fundamental aspect of the principles of freedom of association” (ILO, 1996a, para. 844). Thus, the obligation to promote collective bargaining excludes recourse to measures of compulsion. During the preparatory work for Convention No. 154, the Committee on Collective Bargaining agreed upon an interpretation of the term “promotion” (of collective bargaining) in the sense that it “should not be capable of being interpreted in a manner suggesting an obligation for the State to intervene to impose collective bargaining”, thereby allaying the fear expressed by the Employer members that the text of the Convention could imply the obligation for the State to take compulsory measures (ILO, 1981, p. 22/6).

The Committee on Freedom of Association, following this line of reasoning, has stated that nothing in Article 4 of Convention No. 98 places a duty on a government to enforce collective bargaining with a given organization by compulsory means, and that such an intervention by a government would clearly alter the nature of bargaining (ILO, 1996a, para. 846).

It cannot therefore be deduced from the ILO’s Conventions on collective bargaining that there is a formal obligation to negotiate or to achieve a result (an agreement). [Emphasis added; pp. 40-41.]

[250] The majority in *Health Services* was in error when it concluded that international law pointed to compulsory collective bargaining (paras. 69-79). My colleagues say that international norms are *not inconsistent* with compulsory collective bargaining (para. 95). While this is true, it does not assist

négociation collective entendue au sens où l’employeur est tenu de négocier de bonne foi. Bien que la Convention n° 98 protège le processus de négociation collective, elle y voit un processus « volontaire » fondamentalement distinct de celui que prévoit le modèle Wagner : voir l’art. 4 de la Convention n° 98 de l’OIT. Plus précisément, la Convention n° 98 ne prévoit pas l’imposition d’une obligation de négocier de bonne foi : Langille, « Can We Rely on the ILO? », p. 291-292. Gernigon et ses coauteurs le précisent en effet dans l’article cité par la majorité dans *Health Services* :

L’article 4 de la convention n° 98 prévoit expressément le caractère volontaire de la négociation collective qui « constitue un aspect fondamental des principes de la liberté syndicale » (BIT, 1996a, paragr. 844). Ainsi, la nécessité de promouvoir la négociation collective exclut le recours à la contrainte : lorsque la Conférence internationale du Travail a élaboré la convention n° 154, il fut entendu [que le terme « promotion » (de la négociation collective) ne serait pas interprété de manière « à sous-entendre que l’État est tenu d’intervenir pour obliger les parties à négocier collectivement », pour dissiper la crainte des employeurs membres que le texte de la convention pourrait insinuer que l’État soit obligé de prendre des mesures de contrainte] à cette fin (BIT, 1981, p. 22/7).

Le Comité de la liberté syndicale a estimé, à cet égard, qu’aucune disposition de l’article 4 de la convention n° 98 n’impose à aucun gouvernement l’obligation de recourir à des mesures de contraintes pour obliger les parties à négocier avec une organisation déterminée, mesures qui auraient clairement pour effet de transformer le caractère de telles négociations (BIT, 1996a, paragraphes 845 et 846).

Ainsi donc, on ne peut déduire des conventions de l’OIT concernant la négociation collective l’obligation formelle de négocier ni celle d’obtenir un résultat (c’est-à-dire un accord). [Je souligne; p. 44-45.]

[250] Dans *Health Services*, la formation majoritaire estime à tort que le droit international permet de conclure au caractère obligatoire de la négociation collective (par. 69-79). La Juge en chef et le juge LeBel affirment avec raison que la négociation collective obligatoire *ne contrevient pas* aux

with the interpretation of s. 2(d). Many positions — including a freedom of association which includes voluntary collective bargaining — are equally, if not more, consistent with international norms. However, the majority in *Health Services* said more than this. It said that Canada's obligations and those international norms imply compulsory collective bargaining more than they imply voluntary associations (para. 72). With respect, international law does not support that conclusion.

(4) Charter Values Cannot Be Invoked to Support Constitutionalizing Collective Bargaining Rights

[251] In its fourth proposition, the majority maintained that the recognition of a good faith collective bargaining right is consistent with and promotes other *Charter* rights, freedoms and values: namely, human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy: see *Health Services*, at para. 81. The majority said that the right promotes human dignity, liberty and autonomy of workers by giving them the opportunity to influence the establishment of workplace rules and thereby to gain a measure of control over a major aspect of their lives, that it enhances equality because it palliates the historical inequality between employers and employees, and that it achieves a form of workplace democracy and ensures the rule of law in the workplace by giving workers a voice to influence the establishment of rules that control major aspects of their lives (paras. 82-85).

[252] A duty to bargain in good faith may achieve those ends. However, either the *Charter* requires something or it does not. The Chief Justice and LeBel J. say that a “value-oriented approach . . . has been repeatedly endorsed by *Charter* jurisprudence over the last quarter century” (para. 96). That may be so, however this value-oriented

normes internationales (par. 95), mais cela n'est d'aucun secours pour interpréter l'al. 2d). Nombre de points de vue — dont celui voulant que la négociation collective volontaire soit comprise dans la liberté d'association — sont tout aussi conformes, sinon plus, aux normes internationales. Cependant, dans *Health Services*, les juges majoritaires vont plus loin : les obligations du Canada et les normes internationales permettent davantage de conclure au caractère obligatoire de la négociation collective qu'au caractère volontaire de l'association (par. 72). En toute déférence, j'estime que le droit international n'étaye pas cette conclusion.

(4) Les valeurs consacrées par la Charte ne peuvent être invoquées à l'appui de la constitutionnalisation du droit à la négociation collective

[251] La quatrième proposition formulée par la formation majoritaire dans *Health Services* veut que la reconnaissance du droit à la négociation collective de bonne foi s'intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la *Charte*, à savoir la dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie (par. 81). La majorité dit qu'un tel droit favorise la dignité humaine, la liberté et l'autonomie des travailleurs en donnant à ces derniers la possibilité d'influer sur l'établissement de règles dans le milieu de travail et d'acquiescer de ce fait un certain pouvoir sur un pan important de leur vie, qu'il favorise l'égalité en palliant l'inégalité de toujours entre employeurs et employés et qu'il permet d'atteindre une certaine démocratie au travail et d'y assurer la primauté du droit en donnant aux travailleurs voix au chapitre pour l'établissement des règles qui régissent des facettes importantes de leur vie (par. 82-85).

[252] L'obligation de négocier de bonne foi peut certes permettre d'atteindre ces objectifs, mais ou bien la *Charte* exige une chose, ou bien elle ne l'exige pas. Aux dires de la Juge en chef et du juge LeBel, « interpréter en fonction des valeurs de la *Charte* les garanties formulées dans celle-ci [. . .] est conforme à la jurisprudence

approach is a means by which courts interpret the *Charter* — a process, as I will now explain, that must begin with the words of the *Charter* itself and must be bound by the normal constraints of legal reasoning and analysis. As Mr. Justice Robert J. Sharpe and Professor Kent Roach say, “[t]he task of *Charter* interpretation has structure and discipline. The first source is obvious — the language of the *Charter* itself” (*The Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2009), at p. 59). The role of the Court is to determine what the *Charter* requires and what it does not and then apply the requirements it finds to the case before it. It is not to simply promote, as much as possible, values that some subjectively think underpin the *Charter* in a general sense.

[253] I agree with the words of Iacobucci J. in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 62, where he wrote “to the extent this Court has recognized a ‘*Charter* values’ interpretive principle, such principle can only receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations” (emphasis deleted). The Court cannot employ a *Charter* values argument to interpret the *Charter* itself so broadly that the interpretation is no longer plausible. As Dickson J. observed, “it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question” (*Big M*, at p. 344). This means, as Professor Hogg says, that even though this Court has adopted a progressive, purposive approach to interpreting the Constitution, courts are not liberated from the “normal constraints of interpretation” (p. 15-50).

[254] Section 2(d) protects the freedom to associate. It does not purport to guarantee the “collective goals” (reasons of the Chief Justice and LeBel J., at para. 46) of the association once formed. The

constitutionnelle des 25 dernières années » (par. 96). Soit, mais c’est suivant cette démarche axée sur les valeurs que les tribunaux interprètent la *Charte* — une démarche qui, comme je vais l’expliquer, doit prendre pour point de départ le libellé de la *Charte* même et être circonscrite par les contraintes normales que constituent le raisonnement et l’analyse juridiques. Comme le disent le juge Robert J. Sharpe et le professeur Kent Roach [TRADUCTION] : « L’interprétation de la *Charte* exige structure et discipline. La première source est évidente — le libellé de la *Charte* même » (*The Charter of Rights and Freedoms* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 59). Le rôle de la Cour est de déterminer ce que la *Charte* exige ou pas et d’appliquer ensuite les exigences, s’il en est, aux faits dont elle est saisie. Il ne s’agit pas simplement de promouvoir, autant que faire se peut, les valeurs perçues subjectivement par certains comme les assises de la *Charte* en général.

[253] Je fais miens les propos suivants du juge Iacobucci dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 62 : « dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des “valeurs de la *Charte*”, ce principe ne s’applique uniquement qu’en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre » (soulignement omis). La Cour ne peut exciper de ces valeurs pour se livrer à une interprétation de la *Charte* elle-même qui est si extensive qu’elle cesse d’être plausible. Comme le fait observer le juge Dickson dans l’arrêt *Big M*, « il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question » (p. 344). Dès lors, selon le professeur Hogg, même si notre Cour a adopté une approche progressive et téléologique pour interpréter la Constitution, les tribunaux demeurent soumis aux [TRADUCTION] « règles habituelles d’interprétation » (p. 15-50).

[254] L’alinéa 2d) protège la liberté d’association; il ne vise pas à garantir les « objectifs collectifs » (motifs de la Juge en chef et du juge LeBel, par. 46) de l’association une fois celle-ci formée.

majority's interpretation in *Health Services* is not plausible because it created a free-standing right to the objectives of employee associations; it created a right which "requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation" and make a "reasonable effort to arrive at an acceptable contract" (paras. 90 and 101). To suggest that s. 2(d) protects the right to equal bargaining power with one's employer or "a form of workplace democracy" takes it far outside its linguistic, philosophical and historical context (para. 85).

[255] I agree that one's work is fundamental to one's identity and well-being and that exerting control over one's working conditions is a desirable goal. However, even assuming that such considerations militate in favour of legislative intervention to empower workers and employee associations, the fact remains that our Constitution leaves the determination as to whether, and to what extent, such intervention is appropriate to Parliament and the provincial legislatures. Section 2(d) is silent on such matters and this Court may not intervene into questions of economic and social policy in the absence of a legislative or constitutional grant of authority.

### C. *The Approach in Health Services Is Unworkable*

[256] Beyond *Health Services'* errors as to the nature of s. 2(d) and its reasons for constitutionalizing a duty to bargain in good faith, the collective bargaining right itself is unworkable for two reasons. First, as found by the Ontario Court of Appeal, the right to collective bargaining imposed by *Health Services* is unworkable unless it is supported by at least two additional elements of Wagner model collective bargaining. Second, the attempt to draw a distinction between the process of good faith bargaining and the fruits of such bargaining is unworkable, as *Health Services* itself demonstrates.

L'interprétation préconisée par les juges majoritaires dans *Health Services* n'est pas plausible parce qu'elle crée un droit autonome aux objectifs d'une association d'employés; elle crée un droit qui « implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs » et fassent « un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable » (par. 90 et 101). Laisser entendre que l'al. 2d) protège le droit de négocier d'égal à égal avec l'employeur ou « une forme de démocratie [. . .] en milieu de travail » (par. 85) fait fi des contextes linguistique, philosophique et historique de la disposition.

[255] Je conviens que le travail soit fondamental à l'identité et au bien-être d'une personne et que le fait d'avoir son mot à dire sur ses conditions de travail puisse être un objectif souhaitable. Toutefois, à supposer même que ces considérations militent en faveur d'une mesure législative ayant pour effet de renforcer la position des associations de travailleurs et d'employés, il demeure que notre Constitution laisse au Parlement et aux législatures provinciales le soin de décider de l'opportunité et de la portée d'une telle mesure. L'alinéa 2d) ne prévoit rien à ce sujet, et notre Cour ne peut s'immiscer dans le domaine de la politique économique et sociale lorsque ni la loi ni la Constitution ne l'y autorisent.

### C. *L'inapplicabilité pratique de l'approche retenue dans Health Services*

[256] Indépendamment des erreurs commises dans cet arrêt quant à la nature de l'al. 2d) et aux motifs de constitutionnaliser l'obligation de négocier de bonne foi, le droit à la négociation collective est lui-même inapplicable en pratique pour deux raisons. Premièrement, comme le conclut la Cour d'appel de l'Ontario, le droit à la négociation collective qu'impose *Health Services* n'est applicable en pratique que s'il est étayé par au moins deux autres éléments du modèle Wagner. Deuxièmement, la distinction que l'on tente d'établir entre le processus de négociation de bonne foi et le résultat d'une telle négociation ne tient pas, ce qui ressort de l'arrêt lui-même.

(1) The Problem of Constitutionalizing One Part of the Wagner Model

[257] In the court below in this appeal, an experienced and eminent labour lawyer and now Chief Justice of Ontario, Winkler C.J.O., took the view that a constitutional right to meaningful collective bargaining must extend to two additional aspects: the principle of majoritarian exclusivity and a mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation and administration of collective agreements. Accordingly, he ordered legislation that would extend the missing protections to agricultural workers:

If legislation is to provide for meaningful collective bargaining, it must go further than simply stating the principle and must include provisions that ensure that the right can be realized. At a minimum, the following statutory protections are required to enable agricultural workers to exercise their right to bargain collectively in a meaningful way: (1) a statutory duty to bargain in good faith; (2) statutory recognition of the principles of exclusivity and majoritarianism; and (3) a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements. [Emphasis added; para. 80.]

Abella J. in her reasons finds that a right to collective bargaining for agricultural workers must include an enforcement and compliance mechanism to resolve bargaining disputes (para. 339) and the statutory recognition of majoritarian exclusivity (para. 343).

[258] Winkler C.J.O. explained that these elements were necessary to a workable system of good faith collective bargaining. He justified adding the mechanism for resolving bargaining impasses by explaining that the bargaining process would be “jeopardized” if the parties had no recourse to a dispute resolution mechanism when faced with fruitless bargaining (para. 82).

[259] Indeed, when a duty is imposed on a party by law, it must be accompanied by sanctions or means of enforcement if there is non-compliance

(1) Le problème de la constitutionnalisation d'un volet du modèle Wagner

[257] Ancien avocat chevronné et émérite en droit du travail, le juge en chef Winkler, de la Cour d'appel de l'Ontario, opine en l'espèce qu'un droit constitutionnel à la négociation collective véritable doit s'accompagner du principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire, ainsi que d'un mécanisme permettant de dénouer les impasses dans les négociations et de résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective. Il appelle donc à l'adoption d'une loi qui accorde aux travailleurs agricoles les protections qui font défaut :

[TRADUCTION] La loi censée accorder le droit à la négociation collective véritable doit non seulement formuler le principe, mais aussi renfermer des dispositions garantissant que ce droit pourra être exercé. Elle doit à tout le moins prévoir les mesures de protection suivantes pour que les travailleurs agricoles puissent exercer véritablement leur droit à la négociation collective : (1) l'obligation de négocier de bonne foi, (2) la reconnaissance des principes du monopole syndical et du vote majoritaire et (3) un mécanisme permettant de dénouer les impasses dans les négociations et de résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective. [Je souligne; par. 80.]

La juge Abella estime pour sa part que le droit à la négociation collective conféré aux travailleurs agricoles doit s'accompagner d'un mécanisme permettant d'assurer l'exécution du contrat et de résoudre les différends (par. 339) et de la consécration légale du monopole syndical conféré par un vote majoritaire (par. 343).

[258] Le juge en chef Winkler explique que ces éléments sont nécessaires à l'applicabilité pratique d'un système de négociation collective de bonne foi. Il justifie l'ajout d'un mécanisme de règlement des différends par le fait que le processus de négociation serait [TRADUCTION] « compromis » si les parties ne disposaient d'aucune issue lorsque les négociations sont dans un cul-de-sac (par. 82).

[259] En effet, lorsque la loi impose une obligation à une partie, elle doit prévoir une sanction ou un moyen d'exécution pour le cas où l'obligation

with the duty. Without sanctions or means of enforcement, compliance with the duty would be, to all intents and purposes, voluntary. This would hardly meet the requirement, according to the Chief Justice and LeBel J., that collective bargaining be mandatory.

[260] Winkler C.J.O. also explained that a collective bargaining process that lacks the feature of majoritarian exclusivity would be “impractical” and lead to “chaos”:

It is impractical to expect employers to engage in good faith bargaining discussions when confronted with a process that does not eradicate the possibility of irreconcilable demands from multiple employee representatives, purporting to simultaneously represent employees in the same workplace with similar job functions. It is not overstating the point to say that to avoid chaos in the workplace to the detriment of the employer and employees alike, it is essential that a representative organization be selected on a majoritarian basis and imbued with exclusive bargaining rights. [para. 92]

[261] Winkler C.J.O.’s concerns present a significant problem that the Chief Justice and LeBel J. do not address in their reasons. They limit constitutionalization to collective bargaining imposing a duty on employers to bargain in good faith. The reasons of the Chief Justice and LeBel J. provide no explanation for why Winkler C.J.O. is wrong. As the majority in *Doucet-Boudreau* said in discussing minority language educational rights: “A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy” (para. 25). I cannot agree that a right can be workable without the imposition of an appropriate remedy.

[262] The Chief Justice and LeBel J. say that “[i]t is premature to argue that the holding in *Health Services*, rendered four years ago, is unworkable in practice” (para. 83). They say that it takes time before the unworkability of a decision emerges. I disagree. Winkler C.J.O.’s conclusion that a constitutional right to meaningful collective bargaining

ne serait pas respectée. À défaut d’une sanction ou d’un moyen d’exécution, le respect de l’obligation devient à toutes fins utiles volontaire, ce qui ne satisfait pas à l’exigence voulant, selon la Juge en chef et le juge LeBel, que le processus de négociation collective soit obligatoire.

[260] Le juge en chef Winkler explique également que sans le principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire, le processus de négociation collective est [TRADUCTION] « irréaliste » et mène au « chaos » :

[TRADUCTION] Il est irréaliste qu’un employeur négocie de bonne foi dans le cadre d’un processus qui n’exclut pas la possibilité de demandes inconciliables présentées par différents représentants qui prétendent simultanément représenter des employés exerçant des fonctions similaires dans un même lieu de travail. Il n’est pas exagéré de dire que pour éviter un chaos qui nuirait tant à l’employeur qu’aux employés, il est essentiel que l’organisation représentative soit élue à la majorité et investie de droits exclusifs de négociation. [par. 92]

[261] Dans leurs motifs, la Juge en chef et le juge LeBel ne tiennent pas compte du grave problème que soulèvent les préoccupations du juge en chef Winkler. Ils ne constitutionnalisent que la négociation collective imposant à l’employeur l’obligation de négocier de bonne foi. Ils n’avancent aucun élément pour réfuter les propos du juge en chef Winkler. Comme l’affirment les juges majoritaires dans l’arrêt *Doucet-Boudreau* au sujet des droits à l’instruction dans la langue de la minorité : « L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours » (par. 25). Je ne saurais convenir qu’un droit est applicable en pratique lorsqu’il peut être bafoué sans qu’il soit possible d’obtenir une réparation appropriée.

[262] Selon la Juge en chef et le juge LeBel, « [i]l est prématuré de conclure à l’inapplicabilité pratique de l’arrêt *Health Services* rendu il y a quatre ans » (par. 83). À leur avis, l’inapplicabilité pratique d’un arrêt ne se fait jour qu’après un certain temps. Je ne suis pas d’accord avec eux. La conclusion du juge en chef Winkler selon

must include constitutionalizing elements of the Wagner model provides strong support for the proposition that, without these protections, compulsory collective bargaining is unworkable.

(2) The Untenable Distinction Between Substance and Process

[263] Unworkability also arises from the majority's instruction in *Health Services* to protect the process of collective bargaining without also protecting its substantive fruits. In *Health Services*, the majority posited that this distinction was entirely possible (para. 29). In my view, this distinction is unworkable because it is impossible to divorce the process of collective bargaining from its substantive outcomes. There are three reasons.

[264] First, as I have already discussed, *Health Services* itself did not respect this distinction since the majority granted constitutional protection to "significant" terms of the collective agreements at issue in that very case. The majority found that the challenged B.C. legislation breached s. 2(d) not just by limiting future bargaining but also by invalidating existing collective agreements and consequently undermining the past bargaining process that formed the basis for these agreements. Therefore, the application of the collective bargaining right in *Health Services* had the result of protecting the substance of those agreements.

[265] Second, the duty to bargain in good faith cannot be described as only a "procedural" guarantee, as the Chief Justice and LeBel J. do in this case and as the majority did in *Health Services*. Recognizing an employee association and requiring the employer to engage in collective bargaining are themselves substantive outcomes for which workers organize. In a labour context, as in other contexts, certain "procedures" are favoured because they are more likely to produce a certain outcome.

laquelle la constitutionnalisation du droit à une véritable négociation collective doit emporter la constitutionnalisation d'autres éléments du modèle Wagner appuie fortement la proposition voulant que la négociation collective obligatoire soit inapplicable en pratique sans ces garanties.

(2) La distinction indéfendable entre la substance et le processus

[263] L'inapplicabilité pratique découle aussi de la décision majoritaire dans *Health Services* de protéger le processus de négociation collective sans étendre cette protection à ses résultats concrets, les juges majoritaires estimant que la distinction est tout à fait possible (par. 29). À mon sens, cette distinction crée un problème insurmontable, car il est impossible de dissocier le processus de négociation collective de son résultat concret, et ce, pour trois raisons.

[264] Premièrement, je le répète, dans *Health Services*, la majorité des juges fait elle-même fi de cette distinction puisqu'elle confère la protection constitutionnelle à d'« importantes » conditions des conventions collectives en cause. Elle conclut que les dispositions législatives britannico-colombiennes contestées contreviennent à l'al. 2d), car non seulement elles limitent les négociations ultérieures, mais elles invalident aussi les conventions collectives existantes et, par conséquent, ébranlent la validité des processus de négociation antérieurs qui ont servi de fondement à la conclusion de ces conventions. L'application du droit à la négociation collective a donc pour effet de protéger la teneur de ces conventions.

[265] Deuxièmement, on ne peut qualifier l'obligation de négocier de bonne foi de simple garantie à caractère « procédural » comme le font la Juge en chef et le juge LeBel en l'espèce et les juges majoritaires dans *Health Services*. Les travailleurs s'unissent dans le but même de faire reconnaître leur association d'employés et d'obliger l'employeur à négocier avec elle. Dans le contexte des relations du travail comme dans d'autres, certaines « procédures » sont privilégiées parce qu'elles ont plus de chances de produire un certain résultat.



[266] The very requirement that the parties engage in collective bargaining tips the economic balance between parties in favour of the workers and, as such, constitutes a particular outcome. Consequently, the act of engaging in the process itself constitutes a concession on the part of the employer. Were it not so, organized labour would have little reason to demand constitutional protection for the “right” to engage in a process of collective bargaining.

[267] In addition to providing the substantive benefit of requiring employers to meet with workers, the duty to bargain in good faith brings other, more specific substantive benefits. As the term is understood in Canadian labour law, the duty to bargain in good faith prohibits an employer from flat out refusing to bargain with the union or from only going to a few cursory meetings: Adams, vol. 2, at p. 10-122. However, it also goes much beyond that. Depending on the circumstances, the duty to bargain in good faith can prohibit an employer from refusing to include or discuss the inclusion of standard industry terms in a collective agreement or, conversely, insisting on the inclusion of a term to the point of impasse: see Adams, vol. 2, at pp. 10-111 to 10-112; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 45, *per* Cory J. It also obligates employers to disclose material information to unions in advance of negotiations: Adams, vol. 2, at pp. 10-124 to 10-128. All of these aspects of the duty to bargain in good faith change these measures and constrain the range of negotiating positions available to the employer and thus have a substantive impact on the terms of employment.

[268] Finally, for a duty to bargain in good faith not to be an illusory benefit, there must be both a way of dealing with bargaining impasses as well as an effective remedy for persistent breaches of a duty to bargain in good faith. The first requires that there be some default mechanism for resolving the dispute in case an impasse is reached — such as striking or binding arbitration — while the second may require, in extreme circumstances, the imposition by an arbitrator of particular terms of

[266] L'obligation même faite aux parties de prendre part à une négociation collective fait pencher la balance économique en faveur des travailleurs et constitue donc un certain résultat. C'est pourquoi en prenant part à la négociation collective, l'employeur fait une concession. Si ce n'était pas le cas, les associations d'employés ne réclameraient pas la protection constitutionnelle du « droit » d'entreprendre un processus de négociation collective.

[267] En plus de conférer l'avantage non négligeable de contraindre l'employeur à rencontrer ses employés, l'obligation de négocier de bonne foi confère d'autres avantages importants plus précis. L'obligation de négocier de bonne foi, au sens où l'entend le droit du travail canadien, empêche l'employeur de refuser catégoriquement de négocier avec le syndicat ou de se contenter d'assister à quelques brèves rencontres : Adams, vol. 2, p. 10-122. Toutefois, elle va aussi beaucoup plus loin. Selon les circonstances, elle peut empêcher l'employeur de refuser d'inclure dans la convention collective des conditions courantes dans le secteur d'activité, voire d'en discuter ou, à l'inverse, d'insister jusqu'à l'impasse pour ajouter une condition : voir Adams, vol. 2, p. 10-111 à 10-112; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 45, le juge Cory. Elle contraint également l'employeur à communiquer des renseignements importants aux syndicats avant les négociations : Adams, vol. 2, p. 10-124 à 10-128. Toutes ces facettes de l'obligation de négocier de bonne foi changent la donne à cet égard et réduisent la marge de manœuvre de l'employeur lors des négociations; elles ont donc une grande incidence sur les conditions d'emploi.

[268] Enfin, pour que l'obligation de négocier de bonne foi ne confère pas seulement un avantage illusoire, il faut à la fois un mécanisme pour sortir les négociations de l'impasse et une réparation en cas de manquements répétés à cette obligation. Ainsi, un mécanisme doit s'appliquer automatiquement pour mettre fin à une impasse — comme la grève ou l'arbitrage exécutoire. Également, dans les cas extrêmes de manquements, un arbitre pourra imposer l'inclusion de conditions précises dans la

a collective agreement: W. B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2nd ed. 2007), at pp. 349-55. Each of these goes well beyond a mere process and results in the protection of a particular substantive outcome.

[269] The majority's inability to separate substance and process, and the consequent constitutionalization of collective bargaining terms demonstrates the unworkability of the distinction between substance and process asserted in *Health Services*. This unworkability is further underlined by the fact that the collective bargaining itself is an outcome for which parties organize and does affect substantive outcomes. For these reasons, as well as the unenforceability of the bare right to good faith bargaining, the ruling in *Health Services* is unworkable.

V. The Charter Protects a Voluntary Association of Workers Whose Objectives Are to Improve Wages and Working Conditions

[270] As I have explained through these reasons, I do not accept that s. 2(d) protects a right to collective bargaining. I am, however, of the view that s. 2(d) does protect a voluntary association of workers who wish to use their associational freedoms to come together and attempt to improve their wages and working conditions.

[271] Under Canadian law, an individual is generally free to bargain with an employer over terms of employment. Because such individual bargaining is generally lawful, it necessarily follows that the decision of individuals to band together to approach their employer must necessarily be protected. The free decisions of individuals to do in association what they can lawfully do alone lies at the very heart of s. 2(d) protection, and it therefore follows that s. 2(d) must protect the decision of individuals to come together, to form a bargaining position and to present a common and united front to an employer.

[272] However, s. 2(d) does not provide greater legal protection to individuals acting in concert

convention collective : W. B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2<sup>e</sup> éd. 2007), p. 349-355. Chacun de ces éléments va bien au-delà du seul processus et aboutit à la protection d'une issue concrète particulière.

[269] L'incapacité de la majorité à dissocier substance et processus, et la constitutionnalisation qui s'ensuit de conditions de la négociation collective font ressortir l'inapplicabilité pratique de la distinction entre la substance et le processus établie dans l'arrêt *Health Services*. Cette inapplicabilité pratique ressort également du fait que la négociation collective en soi constitue un résultat auquel tendent les parties en s'associant et influe sur les résultats concrets. Pour ces motifs, et vu l'impossibilité de faire respecter seulement le droit à la négociation de bonne foi, l'arrêt *Health Services* mène à un cul-de-sac.

V. La Charte protège l'association volontaire des travailleurs aux fins d'améliorer salaires et conditions de travail

[270] Comme je l'explique tout au long des présents motifs, je ne conviens pas que l'al. 2d) protège un droit à la négociation collective. Je suis toutefois d'avis qu'il protège l'association volontaire de travailleurs désireux d'exercer leur liberté associative pour s'unir et tenter d'améliorer leurs salaires et conditions de travail.

[271] En droit canadien, un individu est généralement libre de négocier ses conditions de travail avec un employeur. Puisque la négociation individuelle est généralement licite, il s'ensuit nécessairement que la décision d'individus de s'unir pour s'adresser à l'employeur doit être protégée. Les décisions libres d'individus de faire ensemble ce qu'ils peuvent légalement faire seuls sont au cœur même de la protection prévue à l'al. 2d), de sorte que cet alinéa doit protéger la décision des individus de s'unir, de mettre au point une position de négociation et de présenter un front commun à l'employeur.

[272] Cependant, l'al. 2d) n'accorde pas une protection juridique plus grande aux individus qui

than is afforded to individuals acting alone. While greater economic clout or political power may flow from the very act of association in a way that makes the associational activity “qualitatively” different from the individual activity, the legal rights and freedoms granted to individuals acting in association under s. 2(d) are nonetheless limited to the same rights and freedoms afforded to individuals acting alone.

[273] While s. 2(d) protects the ability of workers to come together and to organize with a view to engaging in collective bargaining with an employer, s. 2(d) does not impose any obligation on an employer to actually negotiate with a group of employees. In the individual case, there is generally no legal obligation on an employer to negotiate with the employee. It is entirely permissible for an employer, in the course of negotiating a new contract with an employee, to make a “take it or leave it” offer to an employee, which the employee may then accept or reject. Such individual agreements are generally left to voluntary negotiation in accordance with the law of contract, subject only to requirements set out in employment standards legislation and other statutes. Thus, just as an employer can decline to meet or negotiate with an individual, so can an employer decline to meet or negotiate with a group of employees.

[274] In my view, a proper application of s. 2(d) provides protection for voluntary associations of workers, but such protection does not involve the constitutionalization of a duty on employers to engage in collective bargaining. Such an approach is, in my view, consistent with the purpose and scope of s. 2(d), the principle of judicial deference in labour relations, and Canada’s labour history and international obligations.

## VI. Summary

[275] Given the length of these reasons thus far, I now provide a summary of the principles discussed above before proceeding to apply these principles in the present case:

agissent de concert qu’à ceux qui agissent individuellement. Bien que le fait même de s’associer puisse accroître le pouvoir économique ou politique, et rendre ainsi l’activité associative « qualitativement » différente de l’activité individuelle, les droits et libertés que garantit l’al. 2d) aux individus agissant de concert se limitent à ceux qui sont garantis aux individus agissant seuls.

[273] Même s’il protège la faculté des travailleurs de s’associer en vue de négocier collectivement avec leur employeur, l’al. 2d) n’oblige pas ce dernier à négocier avec un groupe d’employés. Dans le cas d’un individu agissant seul, l’employeur n’est généralement pas obligé de négocier avec l’employé. L’employeur qui négocie un nouveau contrat avec un employé peut en toute légalité lui faire une offre « à prendre ou à laisser », que l’employé peut accepter ou refuser. En général, une telle entente individuelle est négociée de plein gré conformément au droit contractuel, sous réserve uniquement des exigences prévues par la loi, notamment en matière de normes d’emploi. Partant, comme l’employeur peut refuser de rencontrer un individu ou de négocier avec lui, il peut tout aussi bien refuser de rencontrer un groupe d’employés ou de négocier avec lui.

[274] Selon moi, appliqué correctement, l’al. 2d) protège l’association volontaire de travailleurs, mais de cette protection ne découle pas une obligation constitutionnelle de l’employeur de prendre part à la négociation collective. Cette conclusion me paraît compatible avec l’objet et la portée de l’al. 2d), avec le principe de la déférence judiciaire en droit du travail, ainsi qu’avec l’histoire des relations du travail au Canada et les obligations internationales de notre pays.

## VI. Résumé

[275] Vu la longueur des présents motifs, je résume les principes examinés précédemment avant de les appliquer à la présente espèce :

1. This Court may overrule its own precedents, but it should only do so where there are compelling reasons for doing so. In this case, such compelling reasons exist. *Health Services* involves *Charter* rights that are not susceptible to legislative correction, overruled a line of prior sound decisions, is unworkable and has been the subject of intense academic criticism.
2. *Health Services* erred for three reasons in concluding that s. 2(d) protects collective bargaining and obliges parties to bargain in good faith:
  - a. First, *Health Services* departed from sound principles established in this Court's precedents on the nature and scope of s. 2(d); specifically, it departed from the following five characteristics of s. 2(d):
    - i. The purpose of s. 2(d) is to protect individuals rather than groups *per se*.
    - ii. Section 2(d) protects freedoms not rights.
    - iii. Section 2(d) does not empower the Court to privilege certain associations over others.
    - iv. Section 2(d) does not afford constitutional protection to contracts.
    - v. Section 2(d) is to be interpreted in such a way as to afford deference to the legislative branch in the field of labour relations.
  - b. Second, the reasons advanced in *Health Services* for protecting collective bargaining under s. 2(d) — Canadian labour history, Canada's international obligations, and *Charter* values — do not support conferring a constitutional right to collective bargaining and imposing a
1. Notre Cour peut écarter ses propres précédents, mais ne devrait le faire que si des raisons impérieuses le justifient. C'est le cas en l'espèce. L'arrêt *Health Services* porte sur des droits garantis par la *Charte* qui ne peuvent être modifiés par voie législative, il renverse un courant jurisprudentiel valable, il est inapplicable en pratique et il est vivement critiqué par les auteurs.
2. Dans *Health Services*, la formation majoritaire conclut à tort que l'al. 2d) protège la négociation collective et oblige les parties à négocier de bonne foi, et ce, pour trois raisons :
  - a. Premièrement, l'arrêt *Health Services* rompt avec les principes valables établis dans les décisions antérieures de la Cour sur la nature et la portée de l'al. 2d); plus précisément, il rompt avec les cinq caractéristiques suivantes de cet alinéa :
    - i. L'alinéa 2d) vise à protéger les individus et non les groupements comme tels.
    - ii. Il protège des libertés, et non des droits.
    - iii. Il n'autorise pas la Cour à favoriser certaines associations.
    - iv. Il ne confère pas de protection constitutionnelle aux contrats.
    - v. Dans le domaine des relations du travail, il commande une interprétation déférente à l'endroit du législateur.
  - b. Deuxièmement, les motifs invoqués dans *Health Services* pour faire bénéficier la négociation collective de la protection de l'al. 2d) — l'histoire des relations du travail au Canada, les obligations internationales du pays et les valeurs consacrées par la *Charte* — ne justifient

duty on employers to engage in collective bargaining.

- c. Third, the majority's approach to collective bargaining in particular and s. 2(d) in general articulated in *Health Services* is unworkable. It extends constitutional protection to the duty to bargain in good faith without importing other aspects of the Wagner framework, and by purporting to protect the process of collective bargaining without also protecting its fruits, neither of which is tenable.
3. Section 2(d) protects the ability of individuals to form associations and to do in association what they can lawfully do alone. Because individuals are generally free to bargain with their employer individually, it follows that s. 2(d) must protect the decision of individuals to come together, to form a bargaining position and to present a common and united front to their employers. However, just as an employer is not obliged to bargain with an individual employee, s. 2(d) does not oblige an employer to bargain with a group of employees.

## VII. Application to the Present Case

[276] I agree with the conclusions of the Chief Justice and LeBel J. that the *AEPA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*, but for the reasons I have given. Section 2(d) does not confer a right of collective bargaining; nor does it impose a duty on employers to meet with employees and “consider employee representations in good faith” (para. 104). I agree with Farley J. ((2006), 79 O.R. (3d) 219) that the *AEPA* satisfies all of the concerns raised in *Dunmore*.

[277] On a plain reading of the provisions of the *AEPA* it provides all of the protections which were imposed by this Court in *Dunmore*, but goes no

ni la constitutionnalisation du droit à la négociation collective ni l'obligation des employeurs d'y participer.

- c. Troisièmement, dans *Health Services*, l'interprétation par la majorité des juges de la négociation collective en particulier et de l'al. 2d) en général est inapplicable en pratique. La formation majoritaire accorde la protection constitutionnelle à l'obligation de négocier de bonne foi sans inclure d'autres volets du modèle Wagner et elle entend protéger le processus de négociation collective sans protéger aussi ses fruits; l'un et l'autre sont indéfendables.

3. L'alinéa 2d) protège la faculté des individus de former des associations et de faire collectivement ce qu'ils peuvent légalement faire individuellement. Parce que l'individu est généralement libre de négocier seul avec l'employeur, l'al. 2d) protège la décision d'individus de s'unir, de mettre au point une position de négociation et de présenter un front commun à l'employeur. Toutefois, l'employeur n'étant pas obligé de négocier avec un employé individuel, l'al. 2d) ne l'oblige pas non plus à négocier avec un groupement d'employés.

## VII. Application à l'espèce

[276] Je souscris aux conclusions de la Juge en chef et du juge LeBel portant que la *LPEA* ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*, mais pour les motifs que j'énonce précédemment. L'alinéa 2d) ne confère pas de droit à la négociation collective et n'oblige pas l'employeur à rencontrer les employés et à « examiner de bonne foi les observations de ses employés » (par. 104). Je conviens avec le juge Farley ((2006), 79 O.R. (3d) 219) que la *LPEA* répond à toutes les préoccupations soulevées dans l'arrêt *Dunmore*.

[277] Il appert à la lecture de la *LPEA* qu'elle prévoit toutes les garanties qu'avait exigées la Cour dans l'arrêt *Dunmore*, sans plus. Ce texte législatif

further. It does not provide any right to collective bargaining, or other incidents of *Wagner Act* collective bargaining. Indeed up to this point, the parties and the courts have all proceeded on the basis that the *AEPA* did not include a duty of collective bargaining. The claimants chose to bring this case because in their view, the *AEPA* did not include provisions to enforce a duty of collective bargaining on agricultural employers. Based on this Court's ruling in *Dunmore* that s. 2(d) did not create a right of collective bargaining, Farley J. ruled that the *AEPA* did not violate the *Charter*. *Health Services* subsequently expanded the scope of s. 2(d) to constitutionalize the right to collective bargaining. Thus the Court of Appeal was obliged to and did find that the *AEPA* was no longer *Charter* compliant. Both of these conclusions were entirely consistent with the text of the *AEPA* and the parties' understanding that the *AEPA* did not include a duty of collective bargaining on agricultural employers.

[278] By enacting the *AEPA*, the legislature precisely addressed this Court's ruling in *Dunmore*. The text, context and purpose of the *AEPA* clearly demonstrate that the legislature intentionally opted not to include a duty on employers to engage in collective bargaining with employee associations.

[279] Nonetheless, the Chief Justice and LeBel J. say that s. 5 of the *AEPA* can be read as imposing a duty to bargain in good faith (para. 107), which would render the statute constitutional. They argue that the words of s. 5 are ambiguous and that the interpretive tools of purposive interpretation, the presumption of consistency with the *Charter*, and reference to legislative debates lead to this conclusion. Like my colleagues Deschamps J. and Abella J., I cannot agree.

[280] The words of s. 5 are unambiguous. The relevant portions of s. 5 are subsections (1), (5), (6) and (7).

ne confère aucun droit à la négociation collective ni ne reprend d'autres éléments relatifs à cette activité issus de la *Loi Wagner*. En effet, jusqu'à maintenant, les parties et les tribunaux saisis ont tous considéré que la *LPEA* n'imposait pas d'obligation de négocier collectivement. Les demandeurs ont intenté leur recours parce que, selon eux, la *LPEA* ne comprend aucune disposition qui contraigne l'employeur agricole à la négociation collective. S'appuyant sur la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Dunmore*, à savoir que l'al. 2d) ne crée pas de droit à la négociation collective, le juge Farley statue que la *LPEA* ne contrevient pas à la *Charte*. Dans l'arrêt *Health Services*, subséquent à *Dunmore*, la majorité des juges élargit la portée de l'al. 2d) afin de constitutionnaliser le droit à la négociation collective. Dès lors, la Cour d'appel n'avait d'autre choix que de conclure que la *LPEA* n'était plus conforme à la *Charte*. Ces deux conclusions correspondaient en tous points au libellé de la *LPEA* et à l'interprétation des parties selon laquelle la Loi n'oblige pas l'employeur du secteur agricole à négocier avec ses employés regroupés au sein d'une association.

[278] La *LPEA* donne précisément suite à l'arrêt *Dunmore*. Il ressort du texte, du contexte et de l'objet de cette loi que le législateur a délibérément choisi de ne pas obliger l'employeur à négocier avec une association d'employés.

[279] Néanmoins, selon la Juge en chef et le juge LeBel, l'interprétation de l'art. 5 de la *LPEA* permet de conclure qu'il impose une obligation de négocier de bonne foi (par. 107), qui aurait pour effet de rendre la loi constitutionnelle. Ils font valoir une ambiguïté dans le libellé de cette disposition et soutiennent que les outils d'interprétation que sont la méthode téléologique, la présomption de conformité à la *Charte* et les débats législatifs appuient une telle conclusion. Comme mes collègues les juges Deschamps et Abella, je ne suis pas de cet avis.

[280] Le libellé de l'art. 5 ne comporte aucune ambiguïté. Les paragraphes (1), (5), (6) et (7) de l'art. 5 sont pertinents :

5. (1) The employer shall give an employees' association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

(5) The employees' association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

These words could not be clearer: they provide employee associations the opportunity to make representations to an employer. The only obligation on an employer is to provide the employee association with the opportunity to make representations and to listen if they are oral or read and acknowledge them if they are written.

[281] The words “listen to” or “read” and “give the association a written acknowledgment” are not ambiguous. This Court’s approach to statutory interpretation has long held that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983)). To say that the words “listen to” or “read” and “give the association a written acknowledgment” are ambiguous would be to ignore the grammatical and ordinary sense of the words, and the purpose of the *AEPA*, and would manufacture ambiguity where none exists.

[282] Professor Sullivan observes that “[i]t is presumed that the ordinary meaning of legislation is the most appropriate or ‘intended’ meaning” unless there is a reason to reject that meaning (*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 34). As Professor

5. (1) Un employeur donne à une association d’employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d’emploi d’un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(5) L’association d’employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L’employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l’employeur informe l’association d’employés par écrit qu’il les a lues.

Le texte de l’art. 5 ne pourrait être plus clair : il donne à une association d’employés l’occasion de présenter ses observations à l’employeur. Ce dernier est uniquement contraint à donner à l’association d’employés l’occasion de présenter des observations et à les écouter lorsqu’elles sont présentées oralement ou à les lire et à informer l’association qu’il les a lues lorsqu’elles sont présentées par écrit.

[281] L’emploi des mots « écouter », « lire » et « informer l’association d’employés par écrit » est non équivoque. En matière d’interprétation législative, la Cour suit de longue date le principe selon lequel « 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 » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant Elmer Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983)). Affirmer que les mots « écouter », « lire » et « informer l’association d’employés par écrit » sont ambigus revient à faire fi de leur sens ordinaire et grammatical et de l’objet de la *LPEA* et à créer de toutes pièces de l’ambiguïté.

[282] Comme le fait remarquer le professeur Sullivan [TRADUCTION] « [i]l est présumé que le sens ordinaire de la loi est le plus approprié, ou le sens “recherché” », à moins qu’une raison ne justifie de l’écarter (*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 34).

Hogg, A. A. Bushell Thornton and W. K. Wright, write in “*Charter Dialogue Revisited — Or ‘Much Ado About Metaphors’*” (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 12:

A broader general rule, requiring the courts to stretch the plausible interpretation of a statute in order to bring it into conformity with the *Charter*, “would wrongly upset the dialogic balance.” When a statute is unambiguous, courts should give effect to the clearly expressed legislative intent, even if it leads to the conclusion that the statute was unconstitutional and should be struck down for breach of the *Charter*.

In this case, there is nothing in the *AEPA* that suggests that there is a reason to depart from the ordinary and grammatical sense of the words.

[283] It is true, as my colleagues say, that the words “listen to” and “read” and “give the association a written acknowledgment” neither impose nor preclude a duty to bargain in good faith. However, this does not lead to ambiguity. A duty to bargain in good faith, as discussed above, is a term of art in labour law that carries with it a complex series of reciprocal rights and obligations (see Adams, vol. 2, at pp. 10-111 to 10-112, 10-122, and 10-124 to 10-128). Where good faith bargaining is protected by statute it is explicitly included: see, e.g., s. 17 of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, which requires that parties “shall bargain in good faith and make every reasonable effort to make a collective agreement”. To simply imply the existence of a set of statutory rights by the absence of a well-known term of art stretches the interpretive exercise beyond its breaking point.

[284] The Chief Justice and LeBel J. say that “[t]here can only be one purpose for requiring the employer to listen to or read employee representations — to assure that the employer will in fact consider the employee representations” (para. 103). They argue that this leads to the conclusion that s. 5 includes a duty on employers to engage in collective bargaining with employee associations.

Le professeur Hogg, A. A. Bushell Thornton et W. K. Wright écrivent dans « *Charter Dialogue Revisited — Or “Much Ado About Metaphors”* » (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 12 :

[TRADUCTION] Une règle générale élargie, obligeant les tribunaux à prêter à une loi une interprétation d’une plausibilité douteuse afin d’en assurer la conformité à la *Charte*, « perturberait à tort l’équilibre dialogique ». En l’absence d’ambiguïté, les tribunaux doivent donner effet à l’intention manifeste du législateur, même si cela doit mener à la conclusion que la loi est inconstitutionnelle et devrait être invalidée pour contravention à la *Charte*.

En l’espèce, rien dans la *LPEA* ne justifie que l’on s’écarte du sens ordinaire et grammatical des mots.

[283] Il est vrai, et je partage l’avis de mes collègues à ce sujet, que les mots « écouter », « lire » et « informer l’association d’employés par écrit » n’ont pour effet ni d’imposer, ni d’exclure une obligation de négocier de bonne foi. Cependant, il n’en découle pas d’ambiguïté. L’obligation de négocier de bonne foi, une notion appartenant au droit du travail, emporte une série de droits et d’obligations réciproques (voir Adams, vol. 2, p. 10-111 à 10-112, 10-122, et 10-124 à 10-128). Les lois qui reconnaissent l’obligation de négocier de bonne foi la prévoient expressément : par exemple, voir l’art. 17 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, aux termes duquel les parties « négocient de bonne foi et font des efforts raisonnables afin de parvenir à une convention collective ». Supposer simplement qu’une loi crée un ensemble de droits si l’on n’y trouve pas un terme technique bien connu repousse l’exercice d’interprétation au-delà des limites permises.

[284] De l’avis de la Juge en chef et du juge LeBel, « [u]ne seule explication peut être trouvée à l’obligation imposée à l’employeur d’écouter ou de lire les observations présentées par les employés [. . .] [L]’employeur doit examiner les observations » (par. 103). Ce qui leur permet de conclure que l’art. 5 oblige l’employeur à participer à la négociation collective avec l’association d’employés.



[285] The purpose of the *AEPA* is set out expressly in s. 1:

1. (1) The purpose of this Act is to protect the rights of agricultural employees while having regard to the unique characteristics of agriculture, including, but not limited to, its seasonal nature, its sensitivity to time and climate, the perishability of agricultural products and the need to protect animal and plant life.

(2) The following are the rights of agricultural employees referred to in subsection (1):

1. The right to form or join an employees' association.
2. The right to participate in the lawful activities of an employees' association.
3. The right to assemble.
4. The right to make representations to their employers, through an employees' association, respecting the terms and conditions of their employment.
5. The right to protection against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights.

[286] Nothing in the explicit s. 1 purpose supports the view that agricultural employees have a right to require agricultural employers to engage in collective bargaining.

[287] My colleagues ask what purpose there could be to requiring employers to listen to or read employee representations if not to respond to them. The answer is that the purpose is what the words say it is — to give employees the opportunity to more effectively put forward their representations by allowing them to do so collectively, rather than acting individually. Given the unique nature of the agricultural industry as recognized in s. 1, an employer is at liberty to respond or not. With respect, my colleagues interpretation of the words, “listen to” or “read” or “give the association a written acknowledgment” as including a duty on employers to engage in collective bargaining does not accord with the purpose as expressed by the plain language of the *AEPA*.

[285] La *LPEA* énonce expressément son objet à l'article premier :

1. (1) La présente loi a pour objet de protéger les droits des employés agricoles tout en tenant compte des caractéristiques propres à l'agriculture, notamment son caractère saisonnier, sa vulnérabilité au temps et au climat, la nature périssable des produits agricoles et la nécessité de protéger la vie animale et végétale.

(2) Les droits des employés agricoles visés au paragraphe (1) sont les suivants :

1. Le droit de former une association d'employés ou d'adhérer à une telle association.
2. Le droit de participer aux activités légitimes d'une association d'employés.
3. Le droit de réunion.
4. Le droit de présenter des observations à leurs employeurs, par l'intermédiaire d'une association d'employés, au sujet de leurs conditions d'emploi.
5. Le droit d'exercer leurs droits sans crainte d'ingérence, de contrainte ou de discrimination.

[286] Aucun élément de l'article premier ne permet de conclure que des employés agricoles peuvent exiger de leur employeur qu'il négocie avec eux collectivement.

[287] Mes collègues se demandent à quoi bon exiger de l'employeur qu'il écoute ou lise les observations des employés si ce n'est pour qu'il y réponde. Le libellé de la loi est clair — donner aux employés l'occasion de faire valoir leurs observations plus efficacement en leur permettant de le faire collectivement plutôt qu'individuellement. Compte tenu des caractéristiques propres au secteur agricole reconnues à l'article premier, l'employeur a la liberté de répondre ou non. Malgré le respect que je dois à mes collègues, leur interprétation selon laquelle les mots « écouter », « lire » et « informer l'association d'employés par écrit » obligent l'employeur à prendre part à la négociation collective ne respecte pas l'intention qui se dégage du libellé clair de la *LPEA*.

[288] Finally, the Chief Justice and LeBel J. say that when the government of Ontario introduced the *AEPA* it intended the legislation to provide protection for collective bargaining. They base their view on a statement made by the Minister (at the time) that the Act was meant to meet the obligations set by this Court in *Dunmore*. They say because the Minister used the word “meaningful” she intended that the *AEPA* would protect collective bargaining, as the majority of this Court deemed necessary in *Health Services*. They say this despite the fact that *Health Services* had not yet been written or even argued before this Court. They say this despite an explicit statement made by the Minister, which they quote at para. 106, that stated that the *AEPA* was not intended to “extend collective bargaining to agricultural workers”. They suggest that the Minister was only disclaiming *Wagner Act* collective bargaining, rather than collective bargaining as they frame the term (*ibid.*).

[289] As with the words of the *AEPA*, I read the words of the Minister plainly as presented. The comments quoted by the Chief Justice and LeBel J. indicate that the *AEPA* was intended to meet the obligations in *Dunmore*, which did not include an obligation on employers to engage in collective bargaining. Given the absence of any requirement for collective bargaining in either *Dunmore* or the *AEPA* the Minister’s comments support a plain reading of s. 5 as imposing only a duty to “listen to” or “read” the representations and “give the association a written acknowledgment” if the representations are made in writing.

[290] As the Chief Justice and LeBel J. are of the view that agricultural employers in Ontario have a duty of collective bargaining, the appropriate remedy would have to be a declaration that the *AEPA* is unconstitutional in its present form and expressly reading in words empowering the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal to order employers to engage in collective bargaining. With respect, my colleagues’ approach goes beyond the normal constraints of statutory interpretation; it amounts to an implied reading into the *AEPA* the duty of collective bargaining without declaring the

[288] Enfin, la Juge en chef et le juge LeBel affirment que le législateur ontarien a adopté la *LPEA* pour protéger le processus de négociation collective. Ils se fondent sur une déclaration de la ministre responsable (de l’époque) selon laquelle cette loi devait respecter les exigences énoncées par la Cour dans *Dunmore*. Selon eux, en précisant qu’il fallait que la liberté [TRADUCTION] « ait un sens », la ministre voulait protéger la négociation collective, comme la formation majoritaire l’avait jugé nécessaire dans *Health Services*. Ils tiennent ce propos malgré le fait que *Health Services* n’avait pas encore été rendu, ni même plaidé dans notre Cour, et malgré la déclaration explicite de la ministre, qu’ils citent au par. 106, voulant que la *LPEA* ne vise pas [TRADUCTION] « l’application de la négociation collective aux travailleurs agricoles ». Ils laissent entendre que la ministre excluait la conception de la négociation collective découlant de la *Loi Wagner*, et non la négociation collective au sens où ils l’entendent (*ibid.*).

[289] À mon avis, les termes employés par la ministre, comme ceux de la *LPEA*, sont énoncés clairement. Les passages cités par la Juge en chef et le juge LeBel révèlent que la *LPEA* visait à traduire les obligations imposées par l’arrêt *Dunmore*, qui n’astreignait pas l’employeur à prendre part à la négociation collective. Puisque ni cet arrêt, ni la *LPEA* ne prévoient une telle obligation, les remarques de la ministre appuient une interprétation littérale de l’art. 5, à savoir que l’employeur doit seulement « écouter » ou « lire » les revendications et « informe[r] l’association d’employés par écrit » si elles sont présentées par écrit.

[290] Dans la mesure où la Juge en chef et le juge LeBel estiment que l’employeur agricole, en Ontario, est tenu de négocier avec ses employés collectivement, la réparation appropriée devrait être de déclarer inconstitutionnelle la *LPEA* dans son libellé actuel et d’ajouter expressément un texte autorisant le Tribunal d’appel de l’agriculture, de l’alimentation et des affaires rurales à obliger l’employeur à négocier avec ses employés collectivement. En toute déférence, j’estime que la démarche de mes collègues va au-delà des règles habituelles d’interprétation; elle revient à inscrire dans la

Act unconstitutional. The remedial approach of the Chief Justice and LeBel J. is, in my respectful view, entirely novel and unprecedented.

[291] As I have explained earlier, the proper judicial approach in matters of labour relations law is deference to the legislature. The imposition of a duty to bargain in good faith, like many other aspects of labour relations law, has the potential to reshape the economic landscape of entire industries by strengthening the position of organized labour. Such an outcome may be desirable, but the courts are not well suited to determining whether or not it is. Decisions of this kind require a balancing of interests rather than the application of legal principles, and they are best made after having consulted with and receiving representations from the various stakeholders whose livelihoods and economic interests are likely to be affected. Courts do not have the expertise or the institutional capacity to undertake such a process and thus are not well equipped to make an informed decision. If a duty to bargain in good faith is to be imposed, it should be by the legislature and not the court.

[292] The Chief Justice and LeBel J. say that the freedom to engage in a coordinated attempt to negotiate with one's employer is "meaningless" if it is not backed up by a reciprocal duty on the part of the employer. I cannot agree. The right to make representations in association is not meaningless. It is meaningful because of the increased persuasive weight carried by collective representations rather than individual representations. Indeed political parties are formed on this precise premise. As Le Dain J. noted in the *Alberta Reference*, at p. 391:

... the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted. . . . It is a freedom that has been suppressed in varying degrees from time to time by totalitarian regimes.

*LPEA* l'obligation implicite de négocier collectivement sans déclarer la loi inconstitutionnelle. À mon humble avis, la réparation que préconisent la Juge en chef et le juge LeBel est tout à fait nouvelle et inédite.

[291] Comme je l'explique précédemment, les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'endroit du législateur en matière de relations de travail. L'imposition d'une obligation de négocier de bonne foi, comme bien d'autres volets du droit du travail, risque de modifier le contexte économique de secteurs d'activité en entier en renforçant la position des associations d'employés. Un tel résultat est peut-être souhaitable, mais les tribunaux ne sont pas à même d'en décider. Ce genre de décision nécessite une pondération d'intérêts plutôt qu'une application de principes juridiques, et il est préférable de trancher après consultation des divers intéressés dont le gagne-pain et les intérêts économiques sont susceptibles d'être touchés, et après examen de leurs observations. Les tribunaux n'ont ni l'expertise ni les moyens organisationnels requis pour entreprendre une telle démarche et ils ne sont donc pas à même d'arriver à une décision éclairée. Si l'obligation de négocier de bonne foi doit être imposée, elle doit l'être par le législateur et non par une cour de justice.

[292] La Juge en chef et le juge LeBel affirment que la liberté de tenter collectivement de négocier avec l'employeur est « vide de sens » si elle ne se double pas d'une obligation réciproque faite à ce dernier. Je ne suis pas d'accord. Le droit de s'associer pour présenter des observations n'est pas dépourvu de sens. Au contraire, il est réel, car les observations présentées collectivement ont une plus grande force persuasive que celles présentées individuellement, ce qui explique d'ailleurs l'existence de partis politiques. Comme le fait observer le juge Le Dain dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 391 :

... la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise. [. . .] C'est une liberté qui a été plus ou moins supprimée à l'occasion par des régimes totalitaires.

[293] Canadians are accustomed to sound government and the respect for our personal liberties. For this reason, basic freedoms that are essential to the preservation of an open and democratic society may come to be taken for granted and their constitutional protection thought of as meaningless. However, freedom, unconstrained by oppressive government, is, indeed, more than meaningful. It is invaluable.

[294] Accordingly, on the matter of s. 2(d) of the *Charter*, I find that I cannot agree with the Chief Justice and LeBel J.

[295] I am in agreement with the Chief Justice and LeBel J. as to their disposition of the issues under s. 15. On the record before this Court, the category of “agricultural worker” does not rise to the level of an immutable (or constructively immutable) personal characteristic of the sort that would merit protection against discrimination under s. 15.

#### VIII. Conclusion

[296] For these reasons, I would dispose of the constitutional questions in the same way as the Chief Justice and LeBel J., allow the appeal and restore the judgment of Farley J.

The following are the reasons delivered by

[297] DESCHAMPS J. — Canadian labour law is not static. Over the years, some of the changes in this field have been reflected in judicial decisions, such as those on freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, fed expectations, but it also caused some bewilderment. More importantly, it generated an unnecessary debate about whether a duty to bargain in good faith has been imposed on employers. I will begin by demonstrating why, in my view, the case at bar can and should be resolved on the basis of the answers this Court actually gave to the questions raised in *Health Services*, in which

[293] Bon gouvernement et respect des libertés individuelles vont de soi pour les Canadiens. C’est pourquoi il peut arriver que les libertés fondamentales essentielles à la préservation d’une société ouverte et démocratique ne soient pas appréciées à leur juste valeur et que leur protection constitutionnelle paraisse dépourvue de sens. Toutefois, la liberté dont l’exercice n’est pas entravé par un gouvernement oppressif est non seulement réelle, elle est inestimable.

[294] Par conséquent, en ce qui concerne l’al. 2d) de la *Charte*, je ne peux me rallier à mes collègues la Juge en chef et le juge LeBel.

[295] Je souscris à leur décision quant à ce qui relève de l’application de l’art. 15. Au vu du dossier, la fonction de « travailleur agricole » ne confère pas une caractéristique personnelle immuable (ou considérée comme immuable) justifiant la protection contre la discrimination garantie à l’art. 15.

#### VIII. Conclusion

[296] Pour ces motifs, je suis d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que l’ont fait la Juge en chef et le juge LeBel, d’accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge Farley.

Version française des motifs rendus par

[297] LA JUGE DESCHAMPS — Le droit canadien du travail n’est pas immuable. Au fil des ans, son évolution est reflétée dans la jurisprudence, par exemple dans les décisions portant sur la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, a nourri des attentes, mais il a aussi causé un certain étonnement. Mais surtout, il a suscité un débat inutile quant à savoir si l’employeur avait désormais l’obligation de négocier de bonne foi. Je vais d’abord démontrer pourquoi, à mon avis, le présent litige peut et devrait être tranché à partir des réponses effectivement

the issue of an employer's duty to bargain in good faith was not even raised. I will then briefly explain why I am of the view that the analytical framework articulated by the Court in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, should be limited to the context of that case.

### I. Interpreting *Health Services*

[298] When the case at bar was heard by the Ontario Superior Court of Justice ((2006), 79 O.R. (3d) 219), this Court's judgment in *Health Services* had not yet been released. The issue put to Farley J. at that time was whether the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 ("AEPA"), was consistent with this Court's decision in *Dunmore*. *Health Services* was released after Farley J.'s judgment, but before the Court of Appeal heard the appeal in the case at bar (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). As a result of comments made by the majority in *Health Services*, the case proceeded down a completely different path in the Court of Appeal, where the issue was whether union exclusivity, majoritarianism and mechanisms for resolving bargaining impasses and disputes — all parts of the "Wagner model" on which Canadian labour law statutes are based — were required by the *Charter*.

[299] At first glance, the Ontario Court of Appeal's affirmative response to this question is so far removed from any conclusion reached in *Health Services* that it seems surprising. After all, the majority in *Health Services* made it crystal clear that no specific model of labour relations is protected by s. 2(d) of the *Charter*, as they said: "... the right is to a general process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method" (para. 91). By so stating, the majority of this Court were indicating that the Wagner model is not enshrined in the *Charter*. However, considering the predominance of the Wagner model in Canadian labour law, it is easy to see how Winkler C.J.O. reached

données par notre Cour aux questions soulevées dans *Health Services*, un dossier où l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi n'avait même pas été alléguée. Ensuite, j'expliquerai brièvement les raisons pour lesquelles j'estime qu'il faut limiter l'application du cadre analytique établi par la Cour dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, au contexte de cette affaire.

### I. Interprétation de l'arrêt *Health Services*

[298] Le juge Farley de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ((2006), 79 O.R. (3d) 219) a entendu l'affaire avant que notre Cour ait rendu l'arrêt *Health Services*. Il était alors appelé à décider si la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« LPEA »), était conforme à l'arrêt *Dunmore*. Le jugement dans l'affaire *Health Services* a été rendu après la décision du juge Farley, mais avant l'audition devant la Cour d'appel dans la présente affaire (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). En raison de certaines observations des juges majoritaires dans *Health Services*, le débat en Cour d'appel a pris une tournure complètement différente. Le débat a porté sur la question de déterminer si la *Charte* consacre le monopole d'un syndicat et le vote majoritaire et si elle exige des mécanismes permettant de dénouer les impasses et de résoudre les différends — trois éléments du « modèle Wagner » qui constitue l'assise des lois du travail au Canada.

[299] Au premier coup d'œil, la réponse affirmative de la Cour d'appel de l'Ontario a si peu à voir avec quelque conclusion tirée dans *Health Services* qu'elle en est surprenante. Après tout, il ressort on ne peut plus clairement de cet arrêt que l'al. 2d) de la *Charte* ne protège pas un modèle particulier de relations du travail. Pour reprendre les propos des juges majoritaires dans cette affaire : « [l'al. 2d)] confère le droit de participer à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation » (par. 91). Ils précisent donc que la *Charte* ne consacre pas le modèle Wagner. Or, vu la prédominance de ce modèle en droit canadien du travail, on peut

the conclusion that the majority in *Health Services* must have been contemplating exclusivity, majoritarianism and mechanisms for resolving bargaining impasses and disputes at the same time as they discussed the duty to bargain in good faith. In my view, the holding in *Health Services* does not have the broad scope being attributed to it by the majority in the case at bar and, in particular, does not extend to imposing a duty on employers to bargain in good faith. I find that the *AEPA* is consistent with this Court's conclusion in *Dunmore* and would therefore allow the appeal, but for different reasons than the majority.

[300] My reading of *Health Services* is that it represents a step forward in the recognition of collective activities: joining individual voices through collective bargaining to achieve common goals is protected by the *Charter*. In that case, I endorsed the view, which I still hold, that:

- (1) the constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment;
- (2) the right is to a process of collective bargaining — it does not guarantee a certain substantive or economic outcome or access to any particular statutory regime; and
- (3) the right places constraints on the exercise of legislative powers in respect of the collective bargaining process. [para. 174]

[301] This incremental interpretation of s. 2(d) of the *Charter* was sufficient to dispose of the questions raised in *Health Services* and is also sufficient to dispose of those raised in this appeal. It leaves it up to the legislatures to make the difficult policy choices that must be made in order to achieve economic balance in labour law. This interpretation is also consistent with the restraint courts show in resolving the issues raised by the parties before them. The approach should not differ in cases involving constitutional interpretation.

facilement expliquer la conclusion du juge en chef Winkler, à savoir que les juges majoritaires dans *Health Services*, lorsqu'ils ont examiné l'obligation de négocier de bonne foi, ont dû envisager le monopole d'un syndicat, le vote majoritaire et les mécanismes permettant de dénouer les impasses et de résoudre les différends. À mon avis, la décision rendue dans *Health Services* n'a pas la vaste portée que lui attribuent les juges majoritaires en l'espèce, et, tout particulièrement, elle n'a pas pour effet d'étendre aux employeurs l'obligation de négocier de bonne foi. J'estime que la *LPEA* respecte la conclusion de la Cour dans *Dunmore* et je suis aussi d'avis d'accueillir l'appel, mais pour d'autres motifs que les juges majoritaires.

[300] Selon moi, l'arrêt *Health Services* représente une étape importante dans la reconnaissance des activités collectives : la *Charte* protège le regroupement de voix individuelles par la négociation collective en vue de la réalisation d'objectifs communs. J'y exprimais l'avis suivant, auquel j'adhère toujours :

- (1) Le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail.
- (2) Il s'agit d'un droit à un processus de négociation collective — il ne garantit pas l'atteinte de résultats quant au fond de la négociation ou à ses effets économiques ni l'accès à un régime légal précis.
- (3) Le droit en cause restreint le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective. [par. 174]

[301] Cette interprétation évolutive de l'al. 2d) de la *Charte* suffisait pour trancher le litige dans *Health Services*, et elle suffit aussi en l'espèce. Elle laisse le soin au législateur de faire les choix politiques difficiles qui s'imposent pour établir un équilibre entre les forces économiques qui s'opposent en droit du travail. Elle est également empreinte de la déférence dont font preuve les tribunaux pour trancher les questions que soulèvent les parties, une déférence qui demeure de mise en matière d'interprétation constitutionnelle.

[302] As the majority in the instant case note (at para. 80), in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, LeBel J. acknowledged the existence of a judicial policy of non-intervention in labour relations. He made the following comment in that case:

Looking back over nearly 20 years of the application of the *Charter*, it is clear that this Court has been reluctant to accept that the whole field of labour relations should fall under the constitutional guarantee of s. 2(d). The law of collective bargaining, as it has developed in Canada since the Depression beginning in 1929 and the Second World War, as well as union and employer conflicts like strikes and lockouts, have been left largely to legislative control based on government policy. Laws restricting the choice of a bargaining agent or forbidding strikes and lockouts were deemed not to engage the guarantee of freedom of association as such. The social and economic balance between employers and their collective unionized employees was viewed as a question of policy making and management of sharply conflicting interests. Thus, it was thought more appropriate to leave the resolution of such conflicts and the policy choices they required to the political process. [para. 156]

Where the economic balance is concerned, I share the view expressed by LeBel J. in *Advance Cutting*:

Legislatures are entitled to a substantial, though not absolute, degree of latitude and deference, to settle social and economic policy issues (*RJR-MacDonald*, at para. 134, *per* McLachlin J.). Courts should be mindful to avoid second-guessing legislatures on controversial and complex political choices (*M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 79, *per* Cory and Iacobucci JJ.). As discussed above, the jurisprudence acknowledges that legislative policy-making in the domain of labour relations is better left to the political process, as a general rule. [para. 257]

[303] An approach to constitutional interpretation similar to the one I set out above would have ensured a softer landing for *Health Services*. I readily acknowledge that the commentary on that decision was not unanimous. The Chief Justice and LeBel J. refer to the authors whose comments were mostly favourable, while Rothstein J. refers to those who were mostly unfavourable. I disagree

[302] Comme le font remarquer les juges majoritaires dans le présent dossier (par. 80), dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, le juge LeBel reconnaît l'existence d'un principe de non-intervention des tribunaux dans les relations du travail :

Il ressort clairement de l'examen de l'application de la *Charte*, sur près de 20 ans, que notre Cour hésite à accepter que l'ensemble du domaine des relations du travail soit visé par la garantie constitutionnelle de l'al. 2d). Le droit de la négociation collective, tel qu'il a évolué au Canada, depuis la Dépression qui commença en 1929 et la Seconde Guerre mondiale, de même que les conflits entre syndicats et employeurs, comme les grèves et les lock-out, ont été laissés dans une large mesure au contrôle du législateur, fondé sur les orientations de la politique gouvernementale. Les lois restreignant le choix de l'agent négociateur ou interdisant les grèves et les lock-out étaient réputées ne pas mettre en jeu la garantie de liberté d'association en soi. L'équilibre social et économique entre les employeurs et leurs employés syndiqués était considéré comme un problème d'élaboration de politiques publiques et de gestion d'intérêts nettement divergents. On a donc jugé préférable de laisser au processus politique le règlement de ces conflits et les choix de politique que ceux-ci exigeaient. [par. 156]

Au sujet de l'équilibre économique, je fais mienne l'opinion du juge LeBel dans ce même arrêt :

Le législateur a droit à un degré de latitude et de retenue important, mais pas absolu, de la part des tribunaux pour régler les questions de politique sociale et économique (*RJR-MacDonald*, par. 134, le juge McLachlin). Les tribunaux doivent se garder de se substituer, après coup, aux législateurs relativement à leurs choix politiques controversés et complexes (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 79, les juges Cory et Iacobucci). Comme je l'ai mentionné précédemment, la jurisprudence reconnaît qu'il vaut généralement mieux laisser au processus politique le soin d'élaborer les principes directeurs en matière de législation dans le domaine des relations du travail. [par. 257]

[303] Si dans *Health Services* les juges majoritaires avaient eu recours à une interprétation constitutionnelle semblable à celle que je décris ci-dessus, leur décision n'aurait pas suscité tant de controverse. Je reconnais d'emblée que les critiques dont a fait l'objet la décision ne sont pas unanimes. La Juge en chef et le juge LeBel renvoient aux auteurs dont les commentaires sont favorables dans l'ensemble, et le

with the expansive approach taken by the majority in the case at bar and with the use they make of *Health Services*. A more prudent approach, one that would be consistent with this Court's jurisprudence on s. 2(d) and with the issues the Court actually considered in that case, would be to restrict the *ratio* of *Health Services* to the questions actually raised and the answers actually given in that case.

[304] In *Health Services*, the claimants asked this Court to declare that the government had interfered with their right to unite to achieve common goals. While they recognized that under most Canadian labour law statutes, employers had an obligation to bargain in good faith, the claimants were not seeking a declaration characterizing this obligation as a constitutional one. Neither the British Columbia Supreme Court nor the Court of Appeal dealt with a duty on employers to bargain in good faith, because this subject was quite simply not raised. Indeed, it was in its legislative capacity — not as an employer — that the government had interfered with the employee's rights. Therefore, the majority in *Health Services* did not need to comment on or make findings in respect of whether the government, as an employer, had a duty to negotiate in good faith. There was thus no need to *impose* a *Charter*-based *duty* to bargain on employers. *A fortiori*, there was no need to import, together with this duty, the *good faith* element that is one of the hallmarks of the Wagner model and that inevitably entails a number of statutory components. I cannot therefore agree with the majority in the case at bar that *Health Services* imposes constitutional duties "on governments as employers" (para. 73).

[305] All that was required by the questions raised in *Health Services* was a finding that since the employees had a constitutional right to engage in associational activities and act in common to reach common goals, the legislature could not interfere with their right (i) by prohibiting them from

juge Rothstein, à ceux dont les opinions sont pour la plupart défavorables. Je ne peux souscrire à l'interprétation large que préconisent les juges majoritaires en l'espèce, ni à leur application de l'arrêt *Health Services*. Une approche plus prudente, compatible avec la jurisprudence de la Cour relative à l'al. 2d) et axée sur le véritable objet du litige dans cette affaire, consiste à s'en tenir à la décision rendue à l'égard des questions effectivement soulevées dans *Health Services*.

[304] Dans *Health Services*, les appelants demandaient à notre Cour de déclarer que l'État avait entravé l'exercice de leur droit de s'unir en vue d'atteindre des objectifs communs. Certes, ils reconnaissaient que la plupart des lois canadiennes du droit du travail obligent l'employeur à négocier de bonne foi, mais ils ne demandaient pas à la Cour de déclarer que cette obligation avait un fondement constitutionnel. En fait, ni la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ni la Cour d'appel n'ont abordé la question de l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi, car elle ne leur avait pas été soumise. En effet, dans *Health Services*, c'était à titre de législateur — et non d'employeur — que l'État avait entravé l'exercice des droits des employés. Par conséquent, les juges majoritaires n'étaient pas requis de commenter ou de tirer des conclusions concernant la question de savoir si, en tant qu'employeur, l'État avait l'obligation de négocier de bonne foi. Il n'était donc pas nécessaire d'*imposer* à l'employeur une *obligation* de négocier fondée sur la *Charte*. Il n'était, à plus forte raison, pas nécessaire de préciser qu'il s'agissait d'une obligation de négocier de *bonne foi*, une caractéristique propre au modèle Wagner et qui emporte forcément la reconnaissance d'un certain nombre d'éléments d'origine législative. C'est pourquoi je ne puis convenir avec les juges majoritaires en l'espèce que l'arrêt *Health Services* impose des obligations constitutionnelles « aux gouvernements à titre d'employeurs » (par. 73).

[305] Tout ce qui était requis par les questions posées dans *Health Services* était de conclure que, vu le droit constitutionnel des employés de participer à des activités associatives et d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs, le législateur ne pouvait entraver le droit des employés



addressing certain issues in the collective bargaining process; and (ii) by cancelling negotiated provisions in the agreements and thereby rendering the process meaningless. By enacting legislation that had prohibited the negotiation of certain issues in the course of *Charter*-protected associational activities and rendering useless the efforts expended to achieve a negotiated agreement on certain subjects, the legislature had interfered with their right. This conclusion did not depend on the employer's being under a duty to bargain in good faith.

[306] In the case at bar, the issue is similar to the one in *Health Services* in that it concerns legislative action, but it is not, as the Chief Justice and LeBel J. put it, whether the “*AEPA* provides a process that satisfies” “the right of an employees’ association to make representations to the employer and have its views considered in good faith” (para. 99). Although the right of employees to have their views considered in good faith may well flow from certain comments made in *Health Services*, they do not flow from the issues raised in that case. The duty to act in good faith is part and parcel of a web of statutory components. It should not be found to be a constitutional requirement in the instant case.

[307] To frame the issue in this case, the *AEPA* must be situated in its context. The *AEPA* is the response of the Ontario legislature to this Court's decision in *Dunmore*. In that case, agricultural workers had been excluded from the general statutory regime and had suffered from the statute's underinclusiveness. The expanded definition of “freedom of association” that resulted from *Health Services* has no bearing on the protection the Ontario legislature must provide to agricultural workers. The reason is that *Dunmore* purported to impose on the Ontario legislature an obligation to provide agricultural workers with more than what had until then been considered to be included in the scope of the constitutionally protected right to associate. Indeed, the decision in *Dunmore*, which was consistent with *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 10, was based on the premise that s. 2(d) “exists independently of any legislative framework”. However,

(i) par l'interdiction de la négociation collective de certaines questions et (ii) par l'annulation des dispositions des conventions collectives qui prive de sens ce processus. En adoptant une loi qui soustrayait certaines questions à l'activité associative par ailleurs protégée par la *Charte* et en rendant futiles les efforts déployés pour négocier certains sujets, le législateur avait effectivement porté atteinte au droit des employés. Or, pour conclure en ce sens, nul n'était besoin de déterminer si l'employeur avait l'obligation de négocier de bonne foi.

[306] La présente affaire est analogue à *Health Services* en ce sens qu'elle porte sur l'action législative, mais la Juge en chef et le juge LeBel ont tort de considérer que le litige réside dans la question de savoir si « la *LPEA* prévoit un processus » qui respecte « le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi » (par. 99). Le droit des employés à l'examen de bonne foi de leurs revendications par l'employeur peut peut-être s'inférer de remarques formulées dans l'arrêt *Health Services*, mais pas des réponses aux questions qui y étaient soulevées. Si l'obligation d'agir de bonne foi s'inscrit dans un faisceau de dispositions législatives, il ne saurait être question en l'espèce de la tenir pour constitutionnelle.

[307] Pour cerner la question en litige en l'espèce, il faut replacer la *LPEA* dans son contexte. Par l'adoption de cette loi, le législateur ontarien donnait suite à la décision de notre Cour dans l'affaire *Dunmore*. Dans cette affaire, les travailleurs agricoles avaient été exclus de la législation générale du travail et en subissaient un préjudice. L'élargissement de la définition de « liberté d'association » résultant des conclusions prononcées dans *Health Services* n'a aucune incidence sur la protection que le législateur ontarien doit accorder aux employés agricoles. En effet, l'arrêt *Dunmore* avait pour objet d'imposer à la législature ontarienne l'obligation d'offrir à cette catégorie de travailleurs une protection supérieure à celle que l'on considérait jusqu'alors découler de la liberté d'association garantie par la Constitution. L'arrêt *Dunmore*, qui s'inscrivait dans la foulée de l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, au par. 10, avait effectivement pour prémisse que l'al. 2d) « existe en dehors de

it was held that agricultural workers should be afforded greater protection because they were vulnerable and were substantially unable to exercise their constitutional right without the support of a legislative framework.

[308] As I explained above, in my view, the effect of *Health Services* is that freedom of association includes the freedom to engage in associational activities and the ability of employees to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. This delineation of the scope of freedom of association does not entail a more expansive protection than the legislative framework mandated by *Dunmore* for the agricultural workers. Therefore, if the *AEPA* complies with *Dunmore*, it will necessarily comply with the *Charter*. To answer the question in the case at bar, there is no need to import a duty to bargain in good faith. I cannot therefore agree with the statement of the majority in the case at bar that, “[s]ince *Health Services*, it has been clear that [a meaningful exercise of the right to associate] requires employers to consider employee representations in good faith” (para. 104).

[309] I would be remiss were I not to mention the observation of the majority in *Health Services* (at para. 88) that, owing to s. 32 of the *Charter*, “a private employer is not bound” by s. 2(d) seems to have been lost in the case at bar. The requirement created by the majority in the instant case (at para. 73) that the legislature “impose statutory obligations on employers” to conduct good faith negotiations cannot be found in *Health Services*. As a result of this new requirement, Parliament and the legislatures will now, subject to justification under s. 1 of the *Charter*, have a constitutional obligation to ensure that their Wagner-based labour legislation includes *all* employees. The irony of this result is that no such obligation was sought by the claimants either in *Dunmore* or in *Health Services*, the very cases on which the majority now rely to support their statement in this appeal.

tout cadre législatif ». Or, les employés agricoles avaient besoin d’une protection accrue parce qu’ils étaient vulnérables et qu’il leur était essentiellement impossible d’exercer leur droit constitutionnel sans l’appui de la loi.

[308] Comme je l’ai expliqué ci-dessus, suivant l’arrêt *Health Services*, la liberté d’association englobe la liberté de participer à des activités associatives et la faculté des employés d’agir de concert pour réaliser des objectifs communs concernant le travail et les conditions d’emploi. Définie de la sorte, la liberté d’association ne nécessite pas une protection plus grande que celle prévue par le cadre législatif dont la Cour ordonne l’adoption dans l’arrêt *Dunmore* pour régir les employés agricoles. Par conséquent, si la *LPEA* respecte les principes énoncés dans l’arrêt *Dunmore*, elle est forcément conforme à la *Charte*. Il n’est pas nécessaire d’intégrer quelque obligation de négocier de bonne foi pour statuer en l’espèce. C’est pourquoi je ne peux souscrire à l’énoncé des juges majoritaires selon lesquels « [d]epuis l’arrêt *Health Services*, il est clair que l’employeur doit [du fait de l’exercice véritable du droit de s’associer] examiner de bonne foi les observations de ses employés » (par. 104).

[309] Je ne saurais passer sous silence l’observation des juges majoritaires dans *Health Services* selon laquelle, vu l’application de l’art. 32 de la *Charte*, « [u]n employeur du secteur privé n’est pas lié par l’al. 2d » (par. 88). La remarque semble omise du raisonnement qu’ils tiennent en l’espèce. L’affirmation des juges majoritaires dans le présent dossier (par. 73) qu’il incombe aux législateurs d’imposer à tous les employeurs de négocier de bonne foi ne trouve aucun fondement dans *Health Services*. Au vu de cette obligation nouvelle, les législateurs fédéral et provinciaux devraient dorénavant, pour respecter la Constitution, faire en sorte que leur législation axée sur le modèle Wagner s’applique à *tous* les employés, sauf justification au regard de l’article premier. Le résultat est ironique dans la mesure où nul n’avait demandé la reconnaissance d’une telle obligation dans les affaires *Dunmore* et *Health Services*, celles-là mêmes qu’invoquent aujourd’hui les juges majoritaires en se prononçant en l’espèce.

[310] If Parliament and the legislatures are required to impose, in their statutory schemes, a duty on employers to bargain in good faith, this duty will apply to all public and private sector employees. *Dunmore*, which concerned the exclusion of a group of employees who required assistance to exercise their constitutional right to associate, will now apply to all Canadian employees regardless of whether they need such support to exercise their s. 2(d) right (see *Delisle*). This being so, the Court will be making a policy decision in the place of Parliament and the legislatures. I would prefer to exercise restraint in such a case.

[311] Because my interpretation of *Health Services* is based on the questions that were actually raised in that case and the answers the Court actually gave to those questions, I am of the view that in the instant case, the *AEPA* has not been proven to violate the employees' right to associate. Section 1 of the *AEPA* lists the rights of agricultural employees as follows: (1) the right to form or join an employees' association; (2) the right to participate in the lawful activities of an employees' association; (3) the right to assemble; (4) the right to make representations to their employers, through an employees' association, respecting the terms and conditions of their employment; and (5) the right to protection against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights. Farley J. pointed out that *Dunmore* did not require the "legislation . . . to incorporate a complete panoply of collective bargaining rights" (para. 22) and found that the impugned legislation met the standards established in *Dunmore*. I agree with Farley J., and I respectfully disagree with the Court of Appeal's interpretation.

[312] Since *Dunmore* remains central to this appeal, I must comment briefly on the approach taken in that case.

## II. Approach From *Dunmore*

[313] In *Health Services* (at para. 176), I voiced concerns about the majority's adoption of a criterion

[310] Si les législateurs fédéral et provinciaux doivent prévoir dans leur régime législatif respectif l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi, tous les employés, du secteur public et du secteur privé, peuvent en demander le respect. L'arrêt *Dunmore*, rendu à l'égard d'un groupe d'employés exclus de la législation générale du travail et qui avaient besoin de soutien pour exercer leur droit constitutionnel de s'associer, vaut désormais pour tous les employés canadiens, peu importe qu'ils aient besoin ou non de l'appui de l'État pour exercer la liberté que leur garantit l'al. 2d) (voir *Delisle*). De ce fait, les juges majoritaires prennent une décision politique qui devrait revenir aux législateurs fédéral et provinciaux. Je préférerais m'en abstenir en l'espèce.

[311] Comme j'interprète l'arrêt *Health Services* en fonction des questions effectivement soulevées et tranchées dans ce dossier, j'estime qu'il n'est pas démontré en l'espèce que la *LPEA* contrevient au droit des employés de s'associer. L'article premier de la *LPEA* énumère ainsi les droits des travailleurs agricoles : (1) le droit de former une association d'employés ou d'adhérer à une telle association; (2) le droit de participer aux activités légitimes d'une association d'employés; (3) le droit de réunion; (4) le droit de présenter des observations à leurs employeurs, par l'intermédiaire d'une association d'employés, au sujet de leurs conditions d'emploi; (5) le droit d'exercer leurs droits sans crainte d'ingérence, de contrainte ou de discrimination. Le juge Farley souligne que l'arrêt *Dunmore* n'exige pas que [TRADUCTION] « la loi comprenne toute la panoplie des droits de négociation collective » (par. 22). À son avis, la loi contestée respecte cet arrêt. Je suis d'accord avec lui et, avec respect pour leur opinion, je rejette l'interprétation des juges de la Cour d'appel.

[312] Comme l'arrêt *Dunmore* demeure au cœur du présent pourvoi, il me paraît utile de commenter brièvement l'approche dans ce dossier.

## II. L'approche de l'arrêt *Dunmore*

[313] Dans *Health Services* (par. 176), j'ai émis des réserves au sujet de l'emprunt, par les juges

used in *Dunmore* to determine whether the government had infringed a *Charter* right. Even though both cases are based on compelling facts, principles should not be imported from one context into another that is not analogous to it. As I explained above, a similar unwarranted importation of principles can be observed in the case at bar. But there is more.

[314] It is helpful to recall that, as noted by Judy Fudge, “[a]t issue in *Dunmore* was the total exclusion of agricultural workers in Ontario from any form of labour legislation that protected them against employer retaliation from joining and participating in a trade union. The union did not ask for collective bargaining rights” (“The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond” (2008), 37 *Indus. L.J.* 25, at p. 30).

[315] *Dunmore* was obviously a difficult case. At its heart was the economic inequality being suffered by agricultural workers. While labour law is to some extent always about economic inequality, this issue does not occupy the forefront of every battle. *Health Services* was not primarily about economic inequality — it concerned legislative interference with both existing and future collective agreements. Although economic inequality has the potential to undermine the peaceful foundations of democratic societies, economic equality is not an “equality right” for the purposes of s. 15 of the *Charter*. In addition, even though labour law provides tools that help reduce economic inequality, not all aspects of labour law are protected by the *Charter* (see *Health Services*, at para. 19). Finally, employment status is not, at least not at this time, regarded as an analogous ground for the purposes of s. 15 of the *Charter*.

[316] *Dunmore* was based on the distinction between positive and negative rights. In my view,

majoritaires, d’une norme employée dans l’arrêt *Dunmore* pour déterminer si une mesure gouvernementale contrevient à un droit garanti par la *Charte*. Même si, dans les deux affaires, les faits paraissaient irrésistibles, il n’était pas justifié de transposer d’une affaire à l’autre des principes énoncés pour des problèmes différents. Comme je l’ai expliqué ci-dessus, le présent dossier comporte une autre transposition induite. Mais ce n’est pas tout.

[314] Pour reprendre les propos utiles de Judy Fudge, [TRADUCTION] « [d]ans *Dunmore*, le litige portait sur l’exclusion totale des employés agricoles ontariens du régime légal de relations du travail qui aurait pu les protéger contre les représailles de leur employeur s’ils avaient adhéré à un syndicat et participé à ses activités. Le syndicat ne demandait pas de droits de négociation collective » (« The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively : The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond » (2008), 37 *Indus. L.J.* 25, p. 30).

[315] À l’évidence, l’affaire *Dunmore* était délicate, car elle avait pour origine l’inégalité économique des employés agricoles. Si, dans une certaine mesure, la question de l’égalité économique est toujours en cause en droit du travail, elle n’occupe pas l’avant-scène dans chaque conflit. En effet, *Health Services* n’intéressait pas principalement l’inégalité économique, mais portait sur l’atteinte par voie législative aux conventions collectives existantes et ultérieures. Même si l’inégalité économique est susceptible de miner les fondements pacifiques de nos sociétés démocratiques, l’égalité économique ne constitue pas l’un des « droits à l’égalité » garantis à l’art. 15 de la *Charte*. En outre, même si le droit du travail offre des outils qui contribuent à atténuer la disparité des revenus, tous ses aspects ne bénéficient pas de la protection de la *Charte* (voir *Health Services*, par. 19). Enfin, la situation professionnelle n’est pas reconnue — du moins pas pour l’instant — comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15 de la *Charte*.

[316] L’arrêt *Dunmore* repose sur la distinction entre droits positifs et droits négatifs. À mon sens,

using this distinction as a basis for finding that s. 2(d) has been infringed involves some difficulty. Both the commentary and the case law provide sufficient justification for exercising caution before adopting an approach that relies on the positive-negative distinction, particularly when the claim concerns state action or inaction. Stephen Holmes and Cass R. Sunstein express this eloquently in *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (1999), at pp. 43-44:

Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights.

... That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials.

This brings to mind Cory and Iacobucci JJ.'s response in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 56, to an argument that was analogous to the positive-negative rights dichotomy:

It is said, however, that this case is different because the challenge centres on the legislature's failure to extend the protection of a law to a particular group of people. This position assumes that it is only a positive act rather than an omission which may be scrutinized under the *Charter*. In my view, for the reasons that will follow, there is no legal basis for drawing such a distinction.

[317] Distinguishing between the freedom to exercise a right without state interference and the right to exercise a freedom unhampered by state action or inaction diverts the discussion from the substance of the actual protection afforded by the *Charter*. In our society, government activity is pervasive and unavoidable: see S. Bandes, "The Negative Constitution: A Critique" (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271, at p. 2285, and *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation*

il est périlleux de recourir à cette distinction pour déterminer s'il y a atteinte à l'al. 2d). La doctrine et la jurisprudence nous justifient amplement de faire preuve de prudence avant de s'engager dans une démarche fondée sur une telle distinction, en particulier lorsqu'une action ou une omission de l'État est en cause. Stephen Holmes et Cass R. Sunstein l'affirment d'ailleurs avec éloquence dans *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes* (1999), p. 43-44 :

[TRADUCTION] L'individu ne jouit d'un droit, au sens juridique et non moral, que lorsque le préjudice qu'il subit est susceptible de réparation équitable par l'État. Ce seul énoncé fait ressortir les lacunes de la distinction entre droits positifs et droits négatifs. Il montre que tout droit légalement susceptible d'exécution est forcément positif.

... On ne peut donc faire respecter la liberté personnelle en empêchant seulement l'État d'entraver la liberté d'action et d'association. Le droit de ne pas être importuné par un représentant de l'État n'existe tout simplement pas.

Ces propos rappellent l'accueil que les juges Cory et Iacobucci, dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 56, réservent à une thèse semblable à celle fondée sur la distinction entre droits positifs et droits négatifs :

On prétend toutefois que la présente affaire se distingue parce que la contestation porte essentiellement sur le fait que le législateur n'a pas accordé la protection d'une loi à un groupe de personnes en particulier. Les tenants de cette théorie tiennent pour acquis que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une telle distinction n'a aucun fondement juridique.

[317] Distinguer entre la liberté d'exercer un droit et le droit d'exercer une liberté, sans entrave active ou passive de l'État, risque de détourner le débat de la teneur réelle de la garantie constitutionnelle. Dans notre société, l'État est omniprésent : voir S. Bandes, « The Negative Constitution : A Critique » (1990), 88 *Mich. L. Rev.* 2271, p. 2285, et *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-*

*of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 34.

[318] *Dunmore* was concerned with economic inequality. It was based on the notion that the *Charter* does not ordinarily oblige the government to take action to facilitate the exercise of a fundamental freedom. Recognition was given to the dichotomy between positive and negative rights. To get around the general rule, a somewhat convoluted framework was established for cases in which the vulnerability of a group justified resorting to government support. I agree with B. Langille, “The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It” (2009), 54 *McGill L.J.* 177, that this detour appears to have been an artifice designed to sidestep the limits placed on the recognition of analogous grounds for the purposes of s. 15.

[319] To redress economic inequality, it would be more faithful to the design of the *Charter* to open the door to the recognition of more analogous grounds under s. 15, as L’Heureux-Dubé J. proposed in *Dunmore*. Such an approach is preferable to relying on a distinction that does not rest on a solid foundation. This, of course, would entail a sea change in the interpretation of s. 15 of the *Charter*. The majority in the instant case resist such a change, referring to “Canadian values” and to the need to take a “generous and purposive” approach when interpreting *Charter* rights (at paras. 32, 90, 92 and 97), but to ensure consistency with the approach of the majority in *Health Services* (at paras. 81-96), they refer to equality in the s. 2(d) context without mentioning s. 15. My point here is not that each *Charter* protection should be interpreted in a formalistic manner. Rather, it is that if the law needs to move away from *Dunmore*’s distinction between positive and negative rights, this should not be accomplished by conflating freedom of association with the right to equality or any other *Charter* right that may be asserted by a litigant. An analysis based on principles grounding the protection of rights and freedoms offers a better prospect of judicial consistency than one based on the more amorphous notion of “Canadian values”.

*Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 34.

[318] Dans l’affaire *Dunmore*, l’inégalité économique était en cause. Cette décision est fondée sur une règle voulant que, généralement, la *Charte* n’oblige pas l’État à agir pour faciliter l’exercice d’une liberté fondamentale. La dichotomie droits positifs/droits négatifs y est reconnue. Pour contourner la règle générale, une grille d’analyse quelque peu alambiquée a été établie pour les cas où la vulnérabilité d’un groupe justifierait le recours à un soutien étatique. Je suis d’accord avec B. Langille (« The Freedom of Association Mess : How We Got into It and How We Can Get out of It » (2009), 54 *R.D. McGill* 177), que le recours à cette distinction constituait un moyen détourné de faire fi des décisions judiciaires qui délimitent les motifs analogues à ceux prévus à l’art. 15.

[319] Pour remédier à une inégalité économique, il serait plus conforme à la structure de la *Charte* de reconnaître de nouveaux motifs analogues comme la juge L’Heureux-Dubé le fait dans l’arrêt *Dunmore*. Une telle approche serait préférable à l’adoption d’une distinction dénuée d’assise solide. Or cela supposerait de modifier radicalement notre approche de l’interprétation de l’art. 15 de la *Charte*. Réfractaires à pareil changement, les juges majoritaires en l’espèce, excipant des « valeurs canadiennes » et de la nécessité d’une interprétation « généreuse et téléologique » des droits conférés par la *Charte* (par. 32, 90, 92 et 97) et soucieux de respecter la démarche de la majorité dans *Health Services* (par. 81-96), renvoient à des notions d’égalité pour l’application de l’al. 2d) sans faire mention de l’art. 15. Je ne suggère pas qu’il faille interpréter de manière formaliste chacune des garanties de la *Charte*. Je veux simplement signaler que, s’il est nécessaire de s’éloigner de la distinction entre droits positifs et droits négatifs utilisée dans *Dunmore*, il ne faudrait pas pour autant confondre droit à l’égalité et liberté d’association, ou tout autre droit protégé par la *Charte* susceptible d’être invoqué par une partie à un litige. L’analyse prenant appui sur les principes qui structurent la protection des droits et des libertés permet plus de cohérence judiciaire que celle qui repose sur la notion floue de « valeurs canadiennes ».

[320] For these reasons, I would allow the appeal and restore Farley J.'s judgment.

The following are the reasons delivered by

[321] ABELLA J. (dissenting) — I fully endorse the Chief Justice and LeBel J.'s discussion of *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391. I agree with them that by including protection for the process of collective bargaining, *Health Services* enhanced the scope of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* beyond the formalism assigned to it by this Court's 1987 labour Trilogy (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460). I am also in agreement with their criticisms of Rothstein J.'s decision to reconsider the correctness of *Health Services* on his own motion, in the absence of a request from any of the parties that he do so, and without an opportunity for them to address the issue.

[322] With the greatest respect, however, I do not agree that the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 ("AEPA"), meets the new *Health Services* standard. I have great difficulty with stretching the interpretive process in a way that converts clear statutory language and express legislative intention into a completely different scheme. The AEPA does not protect, and was never intended to protect, collective bargaining rights.

### Background

[323] The AEPA was enacted in 2002 to respond to this Court's 2001 decision in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, which held that s. 2(d) protected the right to *organize*. *Dunmore* was decided in accordance with the labour Trilogy, the then operative s. 2(d) paradigm. The Trilogy was widely taken as standing for the proposition that s. 2(d) did not include

[320] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du juge Farley.

Version française des motifs rendus par

[321] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je souscris entièrement à l'analyse que font la Juge en chef et le juge LeBel de l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391. Je conviens avec eux que cet arrêt, en conférant au processus de négociation collective la protection de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a élargi la portée de cette disposition au-delà du formalisme que lui avait attribué la trilogie de décisions en droit du travail rendues par la Cour en 1987 (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460). J'adhère également à leur critique de la décision du juge Rothstein de revenir de son propre chef sur le bien-fondé de l'arrêt *Health Services*, sans y être invité par les parties et sans que celles-ci aient eu l'occasion de présenter des observations à ce sujet.

[322] Toutefois, en toute déférence, je ne peux convenir que la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16 (« LPEA »), respecte la nouvelle norme établie dans *Health Services*. J'ai beaucoup de difficulté à « étirer » le processus d'interprétation d'une façon qui transforme le libellé clair du texte législatif et l'intention explicite du législateur en un régime complètement différent. La LPEA ne protège pas les droits de négociation collective, et n'a jamais eu pour objet de les protéger.

### Contexte

[323] La LPEA a été adoptée en 2002 pour donner suite à l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, dans lequel notre Cour avait statué, l'année précédente, que l'al. 2d) protège le droit de *s'organiser*. L'affaire *Dunmore* a été tranchée en conformité avec la trilogie en droit du travail, le paradigme existant alors pour l'application de

protection for collective bargaining (*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367). The Trilogy was not challenged in *Dunmore*, and Bastarache J., writing for the majority, was explicit that he was not addressing whether collective bargaining was protected under s. 2(d). What was protected, in his view, was the following:

... I conclude that at minimum the statutory freedom to organize in ... the [*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A] ought to be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, to participate in the lawful activities of the association and to make representations, and the right to be free from interference, coercion and discrimination in the exercise of these freedoms. [Emphasis added; para. 67.]

[324] It is not surprising, therefore, that the 2002 *AEPA* contains no reference to a protection which made no appearance on the constitutional stage until 2007. Or that the trial judge's decision in 2006 in the case before us, applied the *Dunmore* "right to organize" template and found the legislation compliant with s. 2(d) ((2006), 79 O.R. (3d) 219).

[325] But by the time the Court of Appeal heard this case in 2008, *Health Services* had been decided, creating a completely different jurisprudential universe. That was the new s. 2(d) universe Winkler C.J.O. applied to the *AEPA* (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). He found the legislation wanting. I agree with him.

### Analysis

[326] In granting constitutional protection to the process of collective bargaining under s. 2(d), *Health Services* found the duty to consult and negotiate in good faith to be a "fundamental precept" (para. 97). This does not guarantee that a collective agreement will be achieved, but good faith bargaining does require that the parties meet, engage in a meaningful dialogue, and make reasonable

l'al. 2d). Suivant l'interprétation largement répandue de la trilogie, l'al. 2d) ne protège pas la négociation collective (*Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367). La trilogie n'a pas été contestée dans *Dunmore*, et le juge Bastarache, au nom de la majorité, a indiqué expressément qu'il ne se prononçait pas sur la question de savoir si l'al. 2d) protège le droit à la négociation collective. Voici son avis sur ce qui est protégé par cette disposition :

... je conclus que, au minimum, doit être reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à [la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A], avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination. [Je souligne; par. 67.]

[324] Il n'est donc pas surprenant que la *LPEA* de 2002 ne fasse aucunement mention d'une protection qui n'est apparue sur la scène constitutionnelle qu'en 2007. Ou qu'en 2006, le juge de première instance dans la présente affaire ait appliqué le modèle du « droit de s'organiser » reconnu dans *Dunmore* et ait conclu que la loi respectait l'al. 2d) ((2006), 79 O.R. (3d) 219).

[325] Or, quand la Cour d'appel a examiné l'affaire, en 2008, l'arrêt *Health Services* avait été rendu et avait créé un univers jurisprudentiel entièrement différent. C'est ce nouvel univers entourant l'al. 2d) que le juge en chef de l'Ontario a appliqué à la *LPEA* (2008 ONCA 760, 92 O.R. (3d) 481). Le juge en chef Winkler a estimé cette loi déficiente. Je suis du même avis.

### Analyse

[326] En accordant la protection constitutionnelle de l'al. 2d) au processus de négociation collective, dans *Health Services*, la Cour a jugé que l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi constitue un « précepte fondamental » (par. 97). Des négociations collectives menées de bonne foi ne garantissent pas qu'une convention collective sera effectivement conclue, mais elles exigent que les parties



efforts to arrive at a collective agreement (paras. 90 and 101). *Health Services* confirmed that this involves not only the employees' collective right, as confirmed in *Dunmore*, to organize and make representations, but also a corollary duty on the part of employers to meaningfully discuss, consult, and consider these representations:

... the right to bargain collectively protects not just the act of making representations, but also the right of employees to have their views heard in the context of a meaningful process of consultation and discussion. . . . [T]he right to collective bargaining cannot be reduced to a mere right to make representations. [Emphasis added; para. 114.]

(See also para. 101.)

[327] This requirement of meaningful dialogic consultation has long been recognized in collective bargaining regimes: *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 41; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101 (Ont.); George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at paras. 10.1710 and 10.1870-10.1920; Donald D. Carter et al., *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at paras. 621-22; Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2nd ed. 2007), at pp. 333-34; Elisheva (Elika) Barak-Ussoskin, "Collaboration in the Tripartite System: The Right to be Consulted and the Duty to Consult", in A. Höland et al., eds., *Employee Involvement in a Globalising World: Liber Amicorum Manfred Weiss* (2005), 439, at p. 445.

[328] If we then turn to the relevant language of the *AEPA* and its description of what is required of an employer, we find the following:

5. (1) The employer shall give an employees' association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

se rencontrent, établissent un véritable dialogue et fassent un effort raisonnable pour arriver à une convention collective (par. 90 et 101). L'arrêt *Health Services* a confirmé qu'un tel exercice fait intervenir non seulement le droit collectif des employés de s'organiser et de présenter leurs revendications, qui a été reconnu dans *Dunmore*, mais également une obligation corrélative de l'employeur de participer à un exercice véritable de consultations, de discussions et d'examen de leurs revendications :

... le droit à un processus de négociation collective protège non seulement la présentation de revendications collectives, mais aussi le droit des employés de se faire entendre par le canal de consultations et discussions véritables. [. . .] [L]e droit de négociation collective ne saurait se limiter à la simple possibilité de présenter des revendications. [Je souligne; par. 114.]

(Voir également le par. 101.)

[327] Cette obligation de consultation sous forme de dialogue véritable est reconnue depuis longtemps dans les régimes de négociation collective : *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 41; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101 (Ont.); George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 10.1710 et 10.1870-10.1920; Donald D. Carter et autres, *Labour Law in Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2002), par. 621-622; Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2<sup>e</sup> éd. 2007), p. 333-334; Elisheva (Elika) Barak-Ussoskin, « Collaboration in the Tripartite System : The Right to be Consulted and the Duty to Consult », dans A. Höland et autres, dir., *Employee Involvement in a Globalising World: Liber Amicorum Manfred Weiss* (2005), 439, p. 445.

[328] Si l'on se reporte aux dispositions pertinentes de la *LPEA*, voici les obligations auxquelles l'employeur est tenu :

5. (1) Un employeur donne à une association d'employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d'emploi d'un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(5) The employees' association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

[329] The process created by these provisions is the following: an employees' association is entitled to make representations, either orally or in writing, about the terms and conditions of employment. If the representations are made orally, the employer is required to "listen" to them. If they are made in writing, the employer must "read" them and give the "employees' association" a written acknowledgment that the representations have been read. That is the full extent of the employer's duties — to listen, to read, and to acknowledge receipt. No response is required.

[330] If we compare these duties under the *AEPA* to the linguistic markers set out in *Health Services*, we find that the following language is missing in action: "negotiate", "meet", "good faith", "engage", "exchange", "dialogue", "consultation", "discussions", "consideration", "accommodation" and "union". Nor does the key word "bargaining" appear.

[331] Noting the absence in the *AEPA* of *Health Services*' collective bargaining vocabulary is not a criticism of the government's motives. The *AEPA* was the government's good faith — and, as the trial judge found, successful — implementation of how *Dunmore* had defined the scope of s. 2(d) in 2001. This does not, however, assist in determining whether it complies with the revised scope described in *Health Services*. The Ontario government obviously cannot be held responsible for the redefinition of s. 2(d) that intervened between the enactment and appellate review of the *AEPA*, but neither can courts disregard the applicable law because of its infelicitous timing. Since the applicable law for s. 2(d) is now found in *Health Services*, the *AEPA* must be scrutinized for compliance with

(5) L'association d'employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L'employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l'employeur informe l'association d'employés par écrit qu'il les a lues.

[329] Ces dispositions créent le processus suivant : une association d'employés peut présenter des observations oralement ou par écrit au sujet des conditions d'emploi. Si les observations sont présentées oralement, l'employeur les « écoute ». Si elles lui sont présentées par écrit, l'employeur les « lit » et informe par écrit « l'association d'employés » qu'il les a lues. Voilà en quoi consistent les obligations de l'employeur — écoute, lecture et confirmation de lecture. Aucune réponse de sa part n'est exigée.

[330] En comparant les obligations imposées par la *LPEA* aux repères linguistiques qui figurent dans l'arrêt *Health Services*, on constate que les termes suivants manquent à l'appel : « négocier », « rencontrer », « bonne foi », « participer », « échanger », « dialogue », « consultations », « discussions », « considérations », « accommodement » et « syndicat ». Le mot-clé « négociation » n'y figure pas non plus.

[331] Souligner l'absence dans la *LPEA* du vocabulaire des négociations collectives n'est pas une critique des motivations du gouvernement. Le gouvernement a édicté la *LPEA* de bonne foi — et avec succès, selon le juge de première instance — pour tenir compte de la portée de l'al. 2d), telle que l'a définie l'arrêt *Dunmore* en 2001. Toutefois, cela ne nous aide pas à déterminer si la loi respecte l'al. 2d) en fonction de sa portée redéfinie par *Health Services*. On ne saurait certes tenir rigueur au gouvernement de l'Ontario du fait que la portée de l'al. 2d) a été élargie entre l'adoption de la *LPEA* et le contrôle de sa validité par la Cour d'appel. Néanmoins, les tribunaux ne peuvent pas ignorer une règle de droit applicable, qui intervient à un moment malheureux. Comme ce sont désormais les

its principles. And since, on its face, *no* bargaining or consultation is required by the *AEPA*, let alone the good faith bargaining *Health Services* set out as a minimal constitutional protection, the *AEPA* violates s. 2(d) of the *Charter*.

[332] Not only is there clarity of language, there is also clarity of purpose. The government's intentions to exclude collective bargaining were forthright. The then Minister of Agriculture and Food, the Honourable Helen Johns, was unequivocal when she introduced the legislation in confirming that the legislation included *no* right to collective bargaining:

However, I need to make one thing very clear here. While an agricultural employee may join an association that is a union, the proposed legislation does not extend collective bargaining to agricultural workers.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 46A, October 22, 2002, at p. 2339 (emphasis added))

This was based on the legislative goal of complying only with the rights required by *Dunmore*, rights which, as the Minister correctly noted, addressed only the “right to associate”, not the “right to collectively bargain”:

I'd like to say that the Supreme Court was very clear. They said that agricultural workers across the province had the right to associate. They did not say that they had the right to collectively bargain.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 43A, October 16, 2002, at p. 2128 (emphasis added))

[333] Judging from their conduct, the parties involved in this appeal seem to have accepted there were no protections for the process and enforcement of collective bargaining in the *AEPA*. The United Food and Commercial Workers Union

principes établis dans *Health Services* qui régissent l'application de l'al. 2d), il faut vérifier la conformité de la *LPEA* à cet arrêt. Or, le texte même de la loi ne révèle *aucune* obligation de négociation ou de consultation — et encore moins l'obligation de négocier de bonne foi qui, selon *Health Services*, constitue la protection constitutionnelle minimale. Par conséquent, la *LPEA* contrevient à l'al. 2d) de la *Charte*.

[332] Non seulement le texte de la loi est clair, mais son objet l'est également. Le gouvernement n'a pas caché son intention d'exclure la négociation collective. La ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation de l'époque, l'honorable Helen Johns, a confirmé on ne peut plus clairement, lors du dépôt du projet de loi, qu'il ne prévoyait *aucun* droit à la négociation collective :

[TRADUCTION] Cependant, je dois préciser une chose. Bien qu'un employé agricole puisse adhérer à une association constituée en syndicat, le projet de loi ne donne pas aux travailleurs agricoles le droit de négociation collective.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, n° 46A, 22 octobre 2002, p. 2339 (je souligne))

Cette affirmation reposait sur l'objectif du gouvernement de se conformer seulement aux droits reconnus dans l'arrêt *Dunmore*. Or, comme l'a indiqué correctement la ministre, ces droits se limitaient au droit « de s'associer », et n'incluaient pas le « droit de négociation collective » :

[TRADUCTION] Permettez-moi de dire que la Cour suprême a été très claire. Les juges ont reconnu aux travailleurs agricoles de la province entière le droit de s'associer. Ils ne leur ont pas reconnu le droit de négociation collective.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, n° 43A, 16 octobre 2002, p. 2128 (je souligne))

[333] À en juger par leurs actes, les parties visées dans le présent pourvoi semblent avoir accepté que rien dans la *LPEA* ne protège le processus de négociation collective ni son application. L'Union internationale des travailleurs et travailleuses

Canada represented workers at Rol-Land Farms Ltd. After a vote in which an overwhelming majority voted in favour of certification, the union wrote to Rol-Land requesting a meeting to begin negotiations. The owner of Rol-Land Farms did not respond to the letter and refused to recognize the union. The same union also represented employees at Platinum Produce, where the employer gave the union the opportunity to make brief oral representations, but said it had no obligation to bargain towards a collective agreement. The meeting lasted 15 minutes.

[334] In the years since the *AEPA* was enacted in 2002, there is no evidence of a single successfully negotiated collective agreement or even of any negotiations. I appreciate that statutory interpretation does not draw on the perceptions of the statute's intended consumers, but where, as here, there is perfect harmony between statutory language, legislative intention, and public perception, the usual interpretative tools are vindicated.

[335] In addition to finding a violation of s. 2(d) based on the explicit failure, by text and by design, to include even a hint of a process of collective bargaining, let alone a duty to engage in meaningful and good faith efforts to arrive at a collective agreement, I also agree with Winkler C.J.O. that for agricultural workers, the absence of a statutory enforcement mechanism and of majoritarian exclusivity is an infringement of s. 2(d).

[336] *Health Services* recognized that s. 2(d) of the *Charter* obliged the state, either as employer or as legislator, to protect the process of collective bargaining (para. 88). The content of that protection will of course mean different things in different contexts. The determinative question will inevitably be, as Bastarache J. said in *Dunmore*, what protections are “essential” to the “meaningful exercise” of the right.

unis de l'alimentation et du commerce — Canada représentait les travailleurs de Rol-Land Farms Ltd. À l'issue d'un vote massif en faveur de l'accréditation, le syndicat a écrit à Rol-Land pour solliciter une rencontre afin d'entamer les négociations. Le propriétaire de Rol-Land Farms n'a pas répondu à cette lettre et a refusé de reconnaître le syndicat. Ce même syndicat représentait également les employés de Platinum Produce, où l'employeur lui a donné l'occasion de présenter de brèves observations oralement, mais a affirmé ne pas être tenu de négocier en vue de la conclusion d'une convention collective. La rencontre a duré 15 minutes.

[334] Depuis l'adoption de la *LPEA* en 2002, rien n'indique qu'une convention collective ait été conclue, ni même que des négociations aient eu lieu. Je suis consciente du fait que l'interprétation législative ne saurait s'appuyer sur les perceptions des personnes visées par la mesure législative, mais lorsque le texte de la loi, l'intention du législateur et la perception du public sont en parfaite harmonie, comme c'est le cas en l'espèce, la valeur des outils d'interprétation habituels se trouve confirmée.

[335] En plus de conclure que la loi ne se conforme pas à l'al. 2d) en raison de l'absence manifeste, tant dans le texte que dans l'économie de la loi, de la moindre évocation d'un processus de négociation collective, et encore moins d'une obligation quelconque de participer de bonne foi à des efforts véritables en vue de conclure une convention collective, je partage l'avis du juge en chef Winkler qu'elle y contrevient, à l'égard des travailleurs agricoles, parce qu'elle n'établit aucune voie de droit et ne reconnaît pas le monopole syndical conféré par un vote majoritaire.

[336] L'arrêt *Health Services* a reconnu que l'al. 2d) de la *Charte* oblige l'État, à titre d'employeur ou de législateur, à protéger le processus de négociation collective (par. 88). La teneur de cette protection varie évidemment selon le contexte. Comme l'a dit le juge Bastarache dans *Dunmore*, la question déterminante est inévitablement celle de savoir quelles sont les garanties « essentielles à [l']exercice véritable » du droit.

[337] The right at issue in *Dunmore* was the right to organize. Bastarache J. concluded that this required ancillary protection for the freedom to assemble, to participate in the lawful activities of the “employees’ association” and to make representations, along with the right to be free from interference, coercion and discrimination in the exercise of those freedoms (para. 67). All of these protections found their way into the *AEPA*, which is why the trial judge gave it his stamp of constitutional approval.

[338] Now, as a result of *Health Services*, we are dealing with a right to a process of good faith collective bargaining and consultation. What protections are essential for the meaningful exercise of this right for agriculture workers?

[339] For a start, there is no point to having a right only in theory. Unless it is realizable, it is meaningless. There must therefore be an enforcement mechanism not only to resolve bargaining disputes, but to ensure compliance if and when a bargain is made.

[340] At the moment, there is in fact a statutory mechanism in place for the enforcement of the *AEPA* — the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal. But the fact that this Tribunal exists is, by itself, of no consequence if it cannot address the rights constitutionally guaranteed by *Health Services*.

[341] Section 11 of the *AEPA* gives the Tribunal authority to grant a remedy for a contravention of the *AEPA*. But it is not a contravention of the *AEPA* to refuse to engage in a good faith process to make reasonable efforts to arrive at a collective agreement. It is therefore not part of the Tribunal’s mandate. No mandate, no jurisdiction; no jurisdiction, no remedy.

[342] It strikes me as fundamentally contrary to our jurisprudence to invite the Tribunal to interpret

[337] L’arrêt *Dunmore* portait sur le droit de s’organiser. Le juge Bastarache a conclu que l’exercice de ce droit nécessitait les garanties accessoires relatives à la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de « l’association d’employés » et de présenter des revendications, et ce, sans protection contre l’ingérence, les menaces et la discrimination dans l’exercice de ces libertés (par. 67). Comme la *LPEA* incluait toutes ces libertés et protections, le juge de première instance en a confirmé la validité constitutionnelle.

[338] Maintenant, suivant l’arrêt *Health Services*, c’est le droit à un processus de négociation collective et de consultation mené de bonne foi qui est en cause. Il faut donc déterminer quelles garanties sont essentielles à l’exercice véritable de ce droit par les travailleurs agricoles.

[339] Soulignons tout d’abord qu’il ne sert à rien de reconnaître un droit en théorie seulement. Un droit qui ne peut être exercé concrètement est privé de sens. Il doit donc exister une voie de droit qui permette non seulement de résoudre les différends au cours des négociations, mais aussi d’assurer le respect de la convention, le cas échéant.

[340] À l’heure actuelle, la loi prévoit effectivement une voie de droit pour l’application de la *LPEA*, devant le Tribunal d’appel de l’agriculture, de l’alimentation et des affaires rurales. Or, la simple existence de ce tribunal ne donne rien s’il ne peut garantir le respect des droits qui, selon *Health Services*, sont protégés par la Constitution.

[341] L’article 11 de la *LPEA* habilite le Tribunal à accorder une réparation en cas de contravention à la *LPEA*. Cependant, le refus de participer de bonne foi à un processus de négociation et de faire des efforts raisonnables pour arriver à une convention collective ne constitue pas une contravention à la *LPEA*. Par conséquent, cette situation n’est pas prévue dans le mandat du Tribunal. Or, sans mandat, pas de compétence et sans compétence, pas de réparation.

[342] Il me semble fondamentalement contraire à la jurisprudence de la Cour d’inviter le Tribunal

its home statute in a way that contradicts the clear statutory language and legislative intent. If, on the other hand, the *AEPA* had included the protections set out in *Health Services*, the Tribunal would certainly have the authority to address and remedy any bargaining disputes and would therefore comply with what is required by s. 2(d).

[343] This brings us finally to whether the process of good faith bargaining for agricultural workers requires that the employer bargain only with the union selected by a majority of the employees in the bargaining unit. This is known as the principle of majoritarian exclusivity, a routine protection in Canada's labour laws. In the context of this case, and given the unique vulnerability of agriculture workers, I agree with Winkler C.J.O. that statutory recognition of such exclusivity is essential for them to exercise their bargaining rights meaningfully.

[344] As long ago as 1944, when labour ministers from across Canada agreed to the principles which found their way into the model *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54, majoritarian exclusivity was a central protection. Most provinces quickly aligned their legislation with these principles (Adams, vol. 1, at paras. 1.240-1.250).

[345] With the exception of specific public services and the construction industry in Quebec (*An Act respecting labour relations, vocational training and workforce management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20), majoritarian exclusivity has remained a defining principle of the Canadian labour relations model (Rayner, at p. 16; Carter et al., at para. 574).

[346] The reason for the protection is grounded in common sense and the pre-1944 experience. A lack of exclusivity allows an employer to promote rivalry and discord among multiple employee

à interpréter sa loi constitutive d'une manière qui contredit le libellé clair de la loi et l'intention manifeste du législateur. Si, par contre, la *LPEA* contenait les garanties décrites dans *Health Services*, le Tribunal aurait certainement le pouvoir d'examiner et de régler les différends concernant les négociations, de sorte que la loi serait conforme à l'al. 2d).

[343] Ce qui nous amène finalement à la question de savoir si, dans le cas des travailleurs agricoles, le processus de négociation de bonne foi exige de l'employeur qu'il négocie uniquement avec le syndicat choisi par la majorité des employés de l'unité de négociation. Il s'agit du principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire, une garantie courante dans les lois en droit du travail au Canada. Dans le contexte de la présente affaire, et compte tenu de la vulnérabilité particulière des travailleurs agricoles, je partage l'avis du juge en chef Winkler que la reconnaissance, par la loi, d'un tel monopole est essentielle pour que ces travailleurs puissent exercer véritablement leurs droits de négociation.

[344] Déjà en 1944, quand les ministres du travail de tout le pays se sont entendus sur les principes qui ont donné naissance à la loi type intitulée *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, ch. 54, le monopole syndical conféré par un vote majoritaire constituait une garantie d'importance capitale. La plupart des provinces ont rapidement intégré ces principes dans leur législation (Adams, vol. 1, par. 1.240-1.250).

[345] Sauf dans certains services publics et dans le secteur de la construction au Québec (*Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20), le monopole syndical conféré par un vote majoritaire est demeuré un principe déterminant du modèle canadien des relations du travail (Rayner, p. 16; Carter et autres, par. 574).

[346] Cette protection est dictée par le bon sens et justifiée par la situation qui existait avant 1944. Sans monopole syndical, l'employeur peut susciter des rivalités et semer la discorde parmi les

representatives in order to “divide and rule the work force”, using tactics like engaging in direct negotiations with individual employees to undercut “the credibility of the union . . . at the bargaining table” (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at p. 126; see also Adams, vol. 1, at para. 3.1750).

[347] Rol-Land Farms, for example, unrestrained by the legal requirement to bargain only with one bargaining agent, sponsored its own “employee association” in direct competition with the union that had the workers’ majority support. That is precisely the kind of conduct that Bora Laskin identified in 1944 as the flaw in Canada’s then existing labour legislation, namely that “it neither compelled employers to bargain collectively with the duly chosen representatives of their employees nor did it prohibit them from fostering company-dominated unions” (“Recent Labour Legislation in Canada” (1944), 22 *Can. Bar Rev.* 776, at p. 781). It also led Canada’s labour ministers that same year to include exclusivity among what were considered to be indispensable protections for collective bargaining rights.

[348] The inevitable splintering of unified representation resulting from the absence of statutory protection for exclusivity is particularly undermining for particularly vulnerable employees. Professor David M. Beatty vividly observed that agricultural workers are “among the most economically exploited and politically neutralized individuals in our society”:

Because they are heavily drawn from a migrant and immigrant population, these workers face even more serious obstacles to effective participation in the political process. . . . Denying agricultural workers the benefits of [collective bargaining] means that the legal processes which enable much of the rest of our workforce to be involved in decision-making at the workplace in a realistic way are unavailable to the farm workers. Thus a group of workers who are already

multiples représentants des employés dans le but de [TRADUCTION] « diviser pour régner sur la main-d’œuvre », par diverses tactiques, comme négocier directement avec certains employés en vue de miner « la crédibilité du syndicat [. . .] à la table de négociation » (Paul Weiler, *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 126; voir également Adams, vol. 1, par. 3.1750).

[347] Rol-Land Farms, par exemple, qui n’était pas soumise à l’obligation légale de négocier avec un seul agent négociateur, a soutenu sa propre « association d’employés » en concurrence directe avec le syndicat qui bénéficiait de l’appui de la majorité des employés. C’est exactement le genre de conduite qu’a dénoncée Bora Laskin, en 1944, comme le point faible de la législation qui régissait alors le droit du travail au Canada, déplorant qu’elle [TRADUCTION] « n’oblige pas les employeurs à négocier avec les représentants dûment choisis de leurs employés, ni ne leur interdit de soutenir des syndicats dominés par l’employeur » (« Recent Labour Legislation in Canada » (1944), 22 *R. du B. can.* 776, p. 781). Cet état de fait a également amené les ministres canadiens du travail à inclure, cette année-là, le monopole syndical parmi les garanties indispensables à l’exercice des droits de négociation collective.

[348] L’inévitable scission de l’unité de représentation en l’absence de reconnaissance légale du monopole syndical est particulièrement grave pour les employés les plus vulnérables. Le professeur David M. Beatty a fait remarquer, en termes éloquentes, que les travailleurs agricoles comptent [TRADUCTION] « parmi les personnes les plus exploitées sur le plan économique et les plus démunies sur le plan politique au sein de notre société » :

[TRADUCTION] Parce qu’ils proviennent en grande partie de populations migrantes ou immigrantes, ces travailleurs éprouvent d’autant plus de difficultés à participer véritablement au processus politique. [. . .] En privant les travailleurs agricoles des avantages que confère [la négociation collective], on met hors de leur portée les processus juridiques qui permettent au gros de la population active de participer de manière réaliste à la prise de décisions en milieu de travail. Ainsi,

among the least powerful are given even less opportunity than the rest of us to participate in the formulation and application of the rules governing their working conditions.

(*Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), at p. 89)

See also Task Force on Labour Relations, *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations* (1968) (the “Woods Report”), at p. 86.

[349] These conclusions were echoed by the trial judge in *Dunmore*, Sharpe J., whose observations were endorsed in this Court by Bastarache J.:

Distinguishing features of agricultural workers are their political impotence, their lack of resources to associate without state protection and their vulnerability to reprisal by their employers; as noted by Sharpe J., agricultural workers are “poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility” . . . [para. 41]

[350] The conditions of singular employment disadvantage for workers in the agricultural sector, as the trial judge in this case acknowledged, remain operative today. Permitting multiple representatives of disparate individuals or groups in such a workplace effectively nullifies the ability of its workers to have a unified and therefore more cogent voice in attempting to mitigate and ameliorate their relentlessly arduous working conditions.

[351] I acknowledge that different models of labour relations exist globally, some of which do not recognize the principle of majoritarian exclusivity (Clyde W. Summers, “Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a ‘Unique’ American Principle” (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 47; Roy J. Adams, “Prospects for Labour’s Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services*” (2009), 59 *U.N.B.L.J.* 85). These models, however, have been developed in entirely different historical contexts and systems of collective bargaining and have yet to be seriously road-tested in the Canadian

un groupe de travailleurs qui compte déjà parmi les plus impuissants ont encore moins que les autres l’occasion de participer à l’établissement et à l’application des règles régissant leurs conditions de travail.

(*Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 89)

Voir également Équipe spécialisée en relations de travail, *Les relations du travail au Canada : Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* (1968) (le “Rapport Woods”), p. 96.

[349] Ces conclusions ont été reprises par le juge de première instance dans l’affaire *Dunmore*, le juge Sharpe, dont les remarques ont été approuvées par le juge Bastarache :

Les travailleurs agricoles n’ont ni pouvoir politique, ni ressources pour se regrouper sans la protection de l’État, et ils sont vulnérables face aux représailles patronales; comme le fait observer le juge Sharpe, les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d’emploi restreinte » . . . [par. 41]

[350] La situation professionnelle particulière désavantageuse des travailleurs agricoles perdure, comme l’a reconnu le juge de première instance dans la présente affaire. Permettre la représentation de personnes ou groupes distincts par divers agents au sein d’un tel milieu de travail a pour effet de priver ces travailleurs de la capacité d’avoir une voix unie et puissante, pour tenter d’alléger et d’améliorer leurs conditions de travail ardues et incessantes.

[351] Je reconnais qu’il existe différents modèles de relations du travail de par le monde, dont certains ne consacrent pas le principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire (Clyde W. Summers, « Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a “Unique” American Principle » (1998), 20 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 47; Roy J. Adams, « Prospects for Labour’s Right to Bargain Collectively After *B.C. Health Services* » (2009), 59 *R.D. U.N.-B.* 85). Toutefois, ces modèles sont issus de contextes historiques et de systèmes de négociation collective complètement différents



context outside of the construction industry in Quebec. This is not to say that there is no room for innovation in the modalities of the Canadian labour relations model. But to “innovate” by eliminating a fundamental protection for the most vulnerable of workers is nullification, not innovation.

[352] Can the absence of these statutory protections be justified under s. 1 of the *Charter*? In my view they cannot.

[353] Chief Justice Winkler found that the relevant objectives of the rights limitation — the failure to provide agricultural workers with the necessary statutory protections to exercise the right to bargain collectively — were “to protect the family farm and farm production/viability” (para. 122).

[354] These were found by this Court to be pressing and substantial objectives in *Dunmore* and are conceded to reach the necessary threshold in our case.

[355] Even assuming that there is a rational connection between at least the second objective and the limitation, I see the minimal impairment branch of the *Oakes* test as being determinative. Under this step we ask whether there are “less harmful means of achieving the legislative goal” (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 53). The *AEPA* has an absolute exclusion of any protection for a process of collective bargaining: all agricultural workers, in all sectors of agriculture, no matter the size and nature of the agricultural enterprise, are precluded from exercising their s. 2(d) rights. If the government has impeded those rights more than is reasonably necessary to achieve its stated objectives, then this absolute exclusion is not constitutionally justified.

[356] The first governmental objective of the absolute exclusion is the protection of family farms.

et n’ont jamais été sérieusement mis à l’essai au Canada, hormis dans le secteur de la construction au Québec. Je ne veux pas dire par là qu’il n’y a pas place à l’innovation dans les modalités du modèle des relations du travail au Canada. Toutefois, « innover » en retirant une protection fondamentale aux travailleurs les plus vulnérables ne serait pas innovateur, mais dévastateur.

[352] L’absence de ces protections dans la loi peut-elle se justifier au regard de l’article premier de la *Charte*? Je ne le crois pas.

[353] Le juge en chef Winkler a conclu que les objectifs pertinents de cette limitation des droits — c’est-à-dire du fait de ne pas accorder aux travailleurs agricoles les protections légales nécessaires à l’exercice de leur droit de négociation collective — étaient [TRADUCTION] « de protéger la ferme familiale ainsi que la productivité et la viabilité des exploitations agricoles » (par. 122).

[354] Notre Cour a jugé qu’il s’agissait d’objectifs urgents et réels dans *Dunmore* et il est admis qu’ils satisfont à ce critère en l’espèce.

[355] Même à supposer qu’il existe un lien rationnel entre la restriction du droit et, au moins, le second objectif, le critère de l’atteinte minimale du test de l’arrêt *Oakes* est, à mon avis, déterminant. À cette étape, la question qui se pose est la suivante : « [E]xiste-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif? » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 53). Le régime de la *LPEA* crée une exclusion absolue du processus de négociation collective : elle empêche tous les travailleurs agricoles, dans tous les secteurs agricoles, peu importe la taille et la nature de l’entreprise agricole, d’exercer leurs droits garantis par l’al. 2d). Si le gouvernement a restreint ces droits plus qu’il n’était raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs déclarés de la loi, l’exclusion absolue ne peut se justifier sur le plan constitutionnel.

[356] Le premier objectif de cette exclusion absolue est la protection de la ferme familiale. Est-ce

Is a one-size-fits-all exclusion responsive to protecting family farms? It seems to me clear that less harmful means than outright exclusion are readily available to achieve the objective. Two provinces, for example, Quebec and New Brunswick, have specific exemptions for farms employing less than three (*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21) or five (*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(a)) workers.

[357] It is also worth remembering that we are dealing with a highly diversified sector, only some of which consists of family farms. As Bastarache J. noted, there is an “increasing trend . . . towards corporate farming and complex agribusiness” (*Dunmore*, at para. 62). Rol-Land Farms, for example, is a mushroom farm that employs between 270-300 workers. The nature of this kind of farm, as described in *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813, does “not differ in any material respect from a typical manufacturing plant” (para. 29). The description in the reasons of Vice-Chairman R. O. MacDowell is telling:

There is no close involvement with the family farm. The production process is not seasonal, but rather, resembles a production cycle. The labour force is neither casual nor transitory. The operation is of considerable size, employing close to 200 employees in a single location with a “factory atmosphere”; and the company is much less economically vulnerable than many other employers to which *The Labour Relations Act* applies. [para. 25]

[358] Preventing *all* agricultural workers from access to a process of collective bargaining in order to protect family farms, no matter their size or character, is the antithesis of minimal impairment. Such a limitation harms the s. 2(d) right in its entirety, not minimally.

[359] The other government objective is more general — the protection of the viability of farms and agricultural production. It is instructive to consider the 1992 recommendations of the

qu’une telle exclusion est sensée pour protéger la ferme familiale? Il me semble évident que d’autres moyens moins préjudiciables qu’une exclusion absolue pourraient facilement permettre la réalisation de cet objectif. Dans deux provinces, par exemple, soit le Québec et le Nouveau-Brunswick, des exemptions ont été prévues pour les fermes comptant respectivement moins de trois employés (*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 21) et moins de cinq employés (*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, al. 1(5)a)).

[357] Il convient aussi de rappeler qu’il s’agit d’un secteur très diversifié, dont les fermes familiales ne représentent qu’une partie. Comme le juge Bastarache le fait remarquer, l’agriculture « évolue de plus en plus vers l’exploitation commerciale et l’agro-industrie » (*Dunmore*, par. 62). Par exemple, la champignonnière Rol-Land Farms compte de 270 à 300 employés. Selon la description figurant dans *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. 813, la nature de ce type de ferme [TRADUCTION] « ne diffère pas, sur un point important, d’une usine ordinaire » (par. 29). Voici la description révélatrice qu’en fait le vice-président R. O. MacDowell :

[TRADUCTION] Cette entreprise ne ressemble en rien à une ferme familiale. La production n’est pas saisonnière, mais étalée selon un cycle de production. La main-d’œuvre n’est ni occasionnelle, ni migrante. L’exploitation est de taille considérable et emploie près de 200 employés dans un seul lieu où règne une « atmosphère d’usine »; et cette entreprise est beaucoup moins vulnérable sur le plan économique que bon nombre d’autres employeurs visés par la *Loi sur les relations de travail*. [par. 25]

[358] Priver *tous* les travailleurs agricoles d’un processus de négociation collective pour protéger les fermes familiales, sans égard à la taille ou à la nature de l’exploitation agricole, est l’antithèse d’une atteinte minimale. Une telle restriction porte atteinte au droit garanti par l’al. 2d) dans sa totalité, non minimalement.

[359] Le second objectif du gouvernement est plus général — protéger la productivité et la viabilité des exploitations agricoles. Il est utile de prendre connaissance des recommandations présentées

Ontario government's consultative Task Force on Agricultural Labour Relations, composed of representatives from the agricultural community, organized labour, farm workers and government (*Report to the Minister of Labour* (June 1992); *Second Report to the Minister of Labour* (November 1992)). The Task Force's recommendations in its two reports are germane not because they should be seen as binding, but because they demonstrate that there are "less harmful means" than an absolute exclusion to achieve the government's objective of protecting agricultural production and viability.

[360] The Task Force considered whether — and how — agricultural workers should be entitled to bargain collectively, given the unique characteristics of the agricultural sector. It concluded that "all persons employed in agriculture and horticulture" should be able to engage in collective bargaining, including those on family or smaller farms, but in accordance with a separate labour relations scheme that is "sufficiently modified" to reflect the "particular needs" of the agricultural sector (First Report, at pp. 7-8).

[361] The "single most critical issue" raised by farm owners before the Task Force was the "threat of work stoppage" (First Report, at p. 3). In response to this and many other submissions, the Task Force recommended that all forms of work stoppage be prohibited and replaced by a dispute resolution process that:

- emphasizes the preference for negotiated settlements between the parties.
- provides a conciliation and mediation service to assist the parties in reaching a negotiated settlement.
- provides an arbitration process for the final and binding resolution of all outstanding matters

en 1992 par le Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole (« groupe d'étude »), constitué par le gouvernement ontarien et composé de représentants du secteur agricole, du gouvernement, des syndicats et des travailleurs agricoles (*Report to the Minister of Labour* (juin 1992); *Second Report to the Minister of Labour* (novembre 1992)). Sans avoir force obligatoire, les recommandations formulées par le groupe d'étude dans ses deux rapports sont tout de même pertinentes en ce sens qu'elles démontrent qu'il existe des « moyens moins préjudiciables » qu'une exclusion absolue d'atteindre ce second objectif de l'État, savoir protéger la productivité et la viabilité des exploitations agricoles.

[360] Le groupe d'étude a examiné la question de savoir si les travailleurs agricoles devaient se voir conférer le droit de négociier collectivement, étant donné les caractéristiques propres au secteur agricole, et, dans l'affirmative, selon quelles modalités. Il est arrivé à la conclusion que [TRADUCTION] « toutes les personnes employées dans les secteurs agricole et horticole », même celles participant à l'exploitation d'une ferme familiale ou de petite taille, devraient pouvoir participer à un processus de négociation collective, mais selon un régime de relations de travail distinct « suffisamment modifié » pour répondre aux « besoins particuliers » du secteur agricole (rapport du mois de juin, p. 7-8).

[361] La [TRADUCTION] « question la plus critique » soulevée par les exploitants agricoles devant le groupe d'étude était la « menace d'un arrêt de travail » (rapport du mois de juin, p. 3). En réponse à cette considération et à de nombreuses autres, le groupe d'étude a recommandé que toute forme d'arrêt de travail soit interdit et remplacé par un processus de règlement des différends qui

[TRADUCTION]

- favorise expressément la conclusion d'un règlement négocié par les parties;
- offre aux parties des services de conciliation et de médiation pour les aider à parvenir à un règlement par la négociation;
- offre aux parties un processus d'arbitrage pour le règlement définitif et exécutoire des points

between the parties following exhaustion of the negotiation process. [First Report, at p. 10]

It also recommended that there be an Agricultural Labour Relations Act, to be administered by a separate Board (Second Report, at p. 17).

[362] The government adopted these recommendations in the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 (“ALRA”). The ALRA included protection for collective bargaining, including exclusivity, but prohibited work stoppages (ss. 3, 10 and 11). The inherent compromise in that legislation is reflected in its preamble:

It is in the public interest to extend collective bargaining rights to employees and employers in the agriculture and horticulture industries.

However, the agriculture and horticulture industries have certain unique characteristics that must be considered in extending those rights. Those unique characteristics include seasonal production, climate sensitivity, time sensitivity, and perishable nature of agriculture and horticulture products, and the need for maintenance of continuous processes to ensure the care and survival of animal and plant life.

[363] The ALRA was repealed in 1995 (c. 1, s. 80). Thereafter, agricultural workers were left only with their pre-existing exclusion from the *Ontario Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, creating the spark that ignited *Dunmore*.

[364] And since s. 1 of the *Charter* directs us to compare how other democratic governments limit a particular right, it is also helpful to look at how other Canadian jurisdictions deal with agricultural workplaces. Except in Alberta, agricultural workers in every province have the same collective bargaining rights as other employees, including exclusivity (*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 1; *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 2; *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 1; *Labour Code* (Que.), s. 21; *Industrial*

encore en litige entre les parties une fois qu’elles ont épuisé le processus de négociation. [rapport du mois de juin, p. 10]

Il a également recommandé l’adoption d’une loi sur les relations de travail dans l’agriculture, dont une commission des relations de travail distincte assurerait l’application (rapport du mois de novembre, p. 17).

[362] Le gouvernement a donné suite à ces recommandations en adoptant la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l’agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« LRTA »). Cette loi reconnaissait le droit à la négociation collective, y compris le principe du monopole syndical, mais interdisait les arrêts de travail (art. 3, 10 et 11). Le préambule de ce texte illustre bien le compromis qui le sous-tend :

Il est dans l’intérêt public d’étendre le droit à la négociation collective aux employés et employeurs des industries agricole et horticole.

Toutefois, les industries agricole et horticole possèdent certaines caractéristiques particulières dont il faut tenir compte en étendant ce droit, notamment le caractère saisonnier de la production, la sensibilité au climat et au facteur temps, la nature périssable des produits agricoles et horticoles et la nécessité de maintenir des procédés continus afin de garantir le soin et la survie des animaux et des végétaux.

[363] La LRTA a été abrogée en 1995 (ch. 1, art. 80). Aucun régime particulier ne s’appliquait plus aux travailleurs agricoles hormis l’exclusion figurant dans la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A. C’est cette étincelle qui a mis le feu aux poudres dans l’affaire *Dunmore*.

[364] Par ailleurs, comme l’article premier de la *Charte* nous invite à un examen comparatif des restrictions à un droit particulier imposées dans d’autres sociétés démocratiques, il me paraît utile d’examiner les mesures prises dans d’autres ressorts canadiens à l’égard du secteur agricole. Dans chaque province, sauf en Alberta, les travailleurs agricoles bénéficient des mêmes droits de négociation collective que d’autres employés, y compris le monopole syndical (*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 1; *The Trade Union Act*,

*Relations Act* (N.B.), s. 1(5)(a); *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 2(1); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 7; *Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 2(1); *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 4(2)(e)).

[365] Reviewing the consequences of the near-universality of extending bargaining rights to Canadian agricultural workers, the 1992 Task Force concluded that the availability of the right to bargain collectively in these provinces has not “had a significant negative impact on farm economics” (First Report, at p. 3). This state of national affairs clearly does not preclude the government from offering a s. 1 justification unique to Ontario, but it has not, and perhaps realistically cannot, explain why Ontario’s farming interests are *so* different as to warrant a complete exclusion rather than less intrusive means of achieving its objectives.

[366] The agricultural sector undoubtedly faces significant economic challenges, but so do many others, in none of which are employees deprived of access to a process of collective bargaining.

[367] The government has therefore not justified why achieving protection for agricultural viability and production requires so uniquely draconian a restriction on s. 2(d) rights. The limitation is, in fact, like its relationship to protecting family farms, not even remotely tailored to meet the government’s objective in a less intrusive way. It is, in fact, not tailored at all. As Winkler C.J.O. concluded:

... the legislature made no attempt to engage in a line-drawing exercise ... to tailor a collective bargaining system that recognizes the challenges facing the agricultural sector. [para. 135]

R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 2; *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 1; *Code du travail* (Qc), art. 21; *Loi sur les relations industrielles* (N.-B.), al. 1(5)a); *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, par. 2(1); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. L-1, art. 7; *Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, ch. L-1, par. 2(1); *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, al. 4(2)e)).

[365] Ayant examiné les conséquences de l’extension des droits de négociation à la quasi-totalité des travailleurs agricoles canadiens, le groupe d’étude de 1992 a conclu que le droit de négocier collectivement conféré par ces provinces n’avait pas [TRADUCTION] « eu une incidence négative importante sur l’économie agricole » (rapport du mois de juin, p. 3). Cette réalité nationale ne prive évidemment pas le gouvernement ontarien de la possibilité de faire valoir, au regard de l’article premier, une justification propre à l’Ontario, mais il n’a pas expliqué — et ne pourrait peut-être pas en fait expliquer — en quoi les intérêts agricoles de cette province sont *si* différents qu’ils justifient l’exclusion totale, plutôt que des moyens moins attentatoires d’atteindre ses objectifs.

[366] Le secteur agricole fait assurément face à d’importantes difficultés sur le plan économique, mais c’est aussi le cas de nombreux autres secteurs d’activités. Or, dans aucun de ces autres secteurs, on n’empêche les travailleurs de participer à un processus de négociation collective.

[367] Le gouvernement n’a donc pas démontré en quoi une restriction aussi draconienne des droits garantis par l’al. 2d) est nécessaire pour protéger la viabilité et la productivité des exploitations agricoles. Cette restriction, en fait, comme dans son rapport avec la protection des fermes familiales, n’est pas, ne serait-ce qu’un tant soit peu, adaptée à la réalisation de l’objectif de l’État par un moyen moins attentatoire. En effet, elle n’est pas adaptée du tout. Pour reprendre les propos du juge en chef Winkler :

[TRADUCTION] ... le législateur n’a même pas tenté de tracer des limites [...] pour établir un système de négociation collective adapté aux difficultés que doit surmonter le secteur agricole. [par. 135]

[368] On the other hand, it bears repeating that the *AEPA* was designed before *Health Services* was decided. The government could hardly be expected to tailor its legislation in accordance with a bargaining regime it had neither a duty nor an intention to implement at the time. Nonetheless, the fact is that *Health Services* intervened and changed the microscope under which the *AEPA* was scrutinized. And under the new lens, the complete absence of any statutory protection for a process of collective bargaining in the *AEPA* cannot be said to be minimally impairing of the s. 2(d) right.

[369] I would therefore dismiss the appeal without costs.

### APPENDIX

*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A

3. This Act does not apply,

. . .

(b.1) to an employee within the meaning of the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*;

*Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16

1. (1) The purpose of this Act is to protect the rights of agricultural employees while having regard to the unique characteristics of agriculture, including, but not limited to, its seasonal nature, its sensitivity to time and climate, the perishability of agricultural products and the need to protect animal and plant life.

(2) The following are the rights of agricultural employees referred to in subsection (1):

1. The right to form or join an employees' association.
2. The right to participate in the lawful activities of an employees' association.
3. The right to assemble.
4. The right to make representations to their employers, through an employees' association, respecting the terms and conditions of their employment.

[368] Par contre, il faut rappeler que la rédaction de la *LPEA* a précédé l'arrêt *Health Services*. On aurait difficilement pu demander au législateur d'adapter sa loi à un régime de négociation qu'il n'avait ni l'obligation, ni l'intention, de mettre sur pied à l'époque. Néanmoins, le fait demeure que l'arrêt *Health Services* a été rendu depuis et qu'il a changé le microscope servant à scruter la *LPEA*. Et sous la nouvelle lentille, l'absence dans la loi de toute protection du processus de négociation collective ne peut pas être considérée comme une atteinte minimale au droit garanti par l'al. 2d).

[369] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

### ANNEXE

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

. . .

b.1) à l'employé au sens de la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*;

*Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, ch. 16

1. (1) La présente loi a pour objet de protéger les droits des employés agricoles tout en tenant compte des caractéristiques propres à l'agriculture, notamment son caractère saisonnier, sa vulnérabilité au temps et au climat, la nature périssable des produits agricoles et la nécessité de protéger la vie animale et végétale.

(2) Les droits des employés agricoles visés au paragraphe (1) sont les suivants :

1. Le droit de former une association d'employés ou d'adhérer à une telle association.
2. Le droit de participer aux activités légitimes d'une association d'employés.
3. Le droit de réunion.
4. Le droit de présenter des observations à leurs employeurs, par l'intermédiaire d'une association d'employés, au sujet de leurs conditions d'emploi.

5. The right to protection against interference, coercion and discrimination in the exercise of their rights.

2. (1) In this Act,

. . .

“employees’ association” means an association of employees formed for the purpose of acting in concert;

. . .

5. (1) The employer shall give an employees’ association a reasonable opportunity to make representations respecting the terms and conditions of employment of one or more of its members who are employed by that employer.

(2) For greater certainty, an employees’ association may make its representations through a person who is not a member of the association.

(3) For the purposes of subsection (1), the following considerations are relevant to the determination of whether a reasonable opportunity has been given:

1. The timing of the representations relative to planting and harvesting times.
2. The timing of the representations relative to concerns that may arise in running an agricultural operation, including, but not limited to, weather, animal health and safety and plant health.
3. Frequency and repetitiveness of the representations.

(4) Subsection (3) shall not be interpreted as setting out a complete list of relevant considerations.

(5) The employees’ association may make the representations orally or in writing.

(6) The employer shall listen to the representations if made orally, or read them if made in writing.

(7) If the representations are made in writing, the employer shall give the association a written acknowledgment that the employer has read them.

. . .

5. Le droit d’exercer leurs droits sans crainte d’ingérence, de contrainte ou de discrimination.

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« association d’employés » Association d’employés formée pour agir de concert.

. . .

5. (1) Un employeur donne à une association d’employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d’emploi d’un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(2) Il est entendu que l’association d’employés peut présenter ses observations par l’intermédiaire d’une personne qui n’en est pas membre.

(3) Pour l’application du paragraphe (1), les éléments suivants sont pertinents lorsqu’il s’agit d’établir si une occasion raisonnable a été donnée :

1. Le moment où les observations sont présentées par rapport aux dates de plantation et de récolte.
2. Le moment où les observations sont présentées par rapport aux préoccupations qui peuvent surgir pendant la gestion d’une exploitation agricole, notamment les conditions atmosphériques, la santé et la sécurité des animaux ainsi que la santé des végétaux.
3. La fréquence et la répétitivité des observations.

(4) Le paragraphe (3) ne doit pas s’interpréter comme donnant une liste complète d’éléments pertinents.

(5) L’association d’employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L’employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l’employeur informe l’association d’employés par écrit qu’il les a lues.

. . .

8. No employer, employers' organization or person acting on behalf of an employer or an employers' organization shall interfere with the formation, selection or administration of an employees' association, the representation of employees by an employees' association or the lawful activities of an employees' association, but nothing in this section shall be deemed to deprive an employer of the employer's freedom to express views so long as the employer does not use coercion, intimidation, threats, promises or undue influence.

9. No employer, employers' organization or person acting on behalf of an employer or an employers' organization,

- (a) shall refuse to employ or to continue to employ a person, or discriminate against a person in regard to employment or any term or condition of employment because the person was or is a member of an employees' association or was or is exercising any other right under this Act;
- (b) shall impose any condition in a contract of employment or propose the imposition of any condition in a contract of employment that seeks to restrain an employee or a person seeking employment from becoming a member of an employees' association or exercising any other right under this Act; or
- (c) shall seek by threat of dismissal, or by any other kind of threat, or by the imposition of a pecuniary or other penalty, or by any other means to compel an employee to become or refrain from becoming or to continue to be or to cease to be a member or officer or representative of an employees' association or to cease to exercise any other right under this Act.

10. No person, employees' association, employers' organization or other entity shall seek by intimidation or coercion to compel any person to become or refrain from becoming or to continue to be or to cease to be a member of an employees' association or of an employers' organization or to refrain from exercising any right under this Act or from performing any obligations under this Act.

18. The *Labour Relations Act, 1995* does not apply to employees or employers in agriculture.

8. Un employeur, une association patronale ou une personne qui agit pour leur compte ne doit pas s'ingérer dans la formation, le choix ou l'administration d'une association d'employés, la représentation des employés par une telle association ou les activités légitimes d'une telle association. Toutefois, l'employeur demeure libre d'exprimer son point de vue, pourvu qu'il ne recoure pas à la contrainte, à l'intimidation, à des menaces ou à des promesses, ni n'abuse de son influence.

9. Un employeur, une association patronale ou une personne qui agit pour leur compte ne doit pas, selon le cas :

- a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne ou faire preuve de discrimination envers une personne en ce qui concerne l'emploi ou une condition d'emploi parce qu'elle était ou est membre d'une association d'employés ou qu'elle exerçait ou exerce un autre droit que lui confère la présente loi;
- b) imposer ou proposer d'imposer, dans un contrat de travail, une condition qui vise à restreindre le droit d'un employé ou d'une personne qui cherche un emploi de devenir membre d'une association d'employés ou d'exercer un autre droit que lui confère la présente loi;
- c) chercher, par la menace de congédiement ou par toute autre forme de menace, ou par l'imposition d'une peine pécuniaire ou autre, ou par un autre moyen quelconque à obliger un employé à devenir ou à ne pas devenir, à continuer ou à cesser d'être membre, dirigeant ou agent d'une association d'employés ou à cesser d'exercer un autre droit que lui confère la présente loi.

10. Une personne, une association d'employés, une association patronale ou une autre entité ne doit pas chercher par l'intimidation ou la contrainte à obliger quiconque à devenir ou à ne pas devenir, à continuer ou à cesser d'être membre d'une association d'employés ou d'une association patronale ou à s'abstenir d'exercer un droit que lui confère la présente loi ou de s'acquitter des obligations que lui impose celle-ci.

18. La *Loi de 1995 sur les relations de travail* ne s'applique pas aux employés et employeurs du domaine de l'agriculture.



*Appeal allowed and action dismissed, ABELLA J. dissenting.*

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

*Solicitors for the respondents: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, 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 New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener the Ontario Federation of Agriculture: Heenan Blaikie, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications: Heenan Blaikie, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Conseil du patronat du Québec Inc.: Heenan Blaikie, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund: Heenan Blaikie, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Employers Council: Stewart McKelvey, St. John's.*

*Solicitors for the interveners the Coalition of BC Businesses and the British Columbia Agriculture Council: Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Pourvoi accueilli et action rejetée, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, 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 Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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

*Procureurs de l'intervenante la Fédération de l'agriculture de l'Ontario : Heenan Blaikie, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant les Employeurs des transports et communications de régie fédérale : Heenan Blaikie, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec Inc. : Heenan Blaikie, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie : Heenan Blaikie, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des employeurs : Stewart McKelvey, St. John's.*

*Procureurs des intervenants Coalition of BC Businesses et British Columbia Agriculture Council : Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners Justicia for Migrant Workers and the Industrial Accident Victims Group of Ontario: Pieters Law Office, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Green & Cherver, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Justicia for Migrant Workers et Industrial Accident Victims Group of Ontario : Pieters Law Office, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des policiers : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Green & Cherver, Toronto.*

**Derek James Loewen** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. LOEWEN**

**2011 SCC 21**

File No.: 33914.

Hearing and Judgment: April 12, 2011.

Reasons Delivered: May 5, 2011.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional Law — Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Whether arrest of accused and search of his vehicle was lawful and reasonable — Whether evidence of cocaine seized during search was admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495(1)(a).*

After stopping the accused for speeding, a police officer smelled freshly burnt marijuana coming from the vehicle and found \$5,410 in the accused's pocket. He arrested the accused for possession of a controlled substance, searched the vehicle, and found 100 grams of crack cocaine. The trial judge admitted the evidence of cocaine. The accused was convicted of possession of cocaine for the purpose of trafficking. A majority of the Court of Appeal upheld the conviction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The arrest and the search of the vehicle did not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the evidence of cocaine was admissible. The police officer had reasonable grounds to believe that the accused was in possession of sufficient marijuana to constitute an indictable offence. The accused was not wrongfully detained. The arrest was lawful and the search was properly incidental to the arrest. Even if a breach of the *Charter* had been found, the evidence would be admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

**Derek James Loewen** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. LOEWEN**

**2011 CSC 21**

N<sup>o</sup> du greffe : 33914.

Audition et jugement : 12 avril 2011.

Motifs déposés : 5 mai 2011.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — L'arrestation de l'accusé et la fouille de son véhicule étaient-elles légales et raisonnables? — La cocaïne saisie pendant la fouille était-elle admissible en preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495(1)a).*

Après avoir intercepté l'accusé pour excès de vitesse, un policier a senti une odeur de marijuana récemment brûlée émanant du véhicule et il a trouvé 5 410 \$ dans la poche de l'accusé. Il a arrêté ce dernier pour possession d'une substance réglementée, a fouillé le véhicule et y a trouvé 100 grammes de crack. La juge du procès a admis la cocaïne en preuve. L'accusé a été déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. La Cour d'appel a, à la majorité, confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'arrestation et la fouille du véhicule n'ont pas été effectuées en violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la cocaïne recueillie en preuve était admissible. Le policier avait des motifs raisonnables de croire que l'accusé était en possession d'une quantité suffisante de marijuana pour que cet acte constitue un acte criminel. L'accusé n'a pas été détenu illégalement. L'arrestation était légale et la fouille y était légitimement accessoire. Même si la juge du procès avait conclu à une violation de la *Charte*, la preuve aurait été admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*.

**Cases Cited**

**Referred to:** *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, 24(2).

*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 4.

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495(1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt, Berger and Slatter JJ.A.), 2010 ABCA 255, 32 Alta. L.R. (5th) 203, 260 C.C.C. (3d) 296, 490 A.R. 72, [2011] 2 W.W.R. 15, [2010] A.J. No. 980 (QL), 2010 CarswellAlta 1721, affirming a decision of Ross J., 2008 ABQB 660, 461 A.R. 193, [2008] A.J. No. 1187 (QL), 2008 CarswellAlta 1637. Appeal dismissed.

*Paul L. Moreau and Darin Slaferek*, for the appellant.

*Monique Dion and Ronald C. Reimer*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Mr. Loewen was pulled over for speeding by Sergeant Topham. At the roadside, the officer smelled freshly burnt marijuana coming from inside the vehicle, and found \$5,410 in cash in Mr. Loewen's pocket. Sergeant Topham placed Mr. Loewen under arrest for possession of a controlled substance. He then searched Mr. Loewen's vehicle and found 100 grams of crack cocaine.

[2] The issue in this case is whether the arrest and search of the vehicle violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether the evidence of the cocaine should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge and a majority of the Alberta Court of Appeal held that there was no *Charter* violation, and in the alternative, that the evidence should be admitted under s. 24(2) of the *Charter*. Berger J.A. dissented, holding that the

**Jurisprudence**

**Arrêt mentionné :** *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, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495(1).

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 4.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt, Berger et Slatter), 2010 ABCA 255, 32 Alta. L.R. (5th) 203, 260 C.C.C. (3d) 296, 490 A.R. 72, [2011] 2 W.W.R. 15, [2010] A.J. No. 980 (QL), 2010 CarswellAlta 1721, qui a confirmé une décision de la juge Ross, 2008 ABQB 660, 461 A.R. 193, [2008] A.J. No. 1187 (QL), 2008 CarswellAlta 1637. Pourvoi rejeté.

*Paul L. Moreau et Darin Slaferek*, pour l'appellant.

*Monique Dion et Ronald C. Reimer*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — M. Loewen a été intercepté par le sergent Topham pour excès de vitesse. Pendant que le véhicule était immobilisé en bordure de la route, le policier a senti une odeur de marijuana récemment brûlée qui émanait de celui-ci et il a trouvé 5 410 \$ en argent liquide dans la poche de M. Loewen. Le sergent Topham a arrêté ce dernier pour possession d'une substance réglementée, puis a fouillé son véhicule et y a trouvé 100 grammes de crack.

[2] En l'espèce, il s'agit de décider si l'arrestation et la fouille du véhicule ont été effectuées en violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si la cocaïne recueillie en preuve doit être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu que la *Charte* n'avait pas été violée et que, même si elle l'avait été, la preuve devait être admise en

arrest of Mr. Loewen was unlawful under s. 495(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; that the search was unrelated to the arrest; and that the evidence thereby obtained was inadmissible under s. 24(2) of the *Charter*.

1. Lawfulness of the Arrest Under Section 495(1)(a) of the *Criminal Code*

[3] If the arrest was unlawful, the detention of Mr. Loewen violates s. 9 of the *Charter*. In that case, the search cannot have been incidental to arrest, and hence would violate s. 8 of the *Charter*. The first question is therefore whether the arrest was unlawful.

[4] The trial judge, Ross J., held that the arrest of Mr. Loewen was lawfully made pursuant to s. 495(1)(a), which allows the officer to arrest an individual whom he believes on reasonable grounds has committed an *indictable* offence (2008 ABQB 660, 461 A.R. 193). In the case of marijuana, possession in excess of 30 grams is required to constitute an indictable offence: *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 4. The trial judge held that Sergeant Topham had reasonable grounds to believe that Mr. Loewen was in possession of sufficient marijuana to constitute an indictable offence, having regard to the totality of the evidence, including the smell of burnt marijuana in the car and the sum of \$5,410 found in Mr. Loewen's pocket, mostly in \$20 bills, which suggested that he was involved in the drug trade.

[5] Like the majority in the Court of Appeal, we find no error in the reasons of the trial judge on this point. Both Slatter and Hunt J.J.A. correctly upheld the arrest under s. 495(1)(a) (2010 ABCA 255, 32 Alta. L.R. (5th) 203). (The correctness of this conclusion is not affected by the fact that Slatter J.A. mistakenly held that the requirement of "reasonable grounds" in s. 495(1)(a) is different from the requirement of "reasonable and probable grounds".)

application du par. 24(2) de ce texte. Le juge d'appel Berger, dissident, a affirmé que l'arrestation de M. Loewen était illégale au regard du par. 495(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, que la fouille n'avait aucun lien avec l'arrestation et que la preuve obtenue par suite de celle-ci était inadmissible suivant le par. 24(2) de la *Charte*.

1. Légalité de l'arrestation au regard de l'al. 495(1)a) du *Code criminel*

[3] Si l'arrestation de M. Loewen était illégale, sa détention viole l'art. 9 de la *Charte*. Si c'est le cas, la fouille ne saurait avoir été accessoire à l'arrestation et, par conséquent, elle violerait l'art. 8 de la *Charte*. Il faut donc d'abord se demander si l'arrestation était illégale.

[4] La juge Ross, qui a présidé le procès, a conclu que M. Loewen avait été légalement arrêté en vertu de l'al. 495(1)a), lequel autorise un agent à arrêter une personne qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis un acte *criminel* (2008 ABQB 660, 461 A.R. 193). La possession de plus de 30 grammes de marijuana constitue un acte criminel : *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 4. Selon la juge du procès, le sergent Topham avait des motifs raisonnables de croire que M. Loewen était en possession d'une quantité suffisante de marijuana pour que cet acte constitue un acte criminel, eu égard à l'ensemble de la preuve, notamment l'odeur de marijuana brûlée émanant de la voiture et la somme de 5 410 \$ — en majeure partie des coupures de 20 \$ — découverte dans la poche de M. Loewen, éléments qui tendaient à indiquer l'implication de ce dernier dans le trafic de drogue.

[5] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, nous ne relevons aucune erreur dans les motifs de la juge du procès sur ce point. Les juges Slatter et Hunt ont à juste titre confirmé l'arrestation effectuée en vertu de l'al. 495(1)a) (2010 ABCA 255, 32 Alta. L.R. (5th) 203). (Le fait que le juge Slatter ait erronément affirmé que la règle des « motifs raisonnables » énoncée à l'al. 495(1)a) diffère de celle des « motifs raisonnables et probables » n'influe pas sur la justesse de cette conclusion.)

[6] Berger J.A., dissenting, took the view that the evidence did not support the trial judge's inference that under s. 495(1)(a) it was reasonable to believe that more than 30 grams of marijuana were in the car. He noted the absence of testimony as to the amount of marijuana Sergeant Topham believed was in the car.

[7] We see no error in the conclusion of the trial judge that Sergeant Topham had reasonable grounds to arrest Mr. Loewen for possession of a controlled substance under s. 495(1)(a). The evidence was sufficient to support her inference that the necessary grounds for arrest existed. The trial judge stated:

The large amount of cash was evidence that might have persuaded the sergeant to believe that he was dealing with something beyond 30 grams of marijuana. The sergeant was not examined or cross-examined on exactly this point, but he was clear that in his view he did not have reasonable grounds based on the smell alone, but he did as soon as he became aware of the cash. What the cash adds to the smell is an indication of buying or selling drugs in a relatively large quantity. . . .

. . . .

. . . Based on . . . the smell, the precise nature of it and where it came from, how that smell was associated with the accused and the accused alone, and the cash on the accused's person, the officer came to the conclusion that the accused was currently in possession of marijuana, arrested him for this, and searched for evidence in a search incident to that arrest. The sergeant's subjective belief in the ground is not in doubt, and in my view that subjective belief was objectively reasonable in the circumstances. [paras. 23 and 26]

[8] In our view, the evidence supports these conclusions, and the arrest under s. 495(1)(a) was lawful. It follows that the arrest did not violate the *Charter's* protections against wrongful detention.

[6] De l'avis du juge d'appel Berger, dissident, la preuve n'étayait pas l'inférence de la juge du procès que, selon l'al. 495(1)a), il était raisonnable de croire que plus de 30 grammes de marijuana se trouvaient dans la voiture. Il a souligné l'absence de témoignage quant à la quantité de marijuana qui, d'après ce que croyait le sergent Topham, était dans la voiture.

[7] Nous ne voyons aucune erreur dans la conclusion de la juge du procès que le sergent Topham avait des motifs raisonnables d'arrêter M. Loewen, en vertu de l'al. 495(1)a), pour possession d'une substance réglementée. La preuve était suffisante pour appuyer l'inférence de la juge selon laquelle les motifs nécessaires pour procéder à l'arrestation étaient présents. La juge du procès a dit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION] L'importante somme d'argent était une preuve susceptible d'amener le sergent à croire que la quantité de marijuana en cause dépassait 30 grammes. Le sergent n'a été ni interrogé, ni contre-interrogé sur ce point précis; il a cependant clairement affirmé qu'à son avis il n'avait pas de motifs raisonnables sur la foi de l'odeur seulement, mais qu'il a disposé de tels motifs dès qu'il a découvert l'argent. Conjugué à l'odeur, l'argent est un indice de l'achat ou de la vente de drogues en quantité relativement grande. . . .

. . . Vu [. . .] l'odeur, sa nature précise et sa provenance, les raisons pour lesquelles cette odeur était associée à l'accusé et à l'accusé seulement, et l'argent trouvé sur la personne de l'accusé, le policier a conclu que ce dernier était en possession de marijuana à ce moment-là, il l'a arrêté pour cette raison, puis il a procédé à une fouille accessoire à l'arrestation pour trouver des éléments de preuve. La croyance subjective du sergent en l'existence du motif ne fait aucun doute et, à mon avis, cette croyance subjective était objectivement raisonnable dans les circonstances. [par. 23 et 26]

[8] À notre avis, la preuve étaye les conclusions susmentionnées et l'arrestation effectuée en vertu de l'al. 495(1)a) était légale. Par conséquent, cette arrestation ne violait pas les protections prévues par la *Charte* contre la détention illégale.

[9] In view of this conclusion, it is unnecessary to consider s. 495(1)(b), which was not fully argued on appeal.

## 2. Lawfulness of the Search Incident to Arrest

[10] The trial judge noted that “[t]he connection of the search to the arrest is not disputed” (para. 27). Notwithstanding Berger J.A.’s view to the contrary, we conclude that the trial judge made no error in concluding that the search was properly incidental to arrest, and did not violate s. 8 of the *Charter*.

## 3. Section 24(2)

[11] Since we have found no *Charter* violation, it is not necessary to consider whether the evidence should be admitted under s. 24(2). However, were it necessary to consider this issue, we would have rejected this ground of appeal.

[12] The trial judge concluded that even if a breach of the *Charter* had been found, the evidence obtained by the search would be admissible under s. 24(2) of the *Charter*:

... even if I had found a violation of s. 8, I would have admitted the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The admission of the real evidence obtained by the search would not render the trial unfair. That is conceded. I do not view the *Charter* breach as serious. The officer, in my view, acted in good faith. The accused had a reduced privacy interest in the vehicle, both because a vehicle was searched as opposed to a home, and because the accused was not the owner of the vehicle. [para. 28]

On appeal, Berger J.A., dissenting, would have excluded the evidence.

[13] We see no error in the trial judge’s reasoning or conclusions on this point. Although her decision predated this Court’s decision in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, she considered and weighed the relevant factors. As the majority stated in *Grant*, at para. 86, “[w]here the trial judge

[9] Compte tenu de cette conclusion, il est inutile d’examiner l’al. 495(1)b), qui n’a pas été pleinement débattu en appel.

## 2. Légalité de la fouille accessoire à l’arrestation

[10] La juge du procès a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]e lien entre la fouille et l’arrestation n’est pas contesté » (par. 27). Malgré l’opinion contraire exprimée par le juge d’appel Berger, nous sommes d’avis que la juge du procès n’a pas eu tort de conclure que la fouille était légitimement accessoire à l’arrestation et ne violait pas l’art. 8 de la *Charte*.

## 3. Paragraphe 24(2)

[11] Comme nous n’avons constaté aucune violation de la *Charte*, point n’est besoin de se demander si la preuve doit être admise en application du par. 24(2). Toutefois, s’il avait été nécessaire d’examiner cette question, nous aurions rejeté ce moyen d’appel.

[12] Selon la juge du procès, même si elle avait conclu à une violation de la *Charte*, la preuve obtenue grâce à la fouille aurait été admissible en application du par. 24(2) de la *Charte* :

[TRADUCTION] ... même si j’avais conclu à une violation de l’art. 8, j’aurais admis la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L’utilisation de l’élément de preuve matériel recueilli grâce à la fouille ne rendrait pas le procès inéquitable. On en convient. Je ne considère pas que le manquement à la *Charte* soit sérieux. À mon avis, le policier a agi de bonne foi. L’accusé avait un droit restreint au respect de sa vie privée à l’égard du véhicule, à la fois parce que c’est un véhicule, et non une résidence, qui a été fouillé, et parce que l’accusé n’était pas le propriétaire de ce véhicule. [par. 28]

En appel, le juge Berger, dissident, aurait écarté l’élément de preuve.

[13] Nous ne relevons aucune erreur dans le raisonnement ou les conclusions de la juge du procès sur ce point. Bien que sa décision soit antérieure à l’arrêt de notre Cour *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la juge a examiné et soupesé les facteurs pertinents. Comme l’ont affirmé

has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination.”

4. Conclusion

[14] The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Moreau & Company, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.*

les juges majoritaires au par. 86 de l'arrêt *Grant*, « [l]orsque 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. »

4. Conclusion

[14] Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Moreau & Company, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**V.Y.** *Respondent*

and

**Association in Defence of the Wrongly  
Convicted** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. V.Y.**

**2011 SCC 22**

File No.: 33841.

2011: April 21; 2011: May 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Burden of proof —  
Accused convicted at trial of sexual assault and unlaw-  
ful confinement — Whether trial judge failed to give  
adequate consideration to question of whether evidence  
raised reasonable doubt — Whether majority of court of  
appeal erred in setting aside convictions and ordering  
new trial.*

*Held:* The appeal should be dismissed.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Ontario  
Court of Appeal (Laskin and LaForme JJ.A. and  
Moldaver J.A. dissenting), 2010 ONCA 544, 266  
O.A.C. 27, 258 C.C.C. (3d) 281, 79 C.R. (6th) 327,  
[2010] O.J. No. 3336 (QL), 2010 CarswellOnt 5671,  
setting aside the accused's convictions and order-  
ing a new trial. Appeal dismissed.

*Lisa Joyal*, for the appellant.

*Michael G. Engel, Russell Silverstein and Ingrid  
Grant*, for the respondent.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**V.Y.** *Intimé*

et

**Association in Defence of the Wrongly  
Convicted** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : R. c. V.Y.**

**2011 CSC 22**

N<sup>o</sup> du greffe : 33841.

2011 : 21 avril; 2011 : 6 mai.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Fardeau de la preuve —  
Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et de  
séquestration — Le juge du procès a-t-il omis de dûment  
considérer la question de savoir si la preuve soulevait  
un doute raisonnable? — Les juges majoritaires de la  
Cour d'appel ont-ils eu tort d'annuler les déclarations  
de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès?*

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de  
l'Ontario (les juges Laskin et LaForme, et le juge  
Moldaver, dissident), 2010 ONCA 544, 266 O.A.C.  
27, 258 C.C.C. (3d) 281, 79 C.R. (6th) 327, [2010]  
O.J. No. 3336 (QL), 2010 CarswellOnt 5671, qui a  
annulé les déclarations de culpabilité de l'accusé  
et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi  
rejeté.

*Lisa Joyal*, pour l'appelante.

*Michael G. Engel, Russell Silverstein et Ingrid  
Grant*, pour l'intimé.

*Brian Snell*, for the intervener.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — The respondent's convictions for sexual assault and forcible confinement were set aside by a majority in the Court of Appeal for Ontario (2010 ONCA 544, 266 O.A.C. 27). The Crown appeals as of right pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] The majority intervened with the verdict mainly on the basis of the trial judge's findings in respect of particular items of evidence, and his failure to explain why certain "factors did not raise a reasonable doubt that the accusations may have been fabricated" (para. 35).

[3] While we do not agree on all aspects of the majority's approach, we are not persuaded that it erred in the result in setting aside the convictions and ordering a new trial. Based on our review of the trial judge's reasons as a whole, we agree that he erred in law by failing to give adequate consideration to the question of whether the evidence raised a reasonable doubt.

[4] The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

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

*Solicitor for the respondent: Michael G. Engel, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Association in Defence of the Wrongly Convicted, Toronto.*

*Brian Snell*, pour l'intervenante.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont annulé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et séquestration prononcées contre l'intimé (2010 ONCA 544, 266 O.A.C. 27). Le ministère public interjette appel de plein droit de leur décision suivant l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] L'intervention des juges majoritaires se fonde principalement sur les conclusions tirées par le juge du procès relativement à certains éléments de preuve et sur son omission d'expliquer pourquoi certaines [TRADUCTION] « considérations n'ont pas fait naître un doute raisonnable quant à la véracité des allégations qui étaient à l'origine des accusations » (par. 35).

[3] Même si nous ne partageons pas entièrement le point de vue des juges majoritaires, nous ne sommes pas persuadés qu'ils ont eu tort, au final, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès. Après examen de l'ensemble de ses motifs, nous convenons que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de dûment considérer la question de savoir si la preuve soulevait un doute raisonnable.

[4] Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

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

*Procureur de l'intimé : Michael G. Engel, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante : Association in Defence of the Wrongly Convicted, Toronto.*

**Sharbern Holding Inc. Appellant**

v.

**Vancouver Airport Centre Ltd., Larco Hospitality Management Inc., MM&R Valuation Services Inc. doing business as HVS International — Canada and HVS International — Canada Respondents**

**INDEXED AS: SHARBERN HOLDING INC. v. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD.**

2011 SCC 23

File No.: 33280.

2010: October 6; 2011: May 11.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

*Commercial law — Property — Disclosure statements — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether developer liable for misrepresentation under B.C. Real Estate Act for material false statements — Whether developer able to avail itself of statutory defence — Whether deemed reliance under Real Estate Act was rebuttable — Real Estate Act, R.S.B.C. 1996, c. 397, s. 75.*

*Torts — Negligent misrepresentation — Disclosure statements — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether*

**Sharbern Holding Inc. Appelante**

c.

**Vancouver Airport Centre Ltd., Larco Hospitality Management Inc., MM&R Valuation Services Inc. faisant affaire sous la dénomination HVS International — Canada et HVS International — Canada Intimés**

**RÉPERTORIÉ : SHARBERN HOLDING INC. c. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD.**

2011 CSC 23

N° du greffe : 33280.

2010 : 6 octobre; 2011 : 11 mai.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Droit commercial — Biens — Communication de renseignements — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d'unités dans le Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — La responsabilité du promoteur est-elle engagée sous le régime de la Real Estate Act de la C.-B. au motif qu'il aurait fait des déclarations erronées sur des points importants? — Le promoteur peut-il se prévaloir du moyen de défense prévu par la Real Estate Act? — La présomption prévue par la Real Estate Act selon laquelle les investisseurs sont réputés s'être fiés à ce qui leur a été présenté est-elle réfutable? — Real Estate Act, R.S.B.C. 1996, ch. 397, art. 75.*

*Responsabilité délictuelle — Déclarations inexactes faites par négligence — Communication de renseignements — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes*

*developer liable for negligent misrepresentation under common law.*

*Fiduciary duty — Agent — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Developer entering into non-competition agreements with owners of Marriott units on behalf of owners of Hilton units without prior consent — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether developer owed a fiduciary duty to owners of Hilton units — If so, whether developer was in breach of its fiduciary duty.*

The respondent developer Vancouver Airport Centre Ltd. (“VAC”) was incorporated for the purpose of developing and marketing two hotels on the same property: a Marriott hotel and a Hilton hotel. The two hotels were essentially identical and were joined by a concourse of shops and other amenities. Purchasers of strata lots in each hotel entered into separate Hotel Asset Management Agreements with VAC. The two hotels were marketed and developed at different times, resulting in differences in the financial arrangements offered to the purchasers of each hotel. VAC offered purchasers in the Marriott hotel a guarantee and VAC was entitled to a monthly management fee of a percentage of the gross rental revenue as well as an incentive management fee. VAC did not offer purchasers in the Hilton hotel a guarantee, and VAC’s monthly management fee for the Hilton was lower than for the Marriott. The Hilton Disclosure Statement did not disclose the differences in financial arrangements as between the Hilton Owners and the Marriott Owners. The Hilton Owners incurred losses.

S represents a class of investors who purchased strata lots in the Hilton hotel from VAC. S claimed that VAC was liable for failing to disclose details about differences in the financial arrangements given to the Hilton Owners and those given to the Marriott Owners. S alleged that the differences resulted in an undisclosed conflict of interest in that they created an incentive for

*aux acheteurs d’unités dans le Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — Le promoteur est-il responsable en common law pour avoir fait par négligence des déclarations inexactes?*

*Obligation fiduciaire — Mandataire — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d’unités dans l’un et l’autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d’unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d’unités dans le Marriott — Le promoteur conclut pour le compte des propriétaires du Hilton, mais sans avoir préalablement obtenu leur consentement, une entente de non-concurrence avec les propriétaires du Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — Le promoteur avait-il une obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton? — Le cas échéant, le promoteur a-t-il manqué à son obligation fiduciaire?*

L’un des intimés, le promoteur Vancouver Airport Centre Ltd. (« VAC »), a été constitué afin de développer et d’exploiter deux hôtels sur le même terrain : un hôtel Marriott et un hôtel Hilton. Les deux hôtels étaient essentiellement identiques et étaient reliés par un hall-promenade abritant des boutiques et offrant certains services. Les acheteurs d’unités dans l’un et l’autre hôtel ont conclu avec le VAC des ententes distinctes en vue de l’administration de chaque hôtel. Les deux hôtels ont été lancés sur le marché et mis en valeur à des époques différentes, ce qui a été à l’origine des différences dans les ententes financières conclues avec les acheteurs d’unités de l’un et l’autre hôtel. Le VAC a offert une garantie aux acheteurs d’unités du Marriott, et des frais d’administration mensuels équivalant à un certain pourcentage des revenus de location bruts ainsi qu’une prime de performance lui étaient payés. Le VAC n’a offert aucune garantie aux acheteurs d’unités du Hilton, et les frais mensuels qui lui étaient payés pour l’administration de cet hôtel étaient moins élevés que ceux du Marriott. Les renseignements communiqués relativement au Hilton ne faisaient pas état de ces différences. Les propriétaires du Hilton ont subi des pertes.

S représente un groupe d’investisseurs qui ont acheté du VAC des unités dans l’hôtel Hilton. S soutient que le VAC a engagé sa responsabilité en omettant de fournir aux propriétaires du Hilton les détails des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux propriétaires du Marriott. S allègue que ces différences ont engendré un conflit d’intérêts,

VAC to favour the Marriott over the Hilton in its operation and management of the two hotels.

The trial judge concluded that the undisclosed differences in financial arrangements gave rise to at least a potential conflict of interest, particularly in view of the potential for common management of the two hotels. She then concluded that VAC negligently misrepresented both the absence of an actual or potential conflict of interest and the nature of the agreements between VAC and the Marriott Owners and found both misrepresentations material. While her reasons were not entirely clear, it appears she found VAC liable both under common law and under the *Real Estate Act*. The trial judge concluded that under the *Real Estate Act* the investors were deemed to rely on material misrepresentations by VAC and that such deemed reliance was a non-rebuttable presumption. The trial judge also found that in its capacity as manager, VAC was a fiduciary of the Hilton Owners, that a conflict existed with respect to VAC's interests as between the Hilton and the Marriott, and that VAC was liable for breach of fiduciary duty because it did not disclose that conflict. She also found that VAC was liable for breach of fiduciary duty as manager.

The Court of Appeal allowed VAC's appeal. The appellate court found that the details of the financial arrangements between the two hotels were not material. As to breach of fiduciary duty, the Court of Appeal determined that there was no breach by VAC.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Both the *Securities Act* and the *Real Estate Act* governed VAC's disclosure obligations. VAC's disclosure obligations were limited to disclosing specific prescribed matters. VAC issued one document that combined the two Acts' requirements: the Hilton Disclosure Statement.

S claims that VAC is liable for misrepresentations found in the Hilton Disclosure Statement which resulted in the non-disclosure of a material conflict of interest leading to two potential causes of action: one under s. 75 of the *Real Estate Act*, and the other at common law under the tort of negligent misrepresentation.

dont l'existence n'a pas été révélée, du fait qu'elles incitaient le VAC à favoriser le Marriott au détriment du Hilton, s'agissant de l'exploitation et de l'administration des deux hôtels.

La juge de première instance a conclu que l'omission de faire état des différences dans les ententes financières était à tout le moins susceptible d'engendrer un conflit d'intérêts, notamment parce que les deux hôtels pouvaient faire l'objet d'une administration commune. Elle a ensuite conclu que le VAC avait fait preuve de négligence en faisant des déclarations inexactes quant à l'absence de tout conflit d'intérêts — ou de toute possibilité d'un tel conflit — et au véritable contenu des ententes conclues avec les propriétaires du Marriott. Selon elle, il s'agissait de déclarations inexactes sur des points importants. Bien que ses motifs ne soient pas tout à fait clairs, il semble qu'elle a conclu que la responsabilité du VAC était engagée selon les règles de la common law et celles de la *Real Estate Act*. Elle a aussi conclu que sous le régime de la *Real Estate Act* les investisseurs étaient réputés s'être fiés aux déclarations inexactes du VAC sur des points importants et que cette présomption ne pouvait être réfutée. La juge a conclu qu'à titre d'administrateur, le VAC avait une obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton, que ses intérêts relativement à l'un et l'autre hôtel étaient en conflit, et qu'il avait manqué à son obligation fiduciaire en omettant de signaler l'existence de ce conflit. Elle a enfin conclu que le VAC avait manqué à son obligation fiduciaire en sa qualité d'administrateur.

La Cour d'appel a accueilli l'appel du VAC, concluant que les modalités des ententes financières relatives à l'un et l'autre hôtel étaient sans importance. Elle a aussi conclu que le VAC n'avait pas manqué à son obligation fiduciaire.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La *Securities Act* et la *Real Estate Act* prévoyaient les obligations du VAC en matière de communication. Le VAC ne devait fournir que certains renseignements bien précis. Le VAC a satisfait aux exigences de l'une et l'autre loi dans un seul document, à savoir le document du Hilton.

S prétend que la responsabilité du VAC est engagée au motif qu'il aurait fait des déclarations inexactes dans le document du Hilton et que celles-ci auraient mené à l'omission de faire état d'un conflit d'intérêts important donnant ouverture à deux causes d'action possibles : l'une repose sur l'art. 75 de la *Real Estate Act*, l'autre, sur le délit de common law de déclaration inexacte faite par négligence.

Under the *Real Estate Act*, a material false statement in a disclosure statement will result in the developer being liable to investors for any resulting loss they may have sustained. However, s. 75 also contains a defence which provides that if the developer had reasonable grounds to believe and did believe that the material false statement was true, it would not be liable.

A materiality standard is a legislated and regulatory balancing between too much and too little disclosure. The jurisprudence has recognized that it is not in the interests of investors to be buried in trivial information that will impair decision making. The *Real Estate Act* does not define what is meant by the term “material” when it is used in the context of the “material false statement” required for liability under s. 75. Information is material if there is a substantial likelihood that it would have been considered important by a reasonable investor in making his or her decision to invest. In other words, information is material if there is a substantial likelihood that its disclosure would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the total mix of information made available. Materiality is a question of mixed law and fact, and except in those cases where common sense inferences are sufficient, the party alleging materiality must provide evidence in support of that contention. In carrying out a materiality assessment, a court must first look at the information disclosed to investors at the time they made their investment decision. The next step is to consider the omitted information against the backdrop of what was disclosed. As part of this second step, a court may consider contextual evidence which helps to explain, interpret, or place the omitted information in a broader factual setting, provided it is viewed in the context of the disclosed information. Investors’ behaviour evidence is relevant to the materiality assessment. Evidence of common knowledge or, depending upon the circumstances, knowledge specific to particular investors would also be admissible. Nonetheless, in considering the question of materiality, the predominant focus is on the disclosed and omitted information.

The trial judge erred in law with respect to assessing the materiality of the alleged false statements in three ways. First, once she had determined that the differences in financial arrangements created a potential or actual conflict of interest, she found that there was an

Selon la *Real Estate Act*, si les renseignements communiqués contiennent une déclaration erronée sur un point important à l’origine d’une perte subie par l’investisseur, le promoteur sera tenu de compenser cette perte. Toutefois, l’art. 75 fournit un moyen de défense au promoteur, qui ne sera pas tenu de compenser la perte s’il établit qu’il avait des motifs raisonnables de croire — et qu’il croyait effectivement — que la déclaration en cause était exacte.

La norme de l’importance est le fruit d’un équilibre législatif et réglementaire entre une communication surabondante et une communication insuffisante de renseignements. La jurisprudence a reconnu qu’il n’était pas dans l’intérêt des investisseurs d’être inondés de renseignements futiles nuisant à la prise de décision. Le régime de responsabilité prévu à l’art. 75 de la *Real Estate Act* ne précise pas ce que signifie « important » dans le mot « déclaration erronée sur un point important ». Le renseignement est important s’il existe une probabilité marquée que l’investisseur raisonnable l’aurait jugé important au moment de prendre sa décision. Autrement dit, il doit exister une probabilité marquée que l’investisseur raisonnable aurait jugé que le renseignement aurait modifié de façon significative l’ensemble des renseignements mis à sa disposition s’il lui avait été communiqué. L’importance est une question mixte de droit et de fait et, sauf dans les cas où des inférences fondées sur le bon sens suffisent, la partie qui allègue l’importance doit présenter des éléments de preuve à l’appui de sa thèse. Pour évaluer l’importance, le tribunal doit d’abord examiner les renseignements qui avaient été communiqués aux investisseurs au moment où ils ont pris leur décision. La prochaine étape consiste à examiner les renseignements omis au regard de ceux qui avaient été communiqués. Le tribunal peut, dans le cadre de cette deuxième étape, prendre en compte les éléments de contexte qui permettent d’expliquer, interpréter ou analyser les renseignements omis à la lumière d’un contexte factuel plus général, pourvu qu’il le fasse au regard des renseignements communiqués. La preuve du comportement des investisseurs est pertinente en ce qui concerne l’évaluation de l’importance. La preuve établissant tout fait de notoriété publique ou, selon les circonstances, les connaissances de certains investisseurs en particulier serait aussi admissible. Cependant, l’examen de l’importance doit porter principalement sur les renseignements qui ont été communiqués et ceux qui ne l’ont pas été.

La juge de première instance a commis trois erreurs de droit en ce qui concerne l’évaluation de l’importance des déclarations erronées qu’aurait faites le VAC. Premièrement, après avoir conclu que les différences dans les ententes financières créaient un conflit

obligation to disclose them as if they were inherently material. This approach misinterprets the statutory requirement as well as the test for materiality. While it is true that in certain situations, common sense inferences will be sufficient to establish materiality, in this case, there was evidence to support the opposite inference that the omitted information was not material in the context of what had already been disclosed. Therefore, a more detailed analysis of the evidence constituting the total mix of information was required in order to make a determination about what a reasonable investor would have considered significant.

Second, the trial judge erred by reversing the burden of proof of materiality from the plaintiff to the defendant. Once the trial judge was satisfied that S had proven the existence of a conflict of interest, she turned to VAC to show why it was not material. The result was that she made the determination that the conflict of interest was material without requiring S to satisfy its burden, as plaintiff, of proving materiality.

Third, the trial judge erred when she failed to consider all of the evidence relevant to the determination of materiality. Relevant evidence was available concerning the general economic climate at the time the strata lots were sold, the financial arrangements offered to Hilton Owners, the disclosure made by VAC of common management and risk factors, and the limited extent of VAC's ability to act upon the differences in financial arrangements in its own interests. There was also evidence of the conduct of fully informed investors, either prior to making their investment decisions or subsequent to their investment, when they had learned of the guarantee given to the Marriott Owners. This evidence was relevant to the trial judge's materiality assessment.

While S was not required to prove that investors would not have purchased the Hilton strata lots had they known about the differences in financial arrangements, it did have the burden of proving materiality, on a balance of probabilities. S failed to adduce evidence to prove the materiality of the differences in financial arrangements.

Even if VAC were shown to have made a material false statement, the statutory defence contained in s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act* would preclude

d'intérêts ou, à tout le moins, la possibilité d'un tel conflit, elle a estimé que le VAC devait en faire part aux investisseurs, comme si l'existence même du conflit était en soi importante. Ce faisant, elle a mal interprété l'obligation légale ainsi que le critère de l'importance. Même s'il est vrai que, dans certaines situations, des inférences fondées sur le bon sens suffiront pour établir l'importance, en l'espèce, certains éléments de preuve établissant que les renseignements omis n'étaient pas importants compte tenu de ce qui avait été déjà communiqué aux investisseurs auraient pu permettre d'inférer le contraire. Il fallait donc faire une analyse plus détaillée des éléments de preuve constituant l'ensemble des renseignements mis à la disposition des investisseurs pour déterminer ce que l'investisseur raisonnable aurait jugé important.

Deuxièmement, la juge a commis une erreur en faisant passer de la partie demanderesse à la défenderesse la charge d'établir l'importance des déclarations en cause. Ayant jugé que S avait établi que le VAC était en conflit d'intérêts, elle a invité ce dernier à expliquer pourquoi ce conflit n'était pas important. Elle a donc jugé que le conflit d'intérêts était important sans même exiger que S s'acquitte du fardeau qui lui incombait, en sa qualité de partie demanderesse, d'établir l'importance.

Troisièmement, la juge a commis une erreur en omettant de soupeser l'ensemble des éléments de la preuve se rapportant à la question de l'importance des déclarations. Des éléments de preuve pertinents ont été communiqués au sujet de la conjoncture économique générale au moment de la vente des unités, des ententes financières offertes aux propriétaires du Hilton, des renseignements que le VAC avait fournis concernant l'administration commune des hôtels et les facteurs de risque, et du peu de moyens dont il disposait pour bénéficier de ces différences. Il y avait également de la preuve au sujet du comportement d'investisseurs pleinement informés — soit avant qu'ils ne prennent leur décision d'investir ou non des capitaux, soit après en avoir investis — lorsqu'ils ont appris l'existence de la garantie donnée aux propriétaires du Marriott. Cette preuve était pertinente en ce qui concerne l'évaluation de l'importance faite par la juge.

Même si S n'était pas tenue de prouver que les investisseurs n'auraient pas acheté les unités du Hilton s'ils avaient connu les différences dans les ententes financières, elle devait établir l'importance selon la prépondérance des probabilités. S n'a produit aucune preuve en vue d'établir l'importance de ces différences.

Même s'il était établi que le VAC avait fait une déclaration erronée sur un point important, le moyen de défense prévu au sous-al. 75(2)(b)(viii) de la *Real Estate*

VAC from being found liable under s. 75(2). To rely on the defence, VAC had to show that it subjectively believed the representations it made were true and that it objectively had reasonable grounds for such a belief. The statutory defence does not appear to have been considered by the trial judge. Evidence of common industry practices and of VAC's limited practical means and incentives to prefer the Marriott hotel over the Hilton hotel indicates that VAC subjectively believed, and objectively had reasonable grounds to believe, that it was making true statements when it did not disclose the details of the differences in financial arrangements and represented in the Hilton Disclosure Statement that it had entered into agreements with the Marriott that were similar in form and substance to those governing the Hilton and that it was not aware of any existing or potential conflicts of interest.

The presumption of deemed reliance under the *Real Estate Act* was rebuttable when it could be proven, on a balance of probabilities, that the investor had knowledge of the misrepresented or omitted facts or information at the time the investor made the purchase. While the *Real Estate Act* did not expressly provide for a rebuttable presumption, the use of the word "deemed" does not always result in a conclusive, non-rebuttable presumption. It is the purpose of the statute that must be examined in order to determine if the presumption is rebuttable.

VAC is also not liable for the tort of negligent misrepresentation. The trial judge did not consider whether VAC breached the standard of care. S's failure to demonstrate how VAC breached the standard of care is fatal to its common law claim.

Although VAC, as manager of the Hilton, had fiduciary obligations to S, S did not discharge its onus of proving a breach of fiduciary duty. The nature and scope of the fiduciary duty owed by VAC must be assessed in the context of the contract giving rise to those duties. When VAC was acting as an issuer, its relationship with S was not fiduciary in nature. However, when VAC began acting as S's agent under the Hotel Asset Management Agreement, a fiduciary relationship arose. VAC's position of conflict in managing both the Hilton and the Marriott hotels had already been disclosed to S.

*Act* empêcherait que sa responsabilité ne soit engagée en application du par. 75(2). Pour invoquer ce moyen de défense, le VAC devait démontrer qu'il croyait subjectivement à la véracité des déclarations qu'il avait faites, et que cette croyance était objectivement fondée sur des motifs raisonnables. La juge de première instance ne semble pas avoir tenu compte de ce moyen de défense. Il ressort de la preuve de la pratique au sein de l'industrie, d'une part, et du fait que le VAC disposait de peu de moyens pour favoriser le Marriott au détriment du Hilton et qu'il avait peu d'intérêt à le faire, d'autre part, que le VAC croyait subjectivement à la véracité de ses déclarations, et que cette croyance était objectivement fondée sur des motifs raisonnables, même s'il avait omis de communiquer dans le document du Hilton les détails des différences dans les ententes financières et y avait déclaré que les ententes qu'il avait conclues avec le Marriott étaient similaires sur la forme et sur le fond à celles intervenues à l'égard du Hilton et que, selon lui, il n'existait aucun conflit d'intérêts — ni aucune possibilité d'un tel conflit.

La présomption prévue par la *Real Estate Act* était réfutable par le biais d'une preuve établissant, selon la prépondérance des probabilités, que l'investisseur était au courant des déclarations inexactes ou des omissions au moment où il a fait son acquisition. La *Real Estate Act* ne prévoyait pas expressément une présomption réfutable, mais l'utilisation du mot « réputé » ne crée pas toujours une présomption décisive et irréfutable. C'est l'objet de la loi qu'il faut examiner pour savoir si la présomption est réfutable.

La responsabilité du VAC n'est pas engagée selon les règles de la common law en matière de déclaration inexacte faite par négligence. La juge de première instance a omis de se demander si le VAC avait contrevenu à la norme de diligence. L'omission de S de prouver en quoi le VAC avait manqué à la norme de diligence est fatale à son recours fondé sur la common law.

À titre d'administrateur du Hilton, le VAC avait des obligations fiduciaires envers S, mais celle-ci ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait d'établir qu'il avait manqué à ces obligations. La nature et la portée des obligations fiduciaires du VAC s'apprécient dans le contexte du contrat d'où elles résultent. La relation que le VAC entretenait avec S en sa qualité d'émetteur de valeurs n'était pas de nature fiduciaire. Toutefois, à partir du moment où le VAC agissait à titre de mandataire pour S conformément à l'entente sur l'administration des biens du Hilton, il existait une relation fiduciaire entre eux. Cependant, la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvait le VAC du fait qu'il administrait le Hilton ainsi que le Marriott avait déjà été signalée à S.



The disclosure obligations with respect to VAC's fiduciary duty are different from the disclosure obligations under the *Real Estate Act*. As a fiduciary, VAC was obligated to disclose any material facts or information, such as if there was a substantial risk that VAC's fiduciary relationship with the Hilton Owners would be materially and adversely affected by VAC's own interests or by VAC's duties to another. VAC's statutory duty was simply to disclose to investors certain prescribed information, without making material false statements. It is also necessary to inquire whether circumstances changed during the course of the fiduciary relationship such as to require VAC to make additional disclosure and obtain renewed consent.

S did not adduce evidence to establish that the different financial arrangements constituted material facts or information beyond what had already been disclosed by VAC. S also failed to establish the materiality of the non-competition agreement implemented by VAC to prevent the Hilton and Marriott hotels from undercutting each other's room rates. The evidence before the trial court could not support a finding that VAC was liable for a breach of fiduciary duty either for failing to disclose the differences in financial arrangements or in implementing the non-competition policy.

### Cases Cited

**Discussed:** *Kerr v. Danier Leather Inc.*, 2007 SCC 44, [2007] 3 S.C.R. 331; *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), rev'g 512 F.2d 324 (1975); *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; **referred to:** *Sparling v. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682, aff'd [1986] 2 S.C.R. 537; *Harris v. Universal Explorations Ltd.* (1982), 17 B.L.R. 135; *Inmet Mining Corp. v. Homestake Canada Inc.*, 2003 BCCA 610, 189 B.C.A.C. 251; *Gerstle v. Gamble-Skogmo, Inc.*, 478 F.2d 1281 (1973); *Mills v. Electric Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375 (1970); *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988); *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *St. Peter's Evangelical Lutheran Church v. Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616; *R. v. Loxdale* (1758), 1 Burr. 445, 97 E.R. 394; *Nova, an Alberta Corp. v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 S.C.R. 437; *Frame v. Smith*,

Les obligations de communication auxquelles le VAC était tenu en sa qualité de fiduciaire n'étaient pas les mêmes que celles qui lui incombaient aux termes de la *Real Estate Act*. Le VAC avait l'obligation fiduciaire de communiquer tout fait ou renseignement important comme, par exemple, l'existence d'un risque sérieux que ses propres intérêts ou ses devoirs envers un tiers nuisent de façon importante à sa relation fiduciaire avec les propriétaires du Hilton. L'obligation légale à laquelle le VAC était tenu consistait simplement à communiquer aux investisseurs certains renseignements bien précis tout en évitant de faire une déclaration erronée sur un point important. Il faut également se demander si, au cours de la relation fiduciaire, la situation a changé à un point tel que le VAC devait leur communiquer des renseignements supplémentaires et obtenir de nouveau leur consentement.

S n'a présenté aucune preuve établissant que les ententes financières, qui différaient les unes des autres, constituaient des faits ou des renseignements importants autres que ceux qui avaient déjà été déclarés par le VAC. S n'a produit aucune preuve démontrant l'importance de l'entente de non-concurrence mise en œuvre par le VAC afin d'empêcher que le Hilton et le Marriott se fassent concurrence en offrant des chambres à rabais. La preuve dont le tribunal de première instance a été saisi ne permettait pas de conclure à la responsabilité du VAC pour avoir manqué à son obligation fiduciaire, soit parce qu'il avait omis de communiquer les différences dans les ententes financières, soit en raison du fait qu'il avait mis en œuvre la politique de non-concurrence.

### Jurisprudence

**Arrêts analysés :** *Kerr c. Danier Leather Inc.*, 2007 CSC 44, [2007] 3 R.C.S. 331; *TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), inf. 512 F.2d 324 (1975); *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; **arrêts mentionnés :** *Sparling c. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682, conf. par [1986] 2 R.C.S. 537; *Harris c. Universal Explorations Ltd.* (1982), 17 B.L.R. 135; *Inmet Mining Corp. c. Homestake Canada Inc.*, 2003 BCCA 610, 189 B.C.A.C. 251; *Gerstle c. Gamble-Skogmo, Inc.*, 478 F.2d 1281 (1973); *Mills c. Electric Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375 (1970); *Basic Inc. c. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988); *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Église luthérienne évangélique St. Peter c. Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616; *R. c. Loxdale* (1758), 1 Burr. 445, 97 E.R. 394; *Nova, an Alberta Corp. c. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 R.C.S. 437; *Frame c. Smith*,

[1987] 2 S.C.R. 99; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *McGuire v. Graham* (1908), 11 O.W.R. 999; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631.

#### Statutes and Regulations Cited

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 37.  
*Real Estate Act*, R.S.B.C. 1996, c. 397 [rep. 2004, c. 42, s. 146], ss. 66, 75.  
*Real Estate Development Marketing Act*, S.B.C. 2004, c. 41, ss. 22(3), (5).  
*Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 45(2)(5), 74(2)(4), 131.

#### Authors Cited

British Columbia. Securities Commission. Notice and Interpretation Note No. 96/36. "Real Estate Securities", October 10, 1996 (online: [www.bcsc.bc.ca/print.asp?id=3727](http://www.bcsc.bc.ca/print.asp?id=3727)).

Canadian Securities Administrators. *National Policy 51-201 Disclosure Standards*, July 12, 2002.

Ng, Michael. *Fiduciary Duties: Obligations of Loyalty and Faithfulness*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated May 2007).

Reynolds, F. M. B. *Bowstead and Reynolds on Agency*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2001.

United States. Securities and Exchange Commission. SEC Staff Accounting Bulletin: No. 99 — "Materiality", August 12, 1999 (online: [www.sec.gov/interp/account/sab99.htm](http://www.sec.gov/interp/account/sab99.htm)).

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Chiasson and D. Smith J.J.A.), 2009 BCCA 224, 57 B.L.R. (4th) 1, 93 B.C.L.R. (4th) 256, 271 B.C.A.C. 116, 458 W.A.C. 116, [2009] B.C.J. No. 1007 (QL), 2009 CarswellBC 1337, reversing a decision of Wedge J., 2007 BCSC 1262, 38 B.L.R. (4th) 171, [2007] B.C.J. No. 1845 (QL), 2007 CarswellBC 1948, with supplementary reasons, 2008 BCSC 245 (CanLII). Appeal dismissed.

*Stephen R. Schachter, Q.C.*, and *Geoffrey B. Gomery*, for the appellant.

*Peter A. Gall, Q.C.*, *Donald R. Munroe, Q.C.*, *M. Ali Lakhani* and *Edward Iacobucci*, for the respondents.

[1987] 2 R.C.S. 99; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *McGuire c. Graham* (1908), 11 O.W.R. 999; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631.

#### Lois et règlements cités

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 37.  
*Real Estate Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 397 [abr. 2004, ch. 42, art. 146], art. 66, 75.  
*Real Estate Development Marketing Act*, S.B.C. 2004, ch. 41, art. 22(3), (5).  
*Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 45(2)(5), 74(2)(4), 131.

#### Doctrine citée

Autorités canadiennes en valeurs mobilières. *Instruction générale 51-201 Lignes directrices en matière de communication de l'information*, 12 juillet 2002.

Colombie-Britannique. Securities Commission. Notice and Interpretation Note No. 96/36. « Real Estate Securities », October 10, 1996 (online : [www.bcsc.bc.ca/print.asp?id=3727](http://www.bcsc.bc.ca/print.asp?id=3727)).

États-Unis. Securities and Exchange Commission. SEC Staff Accounting Bulletin : No. 99 — « Materiality », August 12, 1999 (online : [www.sec.gov/interp/account/sab99.htm](http://www.sec.gov/interp/account/sab99.htm)).

Ng, Michael. *Fiduciary Duties : Obligations of Loyalty and Faithfulness*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated May 2007).

Reynolds, F. M. B. *Bowstead and Reynolds on Agency*, 17th ed. London : Sweet & Maxwell, 2001.

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Chiasson et D. Smith), 2009 BCCA 224, 57 B.L.R. (4th) 1, 93 B.C.L.R. (4th) 256, 271 B.C.A.C. 116, 458 W.A.C. 116, [2009] B.C.J. No. 1007 (QL), 2009 CarswellBC 1337, qui a infirmé une décision de la juge Wedge, 2007 BCSC 1262, 38 B.L.R. (4th) 171, [2007] B.C.J. No. 1845 (QL), 2007 CarswellBC 1948, avec motifs supplémentaires, 2008 BCSC 245 (CanLII). Pourvoi rejeté.

*Stephen R. Schachter, c.r.*, et *Geoffrey B. Gomery*, pour l'appelante.

*Peter A. Gall, c.r.*, *Donald R. Munroe, c.r.*, *M. Ali Lakhani* et *Edward Iacobucci*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

**TABLE OF CONTENTS**

**TABLE DES MATIÈRES**

	Paragraph		Paragraphe
I. <u>Introduction</u> .....	1	I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Facts</u> .....	9	II. <u>Faits</u> .....	9
A. <i>The Hilton and Marriott Hotels</i> .....	9	A. <i>Hilton et Marriott</i> .....	9
B. <i>Procedural Background</i> .....	17	B. <i>Contexte procédural</i> .....	17
III. <u>Lower Court Decisions</u> .....	19	III. <u>Décisions des instances inférieures</u> .....	19
A. <i>British Columbia Supreme Court</i> .....	19	A. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique</i> .....	19
B. <i>British Columbia Court of Appeal</i> .....	23	B. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique</i> .....	23
IV. <u>Issues</u> .....	26	IV. <u>Questions en litige</u> .....	26
V. <u>Analysis</u> .....	27	V. <u>Analyse</u> .....	27
A. <i>Misrepresentation Under the Real Estate Act</i> .....	27	A. <i>Déclarations inexactes au sens de la Loi</i> ...	27
(1) <u>VAC's Statutory Disclosure Obligations</u> .....	27	(1) <u>Obligations en matière de communication</u> .....	27
(2) <u>Liability Under the Real Estate Act</u> ....	37	(2) <u>Responsabilité légale</u> .....	37
(3) <u>Materiality</u> .....	40	(3) <u>Norme de l'importance</u> .....	40
(4) <u>The Test for Materiality</u> .....	44	(4) <u>Critère pour évaluer l'importance</u> .....	44
(5) <u>Analysis of the Trial Judge's Materiality Assessment</u> .....	62	(5) <u>Analyse de l'évaluation de l'importance en première instance</u> .....	62
(a) <i>The Economic Environment</i> .....	74	a) <i>Environnement économique</i> .....	74
(b) <i>Financial Benefits to Hilton Owners</i> .....	75	b) <i>Avantages financiers profitant aux propriétaires du Hilton</i> .....	75
(c) <i>Disclosure of Common Ownership and/or Management and Risk Factors</i> .....	76	c) <i>Communication de renseignements : propriétaire unique et/ou administration commune et facteurs de risque</i> .....	76

(d) <i>VAC Had No Practical Means or Incentive to Favour the Marriott</i> .....	78	d) <i>Impossibilité de favoriser le Marriott et absence d'intérêt à le faire</i> .....	78
(e) <i>Evidence of Conduct of Fully Informed Investor</i> .....	81	e) <i>Preuve relative au comportement de l'investisseur pleinement informé</i> .....	81
(f) <i>Evidence of the Investor Committee Meetings</i> .....	82	f) <i>Preuve relative aux réunions du comité des investisseurs</i> .....	82
(6) <u>Sharbern's Burden of Proof</u> .....	86	(6) <u>Fardeau de preuve qui incombe à Sharbern</u> .....	86
(7) <u>Conclusions on Materiality</u> .....	91	(7) <u>Conclusions sur l'importance</u> .....	91
B. <i>The Statutory Defence</i> .....	92	B. <i>Moyen de défense prévu par la Loi</i> .....	92
(1) <u>The Legal Test</u> .....	92	(1) <u>Critère juridique</u> .....	92
(2) <u>Common Industry Practice Evidence</u> .....	97	(2) <u>Pratique au sein de l'industrie</u> .....	97
(3) <u>Evidence of Limited Practical Means and Incentives to Prefer</u> .....	102	(3) <u>Paucité des moyens pour favoriser le Marriott et faible intérêt à le faire</u> .....	102
(4) <u>No Evidence to Negate the Defence</u> .....	109	(4) <u>Absence de preuve écartant le moyen de défense</u> .....	109
C. <i>Deemed Reliance</i> .....	112	C. <i>Présomption légale</i> .....	112
D. <i>Common Law Negligent Misrepresentation</i> .....	120	D. <i>Déclaration inexacte faite par négligence en common law</i> .....	120
E. <i>Breach of Fiduciary Duty</i> .....	131	E. <i>Manquement à l'obligation fiduciaire</i> .....	131
(1) <u>Lower Court Treatment of the Fiduciary Duty Issues</u> .....	132	(1) <u>Analyse des obligations fiduciaires par les juridictions inférieures</u> .....	132
(2) <u>A Fiduciary Relationship Existed</u> .....	138	(2) <u>Existence d'une relation fiduciaire</u> .....	138
(3) <u>Distinguishing the Misrepresentation and Fiduciary Duty Claims</u> ....	144	(3) <u>Allégations de déclarations inexactes et d'existence d'une obligation fiduciaire : distinctions</u> ....	144
(4) <u>Disclosing the Compensation Differences</u> .....	147	(4) <u>Communication des différences de rémunération</u> .....	147
(5) <u>The Non-Competition Agreement</u> .....	161	(5) <u>Entente de non-concurrence</u> .....	161
VI. <u>Summary and Conclusions</u> .....	168	VI. <u>Résumé et conclusions</u> .....	168

## I. Introduction

[1] When securities are offered to the general public, the rule of *caveat emptor* no longer applies. Securities legislation imposes on issuers a statutory duty of disclosure. That duty may vary in detail from one Act to another or from one jurisdiction to another. However, the common theme is that issuers must disclose to potential investors information affecting their investment decision. Even so, issuers are not subject to an indeterminate obligation, such that an unhappy investor may seize on any trivial or unimportant fact that was not disclosed to render an issuer liable for the investor's losses. Rather than issuers being required to provide unlimited disclosure, disclosure obligations have been enacted to provide a balance between too much and too little disclosure.

[2] The appeal arises from a class action lawsuit in which the appellant, Sharbern Holding Inc. ("Sharbern"), represents a class of investors who purchased strata lots in a Hilton hotel (the "Hilton Owners") from the respondent developer, Vancouver Airport Centre Ltd. ("VAC"). Sharbern claimed that VAC was liable for failing to disclose details about differences in the financial arrangements given to the Hilton Owners, and those given to purchasers of strata lots in the adjacent Marriott hotel (the "Marriott Owners") that VAC was developing on the same property. Sharbern alleged that the differences resulted in an undisclosed conflict of interest in that they created an incentive for VAC to favour the Marriott over the Hilton in its operation and management of the two hotels.

[3] Two main questions are raised on appeal. The first is whether VAC is liable for alleged misrepresentations contained in the offering memorandum and disclosure statement (the "Hilton Disclosure Statement") that VAC used to sell the Hilton strata lots. The second is whether VAC is liable for breach of fiduciary duty when it acted

## I. Introduction

[1] La règle *caveat emptor* ne s'applique pas aux valeurs mobilières offertes au public. Les lois relatives aux valeurs mobilières imposent à l'émetteur une obligation de communication dont les modalités peuvent varier selon la loi ou le ressort en cause, mais elles ont toutes un point en commun : il incombe à l'émetteur de communiquer à l'éventuel investisseur tout renseignement susceptible d'influer sur sa décision. Cela dit, l'émetteur n'est pas pour autant assujéti à une obligation indéterminée le rendant responsable des pertes de l'investisseur mécontent qui invoquerait un fait dénué d'importance qui ne lui aurait pas été communiqué. Plutôt que d'être tenu à une obligation de communication illimitée, l'émetteur s'est vu imposer une obligation qui établit l'équilibre entre, d'une part, une communication surabondante et, d'autre part, une communication insuffisante de renseignements.

[2] Le présent pourvoi découle d'un recours collectif intenté par l'appelante, Sharbern Holding Inc. (« Sharbern »), pour le compte d'un groupe d'investisseurs (les « propriétaires du Hilton ») ayant acheté du promoteur intime, Vancouver Airport Centre Ltd. (« VAC »), des unités dans un hôtel. Sharbern soutient que le VAC a engagé sa responsabilité en omettant de fournir aux propriétaires du Hilton les détails des différences entre les ententes financières qu'il avait conclues avec eux et celles qu'il avait offertes aux acquéreurs d'unités dans l'hôtel Marriott (les « propriétaires du Marriott »), établissement voisin situé sur le même terrain et dont le VAC était aussi le promoteur. Sharbern allègue que ces différences ont engendré un conflit d'intérêts, dont l'existence n'a pas été révélée, du fait qu'elles incitaient le VAC à favoriser le Marriott au détriment du Hilton, s'agissant de l'exploitation et de l'administration des deux hôtels.

[3] Le pourvoi soulève deux questions principales. D'abord, la responsabilité du VAC est-elle engagée au motif que la notice d'offre et le document d'information (le « document du Hilton ») utilisés par ce dernier pour vendre les unités du Hilton contenaient des déclarations inexacts? Ensuite, le VAC a-t-il manqué à son obligation fiduciaire en

as manager of the Hilton under an agreement (the “Hotel Asset Management Agreement”) entered into between VAC and the Hilton Owners, including Sharbern. In the reasons that follow, I conclude that Sharbern’s claims fail on both grounds, and I would dismiss the appeal.

[4] As to the first question, I am of the opinion that the trial judge erred in law in concluding that VAC is liable for misrepresentation, either under the statutory cause of action found in the *Real Estate Act*, R.S.B.C. 1996, c. 397, or under the common law of negligent misrepresentation.

[5] Under s. 75 of the *Real Estate Act*, VAC could only be liable if it is found to have made material false statements to Sharbern, and cannot rely on the defence contained in the section. I am of the respectful view that the trial judge erred in law with respect to the materiality of the alleged false statements. The legal errors were: treating the conflict of interest as inherently material; reversing the burden of proof of materiality from the plaintiff to the defendant; and failing to consider all of the evidence relevant to the determination of materiality. She further erred in not considering the statutory defence which would avail to the benefit of VAC.

[6] Although this Court has previously dealt with the issues of materiality and disclosure obligations in the context of securities law, this case represents the first time that the Court has considered the common law test for materiality. Even though the test is not new in Canadian law, this case represents an opportunity to clarify important aspects of the test.

[7] Under the common law of negligent misrepresentation, the trial judge erred by not considering whether VAC breached the standard of care. As there is no evidence capable of supporting a finding of breach of standard of care, her finding under the

administrant le Hilton aux termes d’une entente conclue avec les propriétaires du Hilton, dont Sharbern (l’« entente sur l’administration des biens du Hilton »)? Pour les motifs ci-après, je conclus que les deux moyens d’appel avancés par Sharbern ne sont pas fondés, et je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

[4] Pour ce qui est de la première question, j’estime que la juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que la responsabilité du VAC était engagée selon la *Real Estate Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 397 (la « Loi »), ou les règles de common law en matière de déclarations inexactes faites par négligence.

[5] Selon l’art. 75 de la Loi, la responsabilité du VAC n’est engagée que s’il est établi qu’il a fait à Sharbern une déclaration erronée sur un point important et que s’il ne peut invoquer le moyen de défense qui y est prévu. Avec égards, je suis d’avis que la juge de première instance a commis des erreurs de droit en ce qui concerne l’importance des déclarations erronées qu’aurait faites le VAC : elle a conclu à tort que tout conflit d’intérêts était en soi important, fait passer de la partie demanderesse à la défenderesse la charge d’établir l’importance des déclarations en cause, et omis de soupeser l’ensemble des éléments de la preuve se rapportant à cette question. En outre, elle a commis une erreur en omettant de tenir compte du moyen de défense légal qui s’offrait au VAC.

[6] Notre Cour a déjà traité de la question de l’importance ainsi que des obligations de communication en droit des valeurs mobilières, mais c’est la première fois qu’elle est appelée à examiner le critère de la common law en matière d’importance. Il ne s’agit pas d’un nouveau critère en droit canadien, mais le présent pourvoi nous fournit l’occasion d’en clarifier certains aspects importants.

[7] La juge de première instance a commis une erreur en appliquant les règles de common law en matière de déclarations inexactes faites par négligence, car elle ne s’est pas demandé si le VAC avait manqué à la norme de diligence. Faute de preuve

common law of negligent misrepresentation cannot stand.

[8] As to the second question, although VAC, as manager of the Hilton, had fiduciary obligations to Sharbern, Sharbern did not discharge its onus of proving a breach of fiduciary duty. A fiduciary is required to disclose material facts and information, and conflicts of interest. VAC's position of conflict in managing both the Hilton and the Marriott hotels had already been disclosed to Sharbern. The trial judge again failed to consider all the relevant evidence on the issue of materiality that was before her, and Sharbern did not adduce evidence to support a finding that the different financial arrangements constituted material facts or information beyond what had already been disclosed by VAC.

## II. Facts

### A. *The Hilton and Marriott Hotels*

[9] VAC is owned by Larco Investments Ltd. ("Larco Investments"), a company involved in real estate and hotel development. By the mid 1990s, there was an extraordinary boom in the Richmond hotel market. Larco Investments already owned the Best Western Richmond Inn in that market, and decided to develop and market two additional hotels on the same property. It incorporated VAC for that purpose. The Marriott hotel, a strata-titled hotel tower marketed through an offering memorandum and disclosure statement issued September 11, 1996, opened for business in June 1998. A second, identical strata-titled hotel tower was built and marketed through the Hilton Disclosure Statement issued February 3, 1998. It opened as a Hilton hotel in June 1999. The two hotels were essentially identical and were joined by a concourse of shops and other amenities.

permettant de conclure que le VAC a effectivement manqué à la norme de diligence, son application des règles de common law ne saurait être retenue.

[8] Pour ce qui est de la deuxième question, il est vrai qu'à titre d'administrateur du Hilton, le VAC avait une obligation fiduciaire envers Sharbern, mais celle-ci ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait d'établir qu'il avait manqué à cette obligation. Le fiduciaire est tenu de communiquer tout fait ou renseignement et de signaler l'existence de tout conflit d'intérêts importants. La situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvait le VAC du fait qu'il administrait le Hilton ainsi que le Marriott avait déjà été signalée à Sharbern. Or, la juge de première instance a encore là omis de soulever l'ensemble de la preuve pertinente dont elle disposait relativement à l'importance, et Sharbern n'a présenté aucune preuve établissant que les ententes financières, qui différaient les unes des autres, constituaient des faits ou des renseignements importants autres que ceux qui avaient déjà été déclarés par le VAC.

## II. Faits

### A. *Hilton et Marriott*

[9] Le VAC appartient à la société Larco Investments Ltd. (« Larco Investments »), qui fait des affaires dans le secteur immobilier et s'intéresse au développement hôtelier. Vers le milieu des années 1990, le marché hôtelier de Richmond a connu un essor fulgurant. Larco Investments, qui possédait déjà le Best Western Richmond Inn dans ce marché, a décidé de développer et d'exploiter deux autres hôtels sur le même terrain, et c'est à cette fin qu'elle a constitué le VAC. L'hôtel Marriott, une copropriété hôtelière lancée sur le marché par le biais d'une notice d'offre et d'un document d'information publié le 11 septembre 1996, a ouvert ses portes en juin 1998. Une deuxième copropriété hôtelière, identique à la première, a été construite puis lancée sur le marché par le biais du document du Hilton, publié le 3 février 1998. Elle a ouvert ses portes sous la bannière Hilton en juin 1999. Il s'agissait de deux hôtels essentiellement identiques qui étaient reliés par un hall-promenade abritant des boutiques et offrant certains services.

[10] Purchasers of strata lots in each hotel entered into separate Hotel Asset Management Agreements with VAC, whereby VAC was given exclusive management of the hotel for 20 years, with an option to renew. In return, VAC contracted to, among other things, use commercially reasonable efforts to rent out the strata units, maximize each owner's proportionate share of monies available for distribution, and faithfully perform its duties and responsibilities and supervise and direct hotel operations.

[11] The two strata unit hotels were marketed and developed at different times, resulting in differences in the financial arrangements offered to the purchasers of each hotel. Since the popularity of marketing a strata unit hotel in an urban area solely for the income stream was unknown, VAC offered purchasers in the Marriott hotel a gross operating guarantee. For the first five years of the hotel's operation, VAC guaranteed a gross return of 12% of the purchase price of the owner's unit, so that each strata lot owner's annual proportionate share of funds available for distribution after projected operating expenses and other deductions was a projected net return of 8.29%.

[12] Under the Hotel Asset Management Agreement entered into between the Marriott Owners and VAC, VAC was entitled to a monthly management fee of 5% of the gross rental revenue, and an incentive management fee equal to 25% of the amount by which the owners' net annual return on investment exceeded 8%.

[13] VAC's evidence was that it intended to market the Hilton with a guaranteed rate of return, but was advised by Larco Investments' securities solicitor that changes to securities regulations precluded making reference to a guarantee in the Hilton Disclosure Statement. Instead, VAC marketed the Hilton on the basis of projections. In an

[10] Les acquéreurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel ont conclu avec le VAC des ententes distinctes en vue de l'administration de chaque hôtel qui lui confiaient celle-ci en exclusivité pour une période de 20 ans; ces ententes étaient assorties d'une option de renouvellement. En contrepartie, le VAC s'engageait notamment à déployer des efforts raisonnables sur le plan commercial pour louer les unités, maximiser la part proportionnelle des fonds à remettre à chaque propriétaire, et fidèlement s'acquitter de ses obligations et contrôler et diriger les activités de l'hôtel.

[11] Les deux copropriétés hôtelières ont été lancées sur le marché et mises en valeur à des époques différentes, ce qui a été à l'origine des différences dans les ententes financières conclues avec les acheteurs d'unités de l'un et l'autre hôtel. Comme on ignorait à l'époque si une copropriété hôtelière en milieu urbain intéresserait d'éventuels acquéreurs du seul point de vue des rentrées de fonds, le VAC a offert aux acheteurs d'unités du Marriott une garantie au titre des revenus bruts d'exploitation. Ainsi, pour les cinq premières années d'exploitation de l'hôtel, le VAC garantissait pour chaque unité un rendement brut équivalent à 12 p. 100 de son prix d'achat, de sorte que la part proportionnelle des fonds à remettre annuellement à chaque propriétaire représentait un rendement net prévu de 8,29 p. 100, déduction faite des dépenses d'exploitation projetées et des autres frais.

[12] Selon l'entente conclue entre les propriétaires du Marriott et le VAC en vue de l'administration de cet hôtel, des frais d'administration mensuels équivalant à 5 p. 100 des revenus de location bruts ainsi qu'une prime de performance équivalant à 25 p. 100 du montant par lequel le rendement annuel net du capital investi des propriétaires dépassait 8 p. 100 étaient payés au VAC.

[13] Le VAC a témoigné qu'il avait d'abord eu l'intention de promettre un taux de rendement garanti aux investisseurs dans le Hilton, mais l'avocat de Larco Investments spécialiste des valeurs mobilières l'a informé que certaines modifications apportées à la réglementation en matière de valeurs mobilières l'empêchaient de faire mention d'une



effort to increase the projected return for potential investors of the Hilton strata units, VAC increased the revenue available to them by including food and beverage revenues (which were retained by VAC for the Marriott hotel), decreasing the management fee charged by VAC under the Hotel Asset Management Agreement to 3%, and removing the hotel lobby lease expense.

[14] The guaranteed gross return offered to Marriott Owners, and the 5% gross rental revenue and added incentive provided to VAC as its fee for managing the Marriott versus the 3% management fee provided to VAC for managing the Hilton (collectively the “Compensation Differences”), are the differences in the financial arrangements made with purchasers of the two hotels that are the essential focus of Sharbern’s claims on appeal.

[15] While the Hilton Disclosure Statement disclosed that VAC owned the Best Western Richmond Inn and that VAC was currently developing the adjacent Marriott hotel, it did not disclose the Compensation Differences as between the Hilton and Marriott Owners.

[16] The marketing of the Hilton strata units was not as successful as that of the Marriott, in which all of the units were sold within a few hours. At some point, VAC decided to retain the last 24 Hilton units rather than continue to incur significant marketing costs. Ultimately, neither hotel achieved their anticipated financial performances. By 2001, the Richmond hotel market was one of the weakest hotel markets in Canada. The hotel market was further weakened by the events of September 11, 2001. The Marriott did not achieve a 12% gross return on investment for any of the years covered by the 5-year guarantee. As a result, VAC sustained liability of over \$13 million under the guarantee, which

garantie dans le document du Hilton. Le VAC a donc décidé de mettre le Hilton sur le marché en se fondant plutôt sur des projections. Pour bonifier le rendement dont bénéficieraient les éventuels acquéreurs des unités du Hilton, le VAC a augmenté la part des revenus qu’ils recevraient en y ajoutant ceux provenant de la vente d’aliments et de boissons (que se réservait le VAC dans le cas du Marriott), en réduisant à 3 p. 100 les frais d’administration à lui payer aux termes de l’entente sur l’administration des biens du Hilton et en omettant du calcul les dépenses liées à la location du hall de réception de l’hôtel.

[14] Le rendement brut garanti offert aux propriétaires du Marriott, et les revenus de location bruts de 5 p. 100 ainsi que la prime de performance qui constituaient les honoraires du VAC pour l’administration de cet hôtel, par opposition aux frais d’administration de 3 p. 100 payés au VAC pour l’administration du Hilton (collectivement appelés les « différences de rémunération »), sont les éléments des ententes financières conclues avec les acquéreurs des unités de l’un et l’autre hôtel qui diffèrent et sont au cœur même de la thèse que Sharbern a fait valoir en appel.

[15] Le document du Hilton mentionnait certes que le VAC était propriétaire du Best Western Richmond Inn et promoteur de l’hôtel voisin, le Marriott, mais il ne faisait pas état des différences de rémunération.

[16] La mise sur le marché des unités du Hilton n’a pas connu le même succès que celle des unités du Marriott, qui se sont vendues en quelques heures seulement. À un certain moment, le VAC a même décidé de conserver les 24 dernières unités du Hilton plutôt que de continuer à engager d’importants frais de marketing. En bout de ligne, ni l’un ni l’autre hôtel n’a atteint le rendement prévu. En 2001, le marché hôtelier de Richmond était devenu l’un des plus faibles au Canada. Par surcroît, le marché hôtelier a été davantage affaibli par les événements du 11 septembre 2001. Le Marriott n’a jamais atteint un taux de rendement brut équivalent à 12 p. 100 du capital investi lors de l’une ou

was ultimately paid by Larco Investments. The Hilton Owners incurred losses instead of obtaining the projected 16.6% returns. The Hilton did not perform as well as the Marriott.

### B. *Procedural Background*

[17] On June 16, 2003, Sharbern brought an action against VAC, HVS International — Canada (“HVS”) and Larco Hospitality Management Inc. (formerly known as HMS Hospitality Management Services Ltd. (“HMS”). HVS was the company that prepared the financial projections for the Hilton hotel that were included in the Hilton Disclosure Statement. HMS was an affiliate of VAC that carried out the day-to-day management of the Hilton hotel, the Marriott hotel and the Best Western Richmond Inn.

[18] Sharbern obtained certification of the action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, on behalf of approximately 200 unit owners (*Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2005 BCSC 232 (CanLII), aff’d 2006 BCCA 96, 223 B.C.A.C. 80). Twenty-four common issues on liability were certified. The trial judge summarized what she called the “central contentious” common liability issues (2007 BCSC 1262, 38 B.L.R. (4th) 171, at para. 10 and Appendix A), which I paraphrase as:

1. Whether the financial projections made by HVS were negligent misrepresentations, and whether the investment returns projected by VAC in the Hilton Disclosure Statement constituted fraudulent or negligent misrepresentations.
2. Whether VAC’s representations about conflicts of interest and the nature of the financial

l’autre des cinq années visées par la garantie, ce qui, aux termes de celle-ci, imposait au VAC une dette de plus de 13 millions de dollars, que Larco Investments a finalement épongée. Loin de bénéficié du rendement prévu de 16,6 p. 100, les propriétaires du Hilton ont, quant à eux, plutôt subi des pertes, le Hilton n’atteignant pas un aussi bon rendement que le Marriott.

### B. *Contexte procédural*

[17] Le 16 juin 2003, Sharbern a intenté une action contre le VAC, HVS International — Canada (« HVS ») et Larco Hospitality Management Inc. (anciennement appelée HMS Hospitality Management Services Ltd. (« HMS »)). HVS était la société qui avait fait les projections financières figurant dans le document du Hilton. HMS, quant à elle, était une société affiliée au VAC qui s’occupait de la gestion quotidienne du Hilton, du Marriott et du Best Western Richmond Inn.

[18] L’action de Sharbern a été autorisée, en application de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, en tant que recours collectif intenté pour le compte d’environ 200 propriétaires d’unités (*Sharbern Holdings Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2005 BCSC 232 (CanLII), conf. par 2006 BCCA 96, 223 B.C.A.C. 80). En tout, 24 questions communes en matière de responsabilité ont été certifiées. La juge de première instance a résumé celles de ces questions qui, selon elle, étaient [TRADUCTION] « au cœur du litige » (2007 BCSC 1262, 38 B.L.R. (4th) 171, par. 10 et annexe A), et que je formulerais ainsi :

1. Les projections financières de HVS constituaient-elles des déclarations inexactes faites par négligence, et les prévisions du VAC quant au rendement du capital investi qui figuraient dans le document du Hilton constituaient-elles des déclarations inexactes frauduleuses ou faites par négligence?
2. Les déclarations du VAC sur la question des conflits d’intérêts et la nature des ententes

arrangements as between the Hilton and Marriott hotels were fraudulent or negligent.

3. Whether the members of the Hilton class could be deemed to have relied on any of the impugned representations pursuant to s. 75(2) of the *Real Estate Act* and the effect of the repeal of the *Real Estate Act*.
4. Whether VAC and HMS owed fiduciary and/or trust duties to the members of the Hilton class, and if so, whether they breached those duties.

### III. Lower Court Decisions

- A. *British Columbia Supreme Court, 2007 BCSC 1262, 38 B.L.R. (4th) 171*

[19] Madam Justice Wedge made a number of findings that are not at issue in this appeal. She determined that neither VAC nor HVS were liable for negligent misrepresentation concerning the financial projections. She observed that the allegation of fraud against VAC with respect to the projected investment returns had been withdrawn by Sharbern. She found that HMS did not owe fiduciary duties to Sharbern. In supplemental reasons, she also clarified that VAC was not liable for fraudulent misrepresentation with respect to its conflict of interest representations because Sharbern did not “prove that VAC did not have an honest belief in the representation and either intended to deceive investors or was reckless as to whether it did so” (2008 BCSC 245 (CanLII), at para. 12).

[20] With respect to her findings that are at issue in this appeal, Wedge J. concluded that the undisclosed Compensation Differences gave rise to at least a potential conflict of interest, particularly in view of the potential for common management of the two hotels. She then concluded that VAC negligently misrepresented both the absence of an actual

financières conclues à l’égard des hôtels Hilton et Marriott constituait-elles des déclarations inexactes frauduleuses ou faites par négligence?

3. Les membres du groupe de propriétaires d’unités du Hilton sont-ils, en application du par. 75(2) de la Loi, réputés s’être fiés aux déclarations inexactes qui leur auraient été faites, et quel est l’effet de l’abrogation de cette loi?
4. Le VAC et HMS avaient-ils des obligations fiduciaires, des obligations fiduciaires, ou les deux, envers les membres du groupe de propriétaires d’unités du Hilton et, dans l’affirmative, ont-ils manqué à ces obligations?

### III. Décisions des instances inférieures

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2007 BCSC 1262, 38 B.L.R. (4th) 171*

[19] La juge de première instance, madame la juge Wedge, a tiré un certain nombre de conclusions qui ne sont pas contestées dans le présent pourvoi. Elle a statué que ni la responsabilité du VAC ni celle de HVS n’étaient engagées pour déclarations inexactes faites par négligence au sujet des prévisions financières. Elle a aussi fait remarquer que Sharbern avait retiré son allégation que le VAC avait commis une fraude concernant les prévisions de rendement du capital investi. Elle a conclu que HMS n’avait pas d’obligation fiduciaire envers Sharbern. Enfin, elle a souligné, dans des motifs supplémentaires, que la responsabilité du VAC n’était pas engagée pour déclarations inexactes frauduleuses quant à l’existence d’un conflit d’intérêts, Sharbern n’ayant pas [TRADUCTION] « établi que le VAC ne croyait pas véritablement à l’exactitude de ses déclarations et qu’il avait eu l’intention de tromper les investisseurs ou s’était montré insouciant à cet égard » (2008 BCSC 245 (CanLII), par. 12).

[20] Voici les conclusions de la juge Wedge qui sont en cause dans le présent pourvoi. D’abord, elle a statué que l’omission du VAC de faire état des différences de rémunération était à tout le moins susceptible d’engendrer un conflit d’intérêts, notamment parce que les hôtels pouvaient faire l’objet d’une administration commune. Ensuite, elle a

or potential conflict of interest and the nature of the agreements between VAC and the Marriott Owners. She found both misrepresentations material. It is not entirely clear from Wedge J.'s reasons whether she found VAC liable under the common law or under the *Real Estate Act*, although I proceed on the basis that she found VAC liable under both.

[21] Wedge J. concluded that under the *Real Estate Act*, the investors were deemed to rely on material misrepresentations by VAC. She determined that such deemed reliance was not a rebuttable presumption, irrespective of the actual knowledge of the investors.

[22] She also found that in its capacity as manager, VAC was a fiduciary of the Hilton Owners, that a conflict existed with respect to VAC's interests as between the Hilton and the Marriott, and that VAC was liable for breach of fiduciary duty because it did not disclose that conflict. Finally, she found that VAC was also liable for breach of fiduciary duty as manager, because of a non-competition arrangement that it put in place between the Marriott and the Hilton, preventing each hotel from competing for certain customers with the other or with the Richmond Inn.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2009 BCCA 224, 57 B.L.R. (4th) 1*

[23] VAC appealed and Sharbern cross-appealed aspects of the trial decision. The Court of Appeal allowed VAC's appeal, overturning Wedge J.'s findings with respect to misrepresentation, deemed reliance and breach of fiduciary duty. Sharbern's cross-appeal was dismissed.

[24] On the issue of misrepresentation, Chiasson J.A. found that the details of the financial

conclu que le VAC avait fait preuve de négligence en faisant des déclarations inexactes quant à l'absence de tout conflit d'intérêts — ou de toute possibilité d'un tel conflit — et au contenu des ententes conclues avec les propriétaires du Marriott. Selon elle, il s'agissait de déclarations inexactes sur des points importants. Dans ses motifs, la juge Wedge ne dit pas clairement si elle estime que la responsabilité du VAC est engagée selon les règles de la common law ou celles de la Loi, mais je tiens pour acquis qu'elle s'est fondée sur les unes et les autres.

[21] La juge Wedge a conclu que sous le régime de la Loi les investisseurs étaient réputés s'être fiés aux déclarations inexactes du VAC portant sur des points importants, ajoutant que, indépendamment de ce que ceux-ci savaient, cette présomption ne pouvait être réfutée.

[22] Elle a aussi conclu qu'à titre d'administrateur, le VAC avait une obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton, que ses intérêts relativement à l'un et l'autre hôtel étaient en conflit, et qu'il avait manqué à son obligation fiduciaire en omettant de signaler l'existence de ce conflit. Enfin, elle a conclu que le VAC avait également manqué à son obligation fiduciaire à titre d'administrateur en instaurant une pratique de non-concurrence entre le Marriott et le Hilton qui les empêchait de se disputer une certaine clientèle et de faire concurrence au Richmond Inn.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2009 BCCA 224, 57 B.L.R. (4th) 1*

[23] Le VAC a interjeté appel de la décision de première instance et Sharbern a formé un appel incident à l'égard de certains aspects de celle-ci. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donné raison au VAC, annulant les conclusions de la juge Wedge sur l'inexactitude de ses déclarations, la présomption que les investisseurs s'étaient fiés à des déclarations inexactes, et le fait qu'il aurait manqué à son obligation fiduciaire. L'appel incident de Sharbern a été rejeté.

[24] Sur la question des déclarations inexactes, le juge Chiasson a conclu que les modalités des

arrangements between the two hotels were not material. He observed that at trial “VAC relied on the extensive factual and expert evidence it adduced concerning actual and industry practice in the management of multiple hotels by a single entity” and that “[t]here was no evidence to the contrary and no evidence objectively to support the conclusion a reasonable investor would be concerned about the details of the financial arrangements” (para. 76). He found that

[h]aving made the disclosure [VAC] did, recognizing industry and actual practice and considering the subjective belie[f] of [VAC’s officers and employees], VAC did not misrepresent that it was unaware of any conflict that reasonably could affect materially the investment decisions of the Hilton Hotel investors. [para. 84]

He therefore ruled that the trial judge had erred in concluding VAC materially misrepresented its conflict of interest and its agreements with the Marriott Owners.

[25] As to breach of fiduciary duty, Chiasson J.A. determined that there was no breach by VAC. He observed that the answer to whether VAC was “obliged to tell the Hilton Hotel unit owners the details of its financial arrangements with the Marriott Hotel unit owners . . . depends on whether that information was material” (para. 98). He went on to conclude that “in the circumstances of this case, the information objectively was not material” (para. 99). In his view, “the consent given to VAC to act for competing hotels is an answer to any contention the implementation of the price competition policy was *per se* a breach of fiduciary duty” (para. 104). The issue was again reduced to the question of whether VAC was required to disclose the details of its financial arrangements with the Marriott. Chiasson J.A. concluded it was not.

ententes financières relatives à l’un et l’autre hôtel étaient sans importance. Il a souligné qu’au procès [TRADUCTION] « [l]e VAC a produit une preuve factuelle et une preuve d’expert abondantes sur la pratique au sein de l’industrie dans les cas où une seule entité administre plusieurs hôtels » et qu’« [a]ucune preuve contraire n’a été présentée et aucun élément de preuve objectif ne permettait de conclure que l’investisseur raisonnable se serait soucié des modalités des ententes financières » (par. 76). Il a en outre conclu que

[TRADUCTION] [c]ompte tenu des renseignements que [le VAC] avait communiqués, de la pratique au sein de l’industrie, et de la croyance subjective des [dirigeants et employés de ce dernier], la déclaration du VAC qu’il n’y avait pas, à sa connaissance, de situation de conflit d’intérêts dont on pourrait raisonnablement s’attendre qu’elle ait une incidence importante sur les décisions des éventuels investisseurs de l’hôtel Hilton ne pouvait être qualifiée d’inexacte. [par. 84]

Il a donc statué que la juge de première instance s’était trompée en concluant que le VAC avait fait des déclarations inexactes importantes sur son conflit d’intérêts et sur ses ententes avec les propriétaires du Marriott.

[25] Le juge Chiasson a par ailleurs conclu que le VAC n’avait pas manqué à son obligation fiduciaire. Il a fait remarquer que la question de savoir si le VAC était [TRADUCTION] « tenu de communiquer aux propriétaires d’unités du Hilton les modalités des ententes financières conclues avec ceux d’unités du Marriott [. . .] dépend de savoir si ces renseignements étaient importants ou non » (par. 98). Il a ensuite conclu que « dans les circonstances de l’espèce, les renseignements n’étaient pas objectivement importants » (par. 99). Selon lui, « le fait que les investisseurs aient consenti à ce que le VAC administre des hôtels se faisant concurrence suffit à répondre à tout argument voulant que l’application d’une politique de non-concurrence en matière de fixation des prix était en soi un manquement à l’obligation fiduciaire » (par. 104). Encore là, la question a été ramenée à savoir si le VAC était tenu de communiquer les modalités des ententes financières conclues avec le Marriott. Le juge Chiasson a conclu par la négative.

IV. Issues

[26] This appeal raises five issues, which I will address in turn:

1. Did the trial judge err in finding that VAC was liable under s. 75 of the *Real Estate Act* for material false statements?
2. Did the trial judge err in not considering the statutory defence available to a developer under s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act*, and whether VAC could avail itself of that defence?
3. Did the trial judge err in finding that the deemed reliance under s. 75(2)(a) of the *Real Estate Act* was non-rebuttable?
4. Did the trial judge err in finding that VAC was liable for negligent misrepresentation under the common law?
5. Did the trial judge err in finding VAC liable for breach of fiduciary duty?

V. AnalysisA. *Misrepresentation Under the Real Estate Act*(1) VAC's Statutory Disclosure Obligations

[27] I commence with a summary of the statutory disclosure requirements that were applicable in the context of this case.

[28] The Hilton hotel strata lots were a combination of an interest in real estate and an interest in a rental pool, governed by the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, and the *Real Estate Act*. Both statutes governed VAC's disclosure obligations. Pursuant to those obligations, VAC marketed

IV. Questions en litige

[26] Le pourvoi soulève cinq questions, que j'examinerai à tour de rôle :

1. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant à la responsabilité du VAC en application de l'art. 75 de la Loi au motif qu'il avait fait des déclarations erronées sur des points importants?
2. A-t-elle commis une erreur en omettant de prendre en compte le moyen de défense dont dispose le promoteur aux termes du sous-al. 75(2)(b)(viii) de la Loi, et de se demander si le VAC pouvait s'en prévaloir?
3. A-t-elle commis une erreur en concluant que la présomption prévue à l'al. 75(2)(a) de la Loi selon laquelle les investisseurs sont réputés s'être fiés à ce qui leur a été présenté (la « présomption légale ») est irréfutable?
4. A-t-elle commis une erreur en concluant que le VAC était responsable en common law pour avoir fait par négligence des déclarations inexactes?
5. A-t-elle commis une erreur en concluant que le VAC avait manqué à son obligation fiduciaire?

V. AnalyseA. *Déclarations inexactes au sens de la Loi*(1) Obligations en matière de communication

[27] Je résumerai d'abord les exigences de la Loi en matière de communication qui s'appliquaient en l'espèce.

[28] Les unités du Hilton constituaient à la fois un intérêt sur biens réels et un intérêt dans un pool locatif assujettis à la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, et à la Loi, deux lois qui prévoyaient les obligations du VAC en matière de communication. Conformément à ces obligations, le VAC a fait la

the strata lots using a document that was a combination of both a *Securities Act* “offering memorandum” and a *Real Estate Act* “disclosure statement”.

[29] As to VAC’s disclosure obligations under the *Securities Act*, the strata lots were marketed on the basis of exemptions then found in ss. 45(2)(5) and 74(2)(4) of that Act. Section 45(2)(5) provided that VAC did not have to register with the British Columbia Securities Commission to trade in the strata lots. Section 74(2)(4) provided that VAC did not have to provide a *Securities Act* prospectus for the strata lots. Both exemptions applied to trades — such as those involving the strata lots — in which a person purchased the security as a principal and the security had an aggregate acquisition cost of not less than a prescribed amount, in this case \$97,000.

[30] The minimum acquisition cost and the requirement that the purchaser be acting as principal imply that these conditions serve as a proxy for a degree of sophistication on the part of the investor, justifying a more defined disclosure obligation than that found under the prospectus requirements. Because the strata lots fell under these *Securities Act* exemptions, VAC was only required to submit an offering memorandum (British Columbia Securities Commission, Notice and Interpretation Note No. 96/36, “Real Estate Securities” (online)). VAC’s disclosure obligations under an offering memorandum were limited to disclosing specific matters that were prescribed by the B.C. Securities Commission in a document referred to as Form 43B.

[31] As to VAC’s disclosure obligations under the *Real Estate Act*, s. 66(1) of that Act provided that the Superintendent of Real Estate could permit VAC to issue a disclosure statement as opposed to a prospectus. The Superintendent of Real Estate appears to have exercised that discretion in this case. VAC’s disclosure obligations in a disclosure statement were limited to specific matters that

promotion des unités par le biais d’un document qui était à la fois une [TRADUCTION] « notice d’offre » au sens de la *Securities Act* et un [TRADUCTION] « document d’information » au sens de la Loi.

[29] S’agissant des obligations de communication fixées par la *Securities Act*, les unités ont été mises sur le marché en conformité avec les dispenses prévues à ses al. 45(2)(5) et 74(2)(4). Or, suivant l’al. 45(2)(5), le VAC n’était pas tenu de s’inscrire auprès de la British Columbia Securities Commission (la « commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique ») pour les vendre. Par ailleurs, suivant l’al. 74(2)(4), le VAC n’avait pas à fournir de prospectus. Les deux dispenses s’appliquaient à toute opération — notamment une opération de la nature de celles qui nous intéressent ici — par laquelle une personne faisait pour son propre compte l’acquisition d’un titre moyennant un coût d’acquisition global au moins égal à un certain montant prescrit, en l’occurrence 97 000 \$.

[30] Le coût d’acquisition minimal et l’obligation faite à l’acheteur d’agir pour son propre compte tiennent lieu des connaissances suffisantes qu’il est censé posséder pour justifier une obligation de communication mieux définie que celle qui s’applique à l’égard des prospectus. Les unités en cause étant visées par les dispenses prévues à cette loi, le VAC était seulement tenu de présenter une notice d’offre (voir l’avis et bulletin d’interprétation n° 96/36 de la commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique, « Real Estate Securities » (en ligne)) dans laquelle il ne devait fournir que les renseignements visés par la formule 43B de ce même organisme.

[31] S’agissant des obligations de communication prévues par la Loi, le par. 66(1) de celle-ci prévoyait que le Superintendent of Real Estate (le « surintendant du courtage immobilier ») pouvait autoriser le VAC à soumettre un document d’information plutôt qu’un prospectus, et c’est ce qu’il semble avoir fait. Les obligations de communication que le VAC devait remplir dans son document se limitaient à

were prescribed by the Superintendent of Real Estate (pursuant to *Real Estate Act*, ss. 66(3)(a) and (c)).

[32] Rather than issuing a separate offering memorandum and a separate disclosure statement, the Superintendent of Real Estate and the Securities Commission appear to have allowed developers to issue one document that combined the two. The Hilton Disclosure Statement was such a document. In that document, as I have just explained, VAC was only required to disclose certain prescribed matters. Of those prescribed matters, the only two of relevance to this appeal are Items 9 and 13 of Form 43B.

[33] Item 9 of Form 43B required VAC to include a statement drawing attention to the speculative nature and inherent risks of a real estate investment and to disclose specific factors that “make the offering a risk or speculation”:

#### ITEM 9 Risk Factors

(1) State:

**A real estate investment is, by its nature, speculative. If a purchaser is purchasing the real estate as an investment, the purchaser should be aware that this investment has not only the usual risks when purchasing real estate, but also those risks that are inherent to the nature of real estate securities.**

(2) Disclose the risk factors that make the offering a risk or speculation.

**Instructions:** Risk factors may include but are not limited to such matters as risks associated with real estate investments generally, reliance on the developer/managers efforts, ability and experience, inexperience of management, lack of financial expertise, reliance on the financial strength of the person offering the guarantee or financial commitment, cash flow and liquidity risks, financing risk, potential liability to make additional contributions beyond initial investments, restricted rights of a holder in the management and control of the strata corporation or business, inability to change the manager, restrictions on resale of the real estate

celles que le surintendant du courtage immobilier avait fixées (en vertu des al. 66(3)a) et c) de la Loi).

[32] Il semble que le surintendant du courtage immobilier et la commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique aient permis aux promoteurs de réunir en un seul document la notice d’offre et le document d’information, plutôt que de soumettre ceux-ci séparément. Le document du Hilton constituait un tel document, et, comme je viens de l’expliquer, le VAC n’était tenu d’y communiquer que certains renseignements bien précis. De ces renseignements, seuls ceux visés par les éléments 9 et 13 de la formule 43B sont pertinents en l’espèce.

[33] L’élément 9 de la formule 43B exigeait que le document contienne une déclaration soulignant le caractère spéculatif d’un placement immobilier et les risques inhérents à un tel placement, et qu’il fasse état des facteurs particuliers qui [TRADUCTION] « rend[aient] le placement [en question] risqué ou spéculatif » :

[TRADUCTION]

#### ÉLÉMENT 9 Facteurs de risque

(1) Déclarer ce qui suit :

**L’investissement immobilier est, de par sa nature, spéculatif. Si l’acheteur acquiert l’immeuble à titre d’investissement, il doit être conscient que cet investissement, en plus des risques habituels liés à l’achat d’un immeuble, comporte des risques inhérents à la nature des titres de placement immobilier.**

(2) Mentionner les facteurs de risque qui rendent le placement risqué ou spéculatif.

**Mise en garde :** Les facteurs de risque peuvent comprendre, sans toutefois s’y limiter, des éléments comme les risques généralement liés aux investissements immobiliers, le fait que l’on dépend des efforts, de la capacité et de l’expérience du promoteur ou de l’administrateur, l’inexpérience de l’administrateur, l’absence de compétence dans le domaine financier, le fait que l’on dépend de la santé financière de la personne qui offre la garantie ou l’engagement financier, les risques liés aux flux de trésorerie et aux liquidités, ceux liés au financement, la possibilité de devoir verser des contributions en sus de l’investissement initial, les droits



securities, developer/manager conflicts of interests, and where the offering provides holders with a means to participate financially in a business such as a hotel, motel, resort or apartment hotel or other commercial enterprise, the general risks of the business, absence of an operating history of the business, and competition.

(3) If the real estate securities include a rental pool, state:

**The success or failure of the rental pool will depend in part on the abilities of the manager of the rental pool.**

(4) If the owner will be responsible for paying a portion of the costs of the operation of the rental pool, state:

**If the revenue generated from the rental pool is less than the costs of operating the rental pool, then the purchaser must make additional contributions over and above the purchasers initial investment and financing costs.**

(5) If the real estate securities include a guarantee or other financial commitment, state:

**The ability of [the person providing the guarantee] to perform under the [guarantee or other financial commitment] will depend on the financial strength of [the person]. See [the persons] financial statements on page [\*]. There is no assurance that [the person] will have the financial ability to be able to satisfy its obligations under the [guarantee or other financial commitment] and therefore you may not receive any return from your investment. [Text in brackets in original.]**

[34] Item 13 of Form 43B required VAC to include a statement describing conflicts of interest and provided:

#### **ITEM 13 Conflicts of Interest**

Describe any existing or potential conflicts of interest among the developer, manager, promoter . . . in connection with the real estate securities which could reasonably be expected to affect the purchaser's investment decision.

limités d'un détenteur de parts quant à l'administration et au contrôle de la société ou de l'entreprise de condominium, l'incapacité de changer d'administrateur, les limites imposées en matière de vente des titres de placement immobilier, les conflits d'intérêts touchant le promoteur ou l'administrateur, et, si le placement prévoit que les détenteurs de parts peuvent participer financièrement à l'entreprise — hôtel, motel, centre de villégiature, hôtel de résidence ou autre entreprise commerciale —, les risques généralement liés à l'entreprise, l'absence d'antécédents d'exploitation de celle-ci et la concurrence.

(3) Si les titres de placement immobilier visent un pool locatif, déclarer ce qui suit :

**Le succès ou l'échec du pool locatif dépendra en partie de la compétence de son administrateur.**

(4) Si le propriétaire doit acquitter une partie des coûts d'exploitation du pool locatif, déclarer ce qui suit :

**Si le revenu généré par le pool locatif est inférieur aux coûts de son exploitation, l'acheteur doit verser des contributions en sus de son investissement initial et des coûts de financement.**

(5) Si les titres de placement immobilier comprennent une garantie ou un autre engagement financier, déclarer ce qui suit :

**La capacité de [la personne qui fournit la garantie] d'exécuter [la garantie ou l'autre engagement financier] dépendra de la santé financière de [la personne]. Voir les états financiers [de la personne] à la page [\*]. Rien ne garantit que [la personne] aura la capacité financière de s'acquitter de ses obligations prévues par [la garantie ou l'autre engagement financier] et, par conséquent, il se peut que votre investissement ne vous rapporte rien du tout. [Texte entre crochets dans l'original.]**

[34] L'élément 13 de la formule 43B exigeait que le document présenté par le VAC contienne une déclaration en matière de conflit d'intérêts :

#### **ÉLÉMENT 13 Conflits d'intérêts**

Décrire tout conflit d'intérêts — actuel ou susceptible de survenir — qui touche le promoteur ou l'administrateur [. . .] relativement aux titres de placement immobilier, et dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'il ait une incidence sur la décision de l'éventuel acheteur d'investir ou non des capitaux.

[35] Article 4.9(i) of the Hilton Disclosure Statement is related to the Item 9 obligation to disclose risk factors:

#### 4.9 Risk Factors

- (i) **Liabilities and Obligations of the Developer.** The Developer is currently developing the Vancouver Airport Marriott, a 237 room full service hotel, on the Parent Property. The Vancouver Airport Marriott is scheduled for completion in or about June of 1998. In this regard, the Developer has entered into purchase agreements, ancillary documents similar in form and substance to the Agreements, and certain additional agreements with purchasers of strata lots comprising the Vancouver Airport Marriott, all of which give rise to certain liabilities and obligations of the Developer which could impact upon its ability to perform its obligations under the Agreements.

(A.R., vol. II, at p. 164)

Article 4.1 of the Hilton Disclosure Statement provided that “Agreements” meant “the Bylaws, the Hotel Asset Management Agreement, the Hotel Use Covenant, the Joinder in Covenant Agreement and the Purchase Agreement”.

[36] Article 4.11 is related to the Item 13 obligation to disclose conflicts of interest:

#### 4.11 Conflicts of Interest

The Developer is not aware of any existing or potential conflicts of interest . . . that could reasonably be expected to materially affect the purchaser’s investment decision. . . .

#### (2) Liability Under the Real Estate Act

[37] Sharbern claims that VAC is liable for misrepresentations contained in arts. 4.9(i) and 4.11 of the Hilton Disclosure Statement in that they

[35] Le paragraphe 4.9i) du document du Hilton se rapportait à l’obligation, prévue à l’élément 9 de la formule 43B, d’exposer les facteurs de risque :

[TRADUCTION]

#### 4.9 Facteurs de risque

- i) **Responsabilités et obligations du promoteur.** Le promoteur travaille présentement à la construction, sur le bien-fonds principal, du Marriott de l’aéroport de Vancouver, hôtel de 237 chambres qui offrira tous les services. La construction devrait se terminer vers juin 1998. À cet égard, le promoteur a conclu des conventions d’achat — documents accessoires similaires aux ententes sur la forme et sur le fond —, ainsi que certaines autres conventions, avec les acheteurs des unités que comprend cette copropriété hôtelière. L’ensemble de ces conventions imposent au promoteur des responsabilités et des obligations susceptibles d’avoir une incidence sur sa capacité d’exécuter les obligations prévues dans les ententes.

(d.a., vol. II, p. 164)

L’article 4.1 du document du Hilton prévoyait que le mot « ententes » désignait [TRADUCTION] « les règlements, l’entente sur l’administration des biens du Hilton, le covenant relatif l’utilisation de l’hôtel, l’entente relative au covenant conjoint et la convention d’achat ».

[36] L’article 4.11, quant à lui, se rapportait à l’obligation de signaler l’existence de tout conflit d’intérêts qu’imposait l’élément 13 de la formule 43B :

[TRADUCTION]

#### 4.11 Conflits d’intérêts

Le promoteur déclare qu’à sa connaissance il n’existe actuellement aucun conflit d’intérêts — ni aucune possibilité d’un tel conflit — [ . . . ] dont on pourrait raisonnablement s’attendre qu’il ait une incidence importante sur la décision de l’éventuel acheteur d’investir ou non des capitaux. . . .

#### (2) Responsabilité légale

[37] Sharbern prétend que la responsabilité du VAC est engagée au motif qu’il aurait fait des déclarations inexactes au par. 4.9i) et à l’art. 4.11 du

resulted in the “non-disclosure of a material conflict of interest” (A.F., at para. 1). There are two potential causes of action here: one under s. 75 of the *Real Estate Act*, and the other at common law under the tort of negligent misrepresentation. I will first deal with the cause of action under the *Real Estate Act*.

[38] Section 75 of the *Real Estate Act* provides the statutory mechanism pursuant to which an investor can hold a developer liable with respect to the representations found in a disclosure statement. Under the *Real Estate Act*, if a “material false statement” is contained in a disclosure statement, the developer will be liable to investors for any resulting loss they may have sustained, and investors are deemed to have relied upon the representations made in the disclosure statement. However, s. 75 also contains a defence which provides that if the developer had reasonable grounds to believe and did believe that the material false statement was true, it would not be liable. (Although s. 75 uses the term “prospectus”, a disclosure statement is deemed under s. 66(2) of the *Real Estate Act* to be a prospectus for the purposes of the section.) The relevant parts of s. 75 of the *Real Estate Act* provide:

- 75** (1) In this section, “**prospectus**” includes every statement and report and summary of report required to be filed with the prospectus under this Part.
- (2) If a prospectus has been accepted for filing by the superintendent under this Part,
- (a) every purchaser of any part of the subdivided land, shared interests in land or time share interests to which the prospectus relates is deemed to have relied on the representations made in the prospectus whether the purchaser has received the prospectus or not, and
- (b) if any material false statement is contained in the prospectus,
- (i) every person who is a director of the developer at the time of the issue of the prospectus,

document du Hilton ayant mené à [TRADUCTION] « l’omission de faire état d’un conflit d’intérêts important » (m.a., par. 1). Il y a deux causes d’action possibles en l’espèce : l’une repose sur l’art. 75 de la Loi, l’autre, sur le délit de common law de déclaration inexacte faite par négligence. Je traiterai d’abord de la cause d’action fondée sur la Loi.

[38] L’article 75 de la Loi prévoit le mécanisme qui permet à l’investisseur de tenir le promoteur responsable des déclarations figurant dans le document d’information. Ainsi, si le document contient une [TRADUCTION] « déclaration erronée sur un point important » à l’origine d’une perte subie par l’investisseur, le promoteur sera tenu de compenser cette perte, l’investisseur étant réputé s’être fié aux déclarations contenues dans le document. En revanche, cet article fournit un moyen de défense au promoteur, qui ne sera pas tenu de compenser la perte s’il établit qu’il avait des motifs raisonnables de croire — et qu’il croyait effectivement — que la déclaration en cause était véridique. (Bien que l’art. 75 fasse mention du terme « prospectus », le document d’information est réputé être un prospectus pour les fins de la disposition, selon le par. 66(2) de cette loi.) Les passages pertinents de l’art. 75 de la Loi sont reproduits ci-dessous :

[TRADUCTION]

- 75** (1) Au présent article, le terme « **prospectus** » vise l’ensemble des déclarations, rapports et rapports sommaires qui doivent l’accompagner aux termes de la présente partie.
- (2) Si le prospectus est accepté par le surintendant en vue de son dépôt conformément à la présente partie,
- a) l’acquéreur d’une partie du terrain loti, des intérêts fonciers en commun ou du temps partagé visés par le prospectus est réputé s’être fié aux déclarations qui y sont faites, qu’il ait reçu le prospectus ou non, et
- b) si le prospectus contient une déclaration erronée sur un point important,
- (i) tout directeur du promoteur au moment de la publication du prospectus,

- (ii) every person who, having authorized the naming, is named in the prospectus as a director of the developer,
- (iii) every person who is a developer, and
- (iv) every person who has authorized the issue of the prospectus

is liable to compensate all persons who have purchased the subdivided land, shared interests in land or time share interests for any loss or damage those persons may have sustained, unless it is proved

- . . .
- (viii) that, with respect to every untrue statement not purporting to be made on the authority of an expert, or of a public official document or statement, the person had reasonable grounds to believe and did, up to the time of the sale of the subdivided land, shared interests in land or time share interests believe that the statement was true . . . .

[39] Under s. 75(2)(b) of the *Real Estate Act*, Sharbern has the onus to demonstrate that either or both of arts. 4.9(i) and 4.11 contained a “material false statement”. As the plaintiff, Sharbern bears this onus under the principle that the party who alleges a fact has the burden of proving it. Nothing in the language of s. 75 suggests that a plaintiff advancing a statutory cause of action under the *Real Estate Act* does not bear this onus. In order for art. 4.9(i) to contain a material false statement, the representation that VAC made indicating that it had entered into agreements with the Marriott that were “similar in form and substance” to those governing the Hilton must be shown to be a material false statement. For art. 4.11 to contain a material false statement, VAC’s representation that it was “not aware of any existing or potential conflicts of interest . . . that could reasonably be expected to materially affect the purchaser’s investment decision” must be found to be a material false statement. If Sharbern satisfies that onus,

- (ii) toute personne qui, après avoir autorisé la désignation, est désignée dans le prospectus comme directrice du promoteur,
- (iii) tout promoteur, et
- (iv) toute personne qui a autorisé la publication du prospectus

est tenu d’indemniser l’acquéreur de la partie du terrain loti, des intérêts fonciers en commun ou du temps partagé de toute perte ou dommage qu’il a subi, sauf s’il est établi

- . . .
- (viii) pour chaque déclaration fautive qui n’est pas présentée comme étant fondée sur l’avis d’un expert ou tirée d’une déclaration ou d’un document public officiel, que la personne avait des motifs raisonnables de croire — et qu’elle croyait effectivement — jusqu’au moment de la vente du terrain loti, des intérêts fonciers en commun ou du temps partagé, que la déclaration était véridique . . .

[39] Selon l’al. 75(2)b de la Loi, il incombe à Sharbern, en sa qualité de partie demanderesse, d’établir que le par. 4.9i), l’art. 4.11, ou les deux, contiennent une [TRADUCTION] « déclaration erronée sur un point important », vu le principe selon lequel il revient à la partie qui allègue un fait d’en faire la preuve. Rien dans le libellé de l’art. 75 ne donne à penser que le demandeur qui fait valoir une cause d’action en application de la Loi est libéré de ce fardeau. Or, pour établir que le par. 4.9i) contient une telle déclaration, Sharbern doit démontrer que la déclaration du VAC qu’il a conclu avec le Marriott des conventions [TRADUCTION] « similaires [. . .] sur la forme et sur le fond » à celles intervenues à l’égard du Hilton est de cette nature. Par ailleurs, pour établir que l’art. 4.11 contient lui aussi une telle déclaration, Sharbern doit démontrer que la déclaration du VAC qu’à sa connaissance il n’existait [TRADUCTION] « aucun conflit d’intérêts — ni aucune possibilité d’un tel conflit — [. . .] dont on pourrait raisonnablement

VAC must then demonstrate that it had reasonable grounds to believe and did believe that the material false statements were true, in order to rely on the defence.

### (3) Materiality

[40] In *Kerr v. Danier Leather Inc.*, 2007 SCC 44, [2007] 3 S.C.R. 331, Binnie J. wrote that “disclosure lies at the heart of an effective securities regime” and that the extent of disclosure is a matter of legislative policy that involves “[b]alancing the needs of the investor community against the burden imposed on issuers” (para. 5). The materiality standard for disclosure “supplants the ‘buyer beware’ mind set of the common law with compelled disclosure of relevant information” while “recogniz[ing] the burden” that is placed on issuers to provide such disclosure (para. 32).

[41] A materiality standard is a legislated and regulatory balancing between too much and too little disclosure. As the Supreme Court of the United States cautioned in *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), at pp. 448-49:

... if the standard of materiality is unnecessarily low, not only may the corporation and its management be subjected to liability for insignificant omissions or misstatements, but also management’s fear of exposing itself to substantial liability may cause it simply to bury the shareholders in an avalanche of trivial information — a result that is hardly conducive to informed decisionmaking.

[42] Sharbern argues that in a prospectus context under the *Real Estate Act*, “asymmetries in knowledge and vulnerability” exist which would suggest that the materiality standard of disclosure should be high (A.F., at para. 32). I infer that it is Sharbern’s position that when balancing the requirement to disclose in a prospectus context, the

s’attendre qu’il ait une incidence importante sur la décision de l’éventuel acheteur d’investir ou non des capitaux » était de cette nature. Si Sharbern parvient à s’acquitter de ce fardeau, le VAC pourra se défendre en établissant qu’il avait des motifs raisonnables de croire — et qu’il croyait effectivement — que ses déclarations étaient exactes.

### (3) Norme de l’importance

[40] Dans *Kerr c. Danier Leather Inc.*, 2007 CSC 44, [2007] 3 R.C.S. 331, le juge Binnie a indiqué que la « divulgation [est] la clé d’un régime efficace de réglementation des valeurs mobilières » et que son étendue est une question de politique législative nécessitant que soit « [mis] en équilibre les besoins du milieu des investisseurs et le fardeau incombant aux émetteurs » (par. 5). La norme de l’importance en matière de communication « supplante la mentalité existant en common law selon laquelle “l’acheteur doit prendre garde”, en prescrivant la divulgation des renseignements pertinents », et ce, tout en « reconna[issant] le fardeau » imposé aux émetteurs en cette matière (par. 32).

[41] La norme de l’importance est le fruit d’un équilibre législatif et réglementaire entre, d’une part, une communication surabondante et, d’autre part, une communication insuffisante de renseignements. Comme l’a souligné la Cour suprême des États-Unis dans *TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), p. 448-449 :

[TRADUCTION] ... si la norme de l’importance était trop peu exigeante, non seulement la société et ses dirigeants pourraient-ils être tenus responsables d’omissions ou de déclarations erronées négligeables, mais leur crainte de se voir imposer d’importantes obligations pourrait également les amener à carrément inonder les actionnaires de renseignements futiles, ce qui ne les aiderait en rien à prendre des décisions éclairées.

[42] Sharbern soutient que, s’agissant d’un prospectus assujéti à la Loi, un certain [TRADUCTION] « déséquilibre sur les plans des connaissances et de la vulnérabilité » donne à penser que la norme de l’importance en matière de communication doit être élevée (m.a., par. 32). J’en déduis que Sharbern considère qu’il faut, en se livrant à l’exercice de

emphasis should be on more disclosure. Although Sharbern does not suggest that VAC, in its capacity as developer, was acting as a fiduciary, Sharbern does say that VAC's disclosure obligations should be the same as that of a fiduciary.

[43] Potential investors are indeed vulnerable to the superior knowledge of an issuer as to what need and need not be disclosed. That is the reason for legislated disclosure obligations in a securities context. However, the jurisprudence has recognized that it is not in the interests of investors to be buried "in an avalanche of trivial information" that will impair decision making (*TSC Industries*, at p. 448). As I will explain, the materiality standard calls for the disclosure of information that a reasonable investor would consider important in making an investment decision.

#### (4) The Test for Materiality

[44] The *Real Estate Act* does not define what is meant by the term "material" when it is used in the context of the "material false statement" required for liability under s. 75. The parties submit that in interpreting materiality under s. 75, the Court should adopt the approach set out by the Supreme Court of the United States in *TSC Industries*. In that case, the materiality of an omitted fact in a proxy solicitation context was determined based on whether there was a substantial likelihood that the disclosure of the omitted fact would have assumed actual significance in the deliberations of a reasonable investor.

[45] The materiality test was described by the U.S. Supreme Court in *TSC Industries*:

... An omitted fact is material if there is a substantial likelihood that a reasonable shareholder would consider it important in deciding how to vote. This standard

pondération qu'impose l'obligation de communication dans le contexte d'un prospectus, pencher du côté d'une communication accrue. Sharbern ne prétend pas que le VAC agissait à titre de fiducial en sa qualité de promoteur, mais elle soutient néanmoins que ses obligations en matière de communication devraient être les mêmes que celles d'un fiducial.

[43] De fait, les éventuels investisseurs sont vulnérables face à la connaissance supérieure des émetteurs de valeurs de ce qu'il convient de communiquer ou non. Voilà pourquoi la loi impose des obligations de communication dans le domaine des valeurs mobilières. Toutefois, la jurisprudence a reconnu qu'il n'était pas dans l'intérêt des investisseurs d'être inondés [TRADUCTION] « de renseignements futiles » nuisant à la prise de décision (*TSC Industries*, p. 448). Comme je l'expliquerai, la norme de l'importance commande la communication des renseignements que l'investisseur raisonnable jugerait importants dans sa prise de décision.

#### (4) Critère pour évaluer l'importance

[44] Le régime de responsabilité prévu à l'art. 75 de la Loi ne précise pas ce que signifie « important » dans le mot « déclaration erronée sur un point important ». Or, les parties ont invité la Cour à adopter l'approche retenue par la Cour suprême des États-Unis dans *TSC Industries* pour interpréter la notion d'importance dans le contexte de cet article. Appelée à déterminer l'importance d'un fait ayant été omis lors d'une sollicitation de procurations, la Cour suprême des États-Unis s'est demandé dans cet arrêt s'il existait une probabilité marquée que l'investisseur raisonnable aurait tenu compte de ce fait dans le cadre de son analyse s'il lui avait été communiqué.

[45] Voici comment la Cour suprême des États-Unis définit le critère de l'importance dans *TSC Industries* :

[TRADUCTION] ... Un fait omis est important s'il existe une probabilité marquée que l'actionnaire raisonnable l'estimerait important au moment de décider

is fully consistent with *Mills*' general description of materiality as a requirement that "the defect have a significant *propensity* to affect the voting process." It does not require proof of a substantial likelihood that disclosure of the omitted fact would have caused the reasonable investor to change his vote. What the standard does contemplate is a showing of a substantial likelihood that, under all the circumstances, the omitted fact would have assumed actual significance in the deliberations of the reasonable shareholder. Put another way, there must be a substantial likelihood that the disclosure of the omitted fact would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the "total mix" of information made available. [Emphasis in original; p. 449.]

The U.S. Supreme Court characterized materiality "as a mixed question of law and fact, involving as it does the application of a legal standard to a particular set of facts" (p. 450).

[46] The *TSC Industries* test is not a new concept in Canadian securities law. The test has been adopted by a number of Canadian appellate courts: see *Sparling v. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682 (Ont. C.A.), aff'd [1986] 2 S.C.R. 537; *Harris v. Universal Explorations Ltd.* (1982), 17 B.L.R. 135 (Alta. C.A.); and *Inmet Mining Corp. v. Homestake Canada Inc.*, 2003 BCCA 610, 189 B.C.A.C. 251.

[47] A disclosure statement under the *Real Estate Act* is analogous to the proxy solicitation in *TSC Industries*. The analogy exists because the two documents share similar characteristics. That is, both are (i) prepared unilaterally by management or a developer, (ii) prepared pursuant to statutory and/or regulatory obligations, (iii) used to provide information to investors (current or potential) to allow them to make informed choices, and (iv) used by investors in making decisions (either deciding how to vote or whether to invest). Both are used by investors to make informed investment decisions based on information provided to them by a party that unilaterally controls what specific information to disclose, pursuant to statutory

de son vote. Ce critère est entièrement compatible avec la description générale de la notion d'importance dans *Mills*, soit une exigence requérant que « la lacune *tend* fortement à influencer sur le résultat du vote. » Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'une probabilité marquée que la communication du fait omis aurait incité l'investisseur raisonnable à voter autrement. Le critère suppose plutôt l'existence d'une probabilité marquée que, dans les circonstances en cause, l'investisseur raisonnable aurait tenu compte de ce fait dans le cadre de son analyse s'il lui avait été communiqué. En d'autres termes, il doit exister une probabilité marquée que l'investisseur raisonnable aurait jugé que le fait en question aurait modifié de façon significative l'« ensemble » des renseignements mis à sa disposition s'il lui avait été communiqué. [En italique dans l'original; p. 449.]

La Cour suprême des États-Unis a qualifié l'importance de [TRADUCTION] « question mixte de droit et de fait qui comporte l'application d'une norme juridique à une catégorie de faits précise » (p. 450).

[46] Le critère établi dans *TSC Industries* n'est pas un concept nouveau en droit canadien des valeurs mobilières. Il a été adopté par un certain nombre de tribunaux d'appel canadiens dans des affaires telles *Sparling c. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682 (C.A. Ont.), conf. par [1986] 2 R.C.S. 537, *Harris c. Universal Explorations Ltd.* (1982), 17 B.L.R. 135 (C.A. Alb.), et *Inmet Mining Corp. c. Homestake Canada Inc.*, 2003 BCCA 610, 189 B.C.A.C. 251.

[47] Or, le document d'information établi sous le régime de la Loi s'apparente à la sollicitation de procurations dont il est question dans *TSC Industries*. L'analogie est permise car les deux documents présentent des caractéristiques similaires. En effet, l'un et l'autre (i) sont préparés unilatéralement par les dirigeants d'une société ou un promoteur, (ii) visent à répondre à des exigences légales ou réglementaires, (iii) servent à fournir des renseignements aux investisseurs (actuels ou éventuels) afin de leur permettre de faire des choix éclairés, et (iv) servent de fondement aux décisions des investisseurs (que ce soit en matière de vote ou d'investissement). Dans un cas comme dans l'autre, les investisseurs s'en servent pour faire des choix

obligations. Therefore, it is appropriate to consider the *TSC Industries* test to determine the materiality of the representations under the *Real Estate Act*.

[48] The U.S. Supreme Court indicated that it was “universally agreed” that the question of materiality is objective (*TSC Industries*, at p. 445). Materiality is based on an examination of how the information would have been viewed by a “reasonable investor”. The U.S. Supreme Court concluded that the objective standard formulated in *TSC Industries* “best comports with the policies” (p. 449) of the proxy disclosure rules — the purposes of which were “not merely to ensure by judicial means that the transaction, when judged by its real terms, is fair and otherwise adequate, but to ensure disclosures by corporate management in order to enable the shareholders to make an informed choice” (p. 448).

[49] In order to define the appropriate threshold as to “just how significant a fact must be” (*TSC Industries*, at p. 445) to a reasonable investor before it becomes material, the court imposed a standard that requires that there must be a “substantial likelihood” that an omitted fact “would” be considered important. This standard was imposed rather than the lesser standard which would require disclosure if an omitted fact “might” have been considered important. In adopting the “would” standard, the U.S. Supreme Court approved of the words of Chief Judge Friendly of the U.S. Second Circuit Court of Appeals in *Gerstle v. Gamble-Skogmo, Inc.*, 478 F.2d 1281 (1973), where he wrote:

We think that, in a context such as this, the “might have been” standard . . . sets somewhat too low a threshold; the very fact that negligence suffices to invoke liability argues for a realistic standard of materiality. . . . While the difference between “might” and “would” may seem gossamer, the former is too suggestive of

éclairés en matière d’investissement en se fondant sur des renseignements qui leur sont fournis par une partie qui détermine unilatéralement ce qu’elle leur communiquera pour satisfaire à ses obligations légales. Il sied donc d’appliquer le critère de l’arrêt *TSC Industries* pour juger de l’importance des déclarations faites sous le régime de la Loi.

[48] Selon la Cour suprême des États-Unis, il est [TRADUCTION] « universellement reconnu » que le critère de l’importance est de nature objective (*TSC Industries*, p. 445). Or, l’application de ce critère suppose un examen de la façon dont l’« investisseur raisonnable » aurait envisagé les renseignements. En bout de ligne, la Cour suprême des États-Unis a conclu que le critère objectif formulé dans *TSC Industries* est celui qui « s’accorde le mieux avec les orientations » (p. 449) qui sous-tendent les règles applicables en matière de divulgation de procurations, lesquelles ne visent « pas simplement à veiller par des moyens judiciaires à ce que l’opération, compte tenu de sa teneur réelle, soit équitable et par ailleurs acceptable, mais à veiller à ce que les dirigeants de l’entreprise communiquent aux actionnaires des renseignements qui leur permettront de prendre une décision éclairée » (p. 448).

[49] Pour déterminer [TRADUCTION] « à quel point un fait doit être significatif » (*TSC Industries*, p. 445) aux yeux de l’investisseur raisonnable pour devenir important, la Cour suprême des États-Unis a retenu la norme de la « probabilité marquée » que le fait omis « aurait » été jugé important, plutôt que celle — moins exigeante — de la communication obligatoire du fait qui « aurait pu » l’être. En adoptant cette norme, la Cour suprême des États-Unis a approuvé les propos du juge en chef Friendly de la U.S. Second Circuit Court of Appeals dans *Gerstle c. Gamble-Skogmo, Inc.*, 478 F.2d 1281 (1973), où il a écrit :

[TRADUCTION] Nous croyons que, dans un contexte comme celui-ci, la norme du « aurait pu être » [. . .] établit un seuil trop peu élevé; le fait même que la responsabilité puisse être engagée pour négligence milite en faveur de l’adoption d’une norme réaliste quant à l’importance. [. . .] Bien que la différence entre « aurait pu



mere possibility, however unlikely. When account is taken of the heavy damages that may be imposed, a standard tending toward probability rather than toward mere possibility is more appropriate. [p. 1302]

[50] At the same time, the U.S. Supreme Court clarified that a shareholder is not required to prove that the omitted fact would have caused a reasonable investor to change his or her vote. What is required is proof of a substantial likelihood that the omitted fact would have assumed actual significance in the deliberations of a reasonable shareholder. The standard was seen as consistent with the court's description of materiality in its earlier decision in *Mills v. Electric Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375 (1970), that the defect or omission "have a significant *propensity* to affect the voting process" (p. 384 (emphasis in original)).

[51] Given that materiality is determined objectively, from the perspective of a reasonable investor, I would add that the subjective views of the issuer do not come into play when assessing materiality. As I will discuss later, with respect to VAC's liability under the *Real Estate Act*, VAC's subjective views only are taken into account when considering the defence under s. 75(2)(b)(viii), not when considering whether a false statement was material. I make this observation because in art. 4.11 of the Hilton Disclosure Statement VAC represented that it was "not aware of any existing or potential conflicts of interest". The Court of Appeal appears to have treated this language as importing a subjective element into the analysis of VAC's conflict representation, rather than treating it as an element of the statutory defence.

[52] Finally, the U.S. Supreme Court indicated that the importance of an omitted fact must be considered in the light of whether it would be viewed by a reasonable investor as having "significantly altered the 'total mix' of information made available". In certain situations, evidence of

être » et « aurait été » puisse paraître tenue, la première approche fait indûment appel à une simple possibilité, aussi improbable soit-elle. Vu l'ampleur des dommages-intérêts qui pourraient être fixés, il convient davantage de retenir une norme reposant sur la probabilité plutôt que la simple possibilité. [p. 1302]

[50] La Cour suprême des États-Unis a ajouté que l'actionnaire n'est pas tenu de prouver que le fait omis aurait amené l'investisseur raisonnable à voter autrement. Il doit plutôt établir l'existence d'une probabilité marquée que l'actionnaire raisonnable aurait tenu compte de ce fait dans son analyse. Cette norme a été jugée compatible avec la façon dont la cour avait défini la notion d'importance dans *Mills c. Electric Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375 (1970) : la lacune ou l'omission doit [TRADUCTION] « *tend[re]* fortement à influencer sur le résultat du vote » (p. 384 (en italique dans l'original)).

[51] Étant donné que l'importance d'un fait se détermine objectivement, du point de vue de l'investisseur raisonnable, il me paraît utile de souligner que le point de vue subjectif de l'émetteur de valeurs n'entre pas en jeu. Comme je l'expliquerai plus loin en traitant de la responsabilité du VAC sous le régime de la Loi, il ne faut tenir compte du point de vue subjectif de ce dernier qu'au stade de l'analyse du moyen de défense prévu au sous-al. 75(2)(b)(viii), et non à celui de l'examen de la question de savoir s'il a fait une déclaration erronée sur un point important. Je tiens à faire cette remarque parce que le VAC a indiqué, à l'art. 4.11 du document du Hilton, qu'à sa connaissance [TRADUCTION] « il n'existe actuellement aucun conflit d'intérêts — ni aucune possibilité d'un tel conflit ». La Cour d'appel semble estimer que ces propos introduisent un élément subjectif dans l'analyse de la déclaration du VAC en matière de conflits d'intérêts, au lieu de les considérer comme un élément du moyen de défense prévu par la Loi.

[52] Enfin, la Cour suprême des États-Unis a affirmé que pour déterminer l'importance d'un fait omis, il faut se demander si, du point de vue de l'investisseur raisonnable, « le fait en question aurait [TRADUCTION] modifié de façon significative l'"ensemble" des renseignements mis à sa

the information made available may be such that common sense inferences will be sufficient to establish materiality. In other cases, where there is evidence that supports competing inferences, a court may be required to carry out a more complex analysis to determine what the reasonable investor would have considered important. For the majority of cases, materiality is a contextual matter, involving the application of a legal standard to specific facts, that must be determined in light of all of the information that was made available to an investor. Canadian and American authorities and commentary on materiality indicate that assessing materiality is a “fact-specific inquiry” (*Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988), at p. 240). Materiality is “to be determined on a case-by-case basis” (p. 250) in light of all of the relevant circumstances.

[53] The United States Securities and Exchange Commission (“SEC”), in SEC Staff Accounting Bulletin: No. 99 — “Materiality” (August 12, 1999 (online)), says that quantitative and qualitative factors should be considered in assessing materiality and that this requires “a full analysis of all relevant considerations” (pp. 2-3). The SEC wrote that “an assessment of materiality requires that one views the facts in the context of the ‘surrounding circumstances,’ as the accounting literature puts it, or the ‘total mix’ of information, in the words of the [U.S.] Supreme Court” (p. 3). A fact-driven, contextual approach to determine materiality is also recommended in the Canadian Securities Administrators *National Policy 51-201 Disclosure Standards* (July 12, 2002).

[54] Despite materiality being a question of mixed law and fact, Sharbern asserts that “there is no need for a plaintiff to tender industry or expert evidence as to what would influence a reasonable investor because the question of materiality of conflicts of interest in a prospectus is uniquely for the

disposition ». Dans certaines situations, la preuve des renseignements mis à la disposition de l’investisseur permet de faire des inférences fondées sur le bon sens qui sont suffisantes pour établir l’importance, alors que dans d’autres, le tribunal, saisi d’éléments de preuve permettant de faire des inférences opposées, peut être appelé à faire une analyse plus complexe pour déterminer ce que l’investisseur raisonnable aurait jugé important. Dans la majorité des cas, l’importance est tributaire du contexte, elle comporte l’application d’une norme juridique à des faits précis, et elle s’apprécie au regard de tous les renseignements dont disposait l’investisseur. Il ressort de la jurisprudence et la doctrine canadiennes et américaines que l’évaluation de l’importance appelle un [TRADUCTION] « examen des faits propres à l’espèce » (*Basic Inc. c. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988), p. 240) : elle doit « se faire au cas par cas » (p. 250) à la lumière de l’ensemble des circonstances pertinentes.

[53] Dans SEC Staff Accounting Bulletin : No. 99 — « Materiality » (12 août 1999 (en ligne)), la Securities and Exchange Commission des États-Unis (« SEC ») mentionne que l’évaluation de l’importance doit tenir compte des facteurs quantitatifs ainsi que des facteurs qualitatifs, ce qui nécessite [TRADUCTION] « une analyse exhaustive de l’ensemble des facteurs pertinents » (p. 2-3). La SEC note également que « l’évaluation de l’importance nécessite un examen des faits qui tiennent compte de “l’ensemble des circonstances,” comme on le dit en langage comptable, ou, pour reprendre les termes de la Cour suprême [des États-Unis], de l’“ensemble” des renseignements » (p. 3). Pour leur part, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières recommandent elles aussi, dans le document intitulé *Instruction générale 51-201 Lignes directrices en matière de communication de l’information* (12 juillet 2002), l’adoption d’une approche contextuelle axée sur les faits.

[54] Bien que l’importance soit une question mixte de droit et de fait, Sharbern affirme que [TRADUCTION] « la partie demanderesse n’est pas tenue de présenter une preuve d’expert ou une preuve établissant la pratique au sein de l’industrie sur ce qui peut influencer sur la décision d’un

court, involving a question of construction” (A.F. at para. 40). To support this assertion, Sharbern refers to the words of Binnie J. in *Kerr* where he wrote that “disclosure is a matter of legal obligation” (para. 54). In *Kerr*, Binnie J. was writing in the context of explaining that the business judgment rule “should not be used to qualify or undermine the duty of disclosure” (*ibid.*).

[55] The business judgment rule is applied by courts when they are asked to resolve disputes involving business decisions made by managers (*Kerr*, at para. 54). In *Kerr*, Binnie J. adopted Weiler J.A.’s description of the business judgment rule at p. 192 in *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.) as follows:

The court looks to see that the directors made a reasonable decision not a perfect decision. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board’s determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board’s decision . . . . [Emphasis deleted . . . .] [Text in brackets in original; para. 54.]

[56] Binnie J. explained that the business judgment rule has been traditionally justified with respect to business decisions because (i) “judges are less expert than managers in making business decisions”, and (ii) “[i]n order to maximize returns for shareholders, managers should be free to take reasonable risks without having to worry that their business choices will later be second-guessed by judges” (*Kerr*, at para. 58). These traditional justifications for the rule “do not apply to disclosure decisions” (*ibid.*).

[57] As I have explained, the question of materiality involves the application of a legal standard to a given set of facts. Judges are not less expert than

investisseur raisonnable, car la question de l’importance des conflits d’intérêts dans un prospectus en est une d’interprétation qui relève exclusivement des tribunaux » (m.a., par. 40). Elle cite à l’appui le juge Binnie, qui affirmait dans *Kerr* que « la divulgation est une question d’obligation légale » (par. 54). Cette affirmation, le juge Binnie l’a faite dans le contexte de son explication suivant laquelle la règle de l’appréciation commerciale « ne doit pas servir à atténuer ou à miner l’obligation de divulgation » (*ibid.*).

[55] Les tribunaux appliquent la règle de l’appréciation commerciale lorsqu’ils sont appelés à régler des conflits portant sur des décisions d’affaires prises par des dirigeants d’entreprises (*Kerr*, par. 54). Dans *Kerr*, le juge Binnie a adopté la description que la juge Weiler a faite de cette règle à la p. 192 de *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.) :

[TRADUCTION] Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision raisonnable et non pas la meilleure décision. Dès lors que la décision prise conserve un caractère raisonnable, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si les événements ultérieurs peuvent avoir jeté le doute sur la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l’une des diverses solutions raisonnables qui s’offraient, la retenue est de mise à l’égard de la décision du conseil . . . [Italiques omis . . .] [Texte entre crochets dans l’original; par. 54.]

[56] Le juge Binnie a expliqué que l’application de la règle de l’appréciation commerciale aux décisions d’affaires a traditionnellement été justifiée par les raisons suivantes, à savoir le fait que (i) « les juges s’y connaissent moins que les directeurs pour prendre des décisions d’affaires », et que (ii) « [p]our maximiser le rendement des actions, les directeurs doivent être libres de prendre des risques raisonnables sans craindre que les tribunaux remettent par la suite en question les choix qu’ils ont faits sur le plan commercial » (*Kerr*, par. 58). Ces justifications traditionnelles de la règle « ne s’appliquent pas aux décisions en matière de divulgation » (*ibid.*).

[57] Comme je l’ai expliqué, la question de l’importance comporte l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits donnés. Les juges ne

business managers when it comes to the application of a legal standard to a given set of facts; neither do managers' assessments of risk have anything to do with meeting their disclosure obligations. As Binnie J. observed, "[i]t is for the legislature and the courts, not business management, to set the legal disclosure requirements" (*Kerr*, at para. 55).

[58] Nothing in these reasons departs from the law as set out in *Kerr*. VAC's statutory obligation in this case was to disclose certain prescribed matters and, in doing so, to not make material false statements. While VAC made its own assessment of what information it was required to include in the Hilton Disclosure Statement, it is the court that determines whether the disclosure made meets VAC's legal obligations. The court must therefore inquire into what the reasonable investor would consider as significantly altering the total mix of information made available. This is a fact-specific inquiry, and except in those cases where common sense inferences are sufficient, the party alleging materiality must provide evidence in support of that contention.

[59] In carrying out a materiality assessment, a court must first look at the information disclosed to investors at the time they made their investment decision. In the present case, what I will refer to as "disclosed information" was the information contained in the Hilton Disclosure Statement. The next step in determining whether an omitted fact or information ("omitted information") would be considered as significantly altering the total mix of information made available is to consider the omitted information against the backdrop of what was disclosed. In the present case, the significance of the Compensation Differences must be ascertained by comparing the omitted information (the guaranteed rate of return to Marriott Owners and the 5% management fee and added incentive payable to VAC by the Marriott Owners) to the disclosed information. As part of this second step, a court

s'y connaissent pas moins que les dirigeants d'entreprises en matière d'application d'une norme juridique à un ensemble de faits donnés; par ailleurs, l'évaluation du risque par ces derniers n'a rien à voir avec l'obligation de communication qui leur incombe. Comme le juge Binnie l'a souligné, « [i]l appartient au législateur et aux tribunaux, et non aux dirigeants d'entreprises, d'établir les exigences juridiques en matière de divulgation » (*Kerr*, par. 55).

[58] Rien dans les présents motifs ne s'écarte du droit exposé dans *Kerr*. L'obligation légale qui incombait au VAC en l'espèce consistait à communiquer certains renseignements bien précis tout en évitant de faire des déclarations erronées sur des points importants. Bien que le VAC ait choisi lui-même les renseignements à inclure dans le document du Hilton, c'était au tribunal qu'il revenait de décider si ce dernier avait rempli ses obligations légales à cet égard. Le tribunal devait donc se demander ce qui, du point de vue de l'investisseur raisonnable, aurait modifié de façon significative l'ensemble des renseignements mis à sa disposition. Il s'agit d'un examen propre aux faits de l'espèce et, sauf dans les cas où des inférences fondées sur le bon sens suffisent, la partie qui allègue l'importance doit présenter des éléments de preuve à l'appui de sa thèse.

[59] Pour évaluer l'importance, le tribunal doit d'abord examiner les renseignements qui avaient été communiqués aux investisseurs au moment où ils ont pris leur décision. En l'espèce, ce que j'appellerai les « renseignements communiqués » étaient les renseignements que contenait le document du Hilton. La prochaine étape à franchir pour décider si tout fait ou renseignement omis (les « renseignements omis ») aurait modifié de façon significative l'ensemble des renseignements mis à la disposition des investisseurs consiste à examiner les renseignements omis au regard de ceux qui avaient été communiqués. Il faut donc comparer les renseignements omis (le taux de rendement garanti offert aux propriétaires du Marriott et les frais d'administration de 5 p. 100 ainsi que les mesures incitatives supplémentaires qu'ils devaient payer au VAC) à ceux qui avaient été communiqués pour

may consider contextual evidence which helps to explain, interpret, or place the omitted information in a broader factual setting, provided it is viewed in the context of the disclosed information. In this case, for example, evidence about the strong economic environment at the time investors made their investment decisions would help to evaluate whether the guaranteed rate of return given to Marriott Owners would have been significant in the context of the projections for high occupancy rates for the Hilton hotel that were disclosed in the Hilton Disclosure Statement.

[60] Another type of evidence relevant to the materiality assessment is evidence of concurrent or subsequent conduct or events that would shed light on potential or actual behaviour of persons in the same or similar situations (“behaviour evidence”). For example, a plaintiff would not be precluded from introducing evidence, if available, that the defendant acted on a conflict of interest even though that evidence pertained to events arising subsequent to the investors making their investment decisions. Similarly, a defendant would not be precluded from bringing evidence that investors had information not included in the disclosure documents at the time they were making their investment decisions, or that investors who had the information acted in a certain way. Beyond this behaviour evidence, evidence of common knowledge or, depending upon the circumstances, knowledge specific to particular investors would also be admissible. Nonetheless, in considering the question of materiality, the predominant focus is on the disclosed and omitted information.

[61] In sum, the important aspects of the test for materiality are as follows:

- i. Materiality is a question of mixed law and fact, determined objectively, from the perspective of a reasonable investor;

déterminer l'importance des différences de rémunération. Le tribunal peut, dans le cadre de cette deuxième étape, prendre en compte les éléments de contexte qui permettent d'expliquer, interpréter ou analyser les renseignements omis à la lumière d'un contexte factuel plus général, pourvu qu'il le fasse au regard des renseignements communiqués. Par exemple, dans le cas qui nous est soumis, tout élément de preuve au sujet de la conjoncture économique favorable à l'époque où les investisseurs ont pris leur décision aurait été utile pour décider si le taux de rendement garanti offert aux propriétaires du Marriott constituait un facteur important eu égard aux taux d'occupation élevés qui étaient annoncés dans le document du Hilton.

[60] Un autre type de preuve pertinente en ce qui concerne l'évaluation de l'importance est celle qui fait état de certains actes ou événements contemporains ou ultérieurs qui expliqueraient le comportement que des personnes dans des situations identiques ou similaires adoptent ou sont susceptibles d'adopter (la « preuve du comportement »). Par exemple, rien n'empêcherait le demandeur de présenter une preuve établissant que le défendeur avait tiré avantage d'une situation de conflit d'intérêts, et ce, même si cette preuve se rapportait à des événements survenus après que les investisseurs ont pris leur décision. De même, rien n'empêcherait le défendeur de présenter une preuve démontrant que certains investisseurs disposaient de renseignements qui ne figuraient pas dans les documents en cause au moment où ils ont pris leur décision, ou encore que certains de ceux-ci ont agi d'une certaine façon. Outre une telle preuve du comportement, toute preuve établissant tout fait de notoriété publique ou, selon les circonstances, les connaissances de certains investisseurs en particulier serait aussi admissible. Cependant, l'examen de l'importance doit porter principalement sur les renseignements qui ont été communiqués et ceux qui ne l'ont pas été.

[61] En bref, voici les principaux éléments du critère de l'importance :

- i. L'importance est une question mixte de droit et de fait qui s'évalue objectivement, du point de vue d'un investisseur raisonnable;

- ii. An omitted fact is material if there is a substantial likelihood that it *would* have been considered important by a reasonable investor in making his or her decision, rather than if the fact merely *might* have been considered important. In other words, an omitted fact is material if there is a substantial likelihood that its disclosure would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the total mix of information made available;
  - iii. The proof required is not that the material fact would have changed the decision, but that there was a substantial likelihood it would have assumed actual significance in a reasonable investor's deliberations;
  - iv. Materiality involves the application of a legal standard to particular facts. It is a fact-specific inquiry, to be determined on a case-by-case basis in light of all of the relevant considerations and from the surrounding circumstances forming the total mix of information made available to investors; and
  - v. The materiality of a fact, statement or omission must be proven through evidence by the party alleging materiality, except in those cases where common sense inferences are sufficient. A court must first look at the disclosed information and the omitted information. A court may also consider contextual evidence which helps to explain, interpret, or place the omitted information in a broader factual setting, provided it is viewed in the context of the disclosed information. As well, evidence of concurrent or subsequent conduct or events that would shed light on potential or actual behaviour of persons in the same or similar situations is relevant to the materiality assessment. However, the predominant focus must be on a contextual consideration of what information was disclosed, and what facts or information were omitted from the disclosure documents provided by the issuer.
- ii. Le fait omis est important s'il existe une probabilité marquée que l'investisseur raisonnable *aurait* jugé important au moment de prendre sa décision, et non qu'il *aurait pu* le juger important. Autrement dit, il doit y avoir une probabilité marquée que l'investisseur raisonnable aurait jugé que le fait en question aurait modifié de façon significative l'ensemble des renseignements mis à sa disposition s'il lui avait été communiqué;
  - iii. Il n'est pas nécessaire de prouver que le fait en cause aurait amené l'investisseur à prendre une autre décision, mais plutôt qu'il existait une probabilité marquée que l'investisseur raisonnable en aurait tenu compte dans le cadre de son analyse;
  - iv. L'évaluation de l'importance comporte l'application d'une norme juridique à des faits précis. Elle repose sur un examen des faits propres à l'espèce à la lumière de l'ensemble des facteurs pertinents et des circonstances, soit l'ensemble des renseignements mis à la disposition des investisseurs;
  - v. La partie qui allègue l'importance d'une déclaration, d'une omission ou d'un fait doit présenter des éléments de preuve à l'appui de sa thèse, sauf dans les cas où des inférences fondées sur le bon sens sont suffisantes. Le tribunal doit d'abord examiner les renseignements communiqués aux investisseurs et ceux qui ne l'ont pas été. Il peut également prendre en compte les éléments de contexte qui permettent d'expliquer, interpréter ou analyser les renseignements omis à la lumière d'un contexte factuel plus général, pourvu qu'il le fasse au regard des renseignements communiqués. De plus, la preuve qui fait état de certains actes ou événements contemporains ou ultérieurs qui expliqueraient le comportement que des personnes dans des situations identiques ou similaires adoptent ou sont susceptibles d'adopter est également pertinente. Toutefois, l'examen de l'importance doit constituer d'abord et avant tout une considération contextuelle des renseignements communiqués par l'émetteur de valeurs ainsi que des faits ou des renseignements que ce dernier a omis d'inclure dans les documents qu'il a fournis.

(5) Analysis of the Trial Judge's Materiality Assessment

[62] I now turn to the trial judge's materiality assessment. In my respectful view, the trial judge made three interrelated errors of law in her treatment of the materiality of VAC's alleged conflict of interest stemming from the Compensation Differences, which impact upon her assessment of whether the Hilton Disclosure Statement contained a material false statement. First, she equated the existence of a potential or actual conflict of interest with materiality, essentially treating a conflict of interest as inherently material. Second, she reversed the onus on Sharbern as plaintiff to prove materiality and placed an onus on VAC to disprove materiality. Third, she failed to consider all of the evidence available to her on the issue of materiality. I will deal with these errors in turn.

[63] Although much time was dedicated to the question in her analysis, the key issue before the trial judge was not whether a potential or actual conflict of interest existed. The existence of non-material conflicts of interest had been acknowledged by VAC in arts. 4.9(i) and 4.11 of the Hilton Disclosure Statement. Rather, the key issue was whether the Compensation Differences and the potential or actual conflict of interest they created were *material*, thereby rendering VAC's failure to disclose them "material false statements" attracting liability under the statute.

[64] A careful review of Wedge J.'s reasons shows that once she had determined that there was a potential or actual conflict of interest, she found that there was an obligation to disclose the conflict as if the existence of the conflict itself was inherently material. For example, before she had even considered the issue of materiality, Wedge J. states, at para. 310, that "[g]iven the existence of the conflict described above, VAC was required to

(5) Analyse de l'évaluation de l'importance en première instance

[62] J'examinerai maintenant l'évaluation de l'importance faite par la juge de première instance. J'estime en toute déférence qu'elle a commis trois erreurs de droit intimement liées en évaluant l'importance de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se serait trouvé le VAC en raison des différences de rémunération, et que cela a faussé son examen du document du Hilton pour savoir s'il contenait une déclaration erronée sur un point important. D'abord, elle a jugé que l'existence ou la possibilité d'un conflit d'intérêts était forcément importante, postulant essentiellement que tout conflit d'intérêts était, en soi, important. Ensuite, elle a inversé le fardeau de la preuve, qui exigeait de Sharbern qu'elle établisse l'importance en sa qualité de partie demanderesse, et imposé au VAC le fardeau de prouver le contraire. Enfin, elle a omis de considérer l'ensemble de la preuve dont elle disposait sur l'importance. J'examinerai successivement ces trois erreurs.

[63] Bien que la juge de première instance ait consacré une bonne part de son analyse au conflit d'intérêts ou à la possibilité d'un tel conflit, il ne s'agissait pas de l'élément clé du litige. D'ailleurs, le VAC a reconnu l'existence de conflits d'intérêts non importants au par. 4.9(i) et à l'art. 4.11 du document du Hilton. La question clé consistait plutôt à se demander si les différences de rémunération ainsi que le conflit d'intérêts — ou la possibilité d'un tel conflit — engendré par celles-ci étaient *importants*, de sorte qu'en omettant d'en faire part aux investisseurs, le VAC faisait une « déclaration erronée sur un point important » engageant sa responsabilité sous le régime de la Loi.

[64] Il ressort d'un examen attentif des motifs de la juge Wedge qu'après avoir conclu à l'existence d'un conflit d'intérêts ou, à tout le moins, de la possibilité d'un tel conflit, elle a estimé que le VAC devait en faire part aux investisseurs, comme si l'existence même du conflit était en soi importante. Par exemple, la juge Wedge a indiqué, avant même d'aborder la question de l'importance, que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de l'existence du

disclose the nature of those agreements” evidencing the Compensation Differences. Similarly, when speaking about the evidence led by VAC concerning the benefits to the hotels of sharing resources and expenses, she determined that “[i]t is for the investor to decide whether the benefits of cost and resource sharing outweigh the detriment of the conflict. An investor cannot engage in that weighing process unless the conflict is disclosed” (para. 304). Again, this is before the trial judge had made any determinations with respect to the materiality of the conflict of interest.

[65] Treating a conflict of interest as inherently material led the trial judge to other manifestations of the same error of law. One is that she misinterpreted the statutory disclosure requirement. She said that the conflict of interest must be disclosed so that investors can weigh its costs and benefits against those of other factors. However, the statutory requirement does not impose on issuers an obligation to disclose all facts that would permit an investor to sort out what was material and what was not. This approach would not only result in excessive disclosure, regardless of materiality, it would overwhelm investors with information and impair, rather than enhance, their ability to make decisions.

[66] Further, by holding that the failure to disclose the existence of conflict of interest is sufficient to attract liability for a material false statement, the trial judge misinterpreted the test for materiality. If the mere existence of a potential or actual conflict of interest creates an obligation to disclose it, without a proper inquiry into the materiality of the conflict, this approaches the standard of material fact used by the Court of Appeals in *TSC Industries* of “all facts which a reasonable stockholder might consider important” (*sub nom. Northway, Inc. v. TSC Industries, Inc.*, 512 F.2d 324 (7th Cir. 1975), at para. 3). That standard has

conflit susmentionné, le VAC était tenu d’expliquer la teneur de ces ententes » (par. 310) de façon à révéler les différences de rémunération. Dans le même ordre d’idée, elle a affirmé, dans son analyse de la preuve du VAC sur les avantages que procurait aux hôtels le partage des ressources et des dépenses, que « [c]’est à l’investisseur qu’il revient de juger si les avantages que procure le partage des frais et des ressources l’emportent sur les conséquences négatives du conflit. Or, l’investisseur ne peut soupeser ces considérations que si l’existence même du conflit d’intérêts lui est révélée » (par. 304). Encore là, elle s’est exprimée ainsi avant même de se prononcer sur l’importance du conflit d’intérêts.

[65] Son avis que tout conflit d’intérêts était, en soi, important, l’a amenée à commettre d’autres façons la même erreur de droit, notamment en interprétant de façon erronée les obligations légales du VAC en matière de communication. En effet, elle a affirmé qu’il devait signaler le conflit d’intérêts aux investisseurs de manière à ce qu’ils puissent en mesurer les avantages et les inconvénients au regard de ceux d’autres facteurs. Toutefois, la loi n’oblige pas les émetteurs de valeurs à communiquer tous les faits aux investisseurs afin de leur permettre de faire eux-mêmes le tri entre ce qui est important et ce qui ne l’est pas. Si c’était le cas, beaucoup trop de renseignements seraient communiqués aux investisseurs sans égard à leur importance et cela les paralyserait et nuirait à leur faculté de prendre des décisions éclairées, au lieu de les aider.

[66] De plus, ayant statué que le défaut du VAC de signaler qu’il était en conflit d’intérêts suffisait pour engager sa responsabilité pour déclaration erronée sur un point important, elle a mal interprété le critère de l’importance. Si le seul fait ou la seule possibilité que l’intéressé soit en conflit d’intérêts imposait à celui-ci une obligation de communication à cet égard sans qu’il soit nécessaire de véritablement s’interroger sur l’importance du conflit, on se rapprocherait de la norme du fait important adoptée par la cour d’appel dans *TSC Industries*, suivant laquelle [TRADUCTION] « tous les faits que l’actionnaire raisonnable pourrait juger



been rejected by the U.S. Supreme Court and now by this Court in these reasons.

[67] In assessing materiality, the trial judge pointed to the test set out in *TSC Industries* and concluded:

I am satisfied that VAC's ability to make more money under the Marriott guarantee when a potential customer chose the Marriott over the Hilton would have assumed actual significance in the deliberations of a reasonable investor, as would the fact that VAC made more money in management fees if the Marriott revenue was relatively higher than the Hilton revenue. [para. 321]

However, she does not address how or why there is a substantial likelihood that the Compensation Differences would be viewed by reasonable investors in the Hilton strata lots as significantly altering the total mix of the information made available. She appears to make a common sense inference that the Compensation Differences would have been material, without offering any analysis of how the conflict created by the Compensation Differences would fit into the mix of all other relevant information, nor does she take notice of what the total mix of information would be.

[68] There was evidence, which I will discuss more fully below, which could have supported the opposite inference, that the Compensation Differences or the omitted information were not material in the context of what had already been disclosed to investors. For example, the disclosed information included information about the economic environment at the time of the sale of the strata lots; the financial benefits offered to the Hilton Owners, such as the management fee payable to VAC; information about common management by VAC and resulting risk factors; and information relevant to VAC's limited ability to prefer its own interests. The trial judge also had behaviour evidence led by VAC about what the conduct

importants » seraient visés (*sub nom. Northway, Inc. c. TSC Industries, Inc.*, 512 F.2d 324 (7th Cir. 1975), par. 3). Cette norme a été rejetée par la Cour suprême des États-Unis, et elle l'est maintenant par notre Cour.

[67] Dans son évaluation de l'importance, la juge de première instance a renvoyé au critère énoncé dans *TSC Industries* et elle a conclu :

[TRADUCTION] À mon avis, le fait que la garantie relative au Marriott permettait au VAC de gagner plus d'argent lorsqu'un nouveau client choisissait cet hôtel plutôt que le Hilton aurait été un fait dont l'investisseur raisonnable aurait tenu compte dans son analyse, tout comme le fait que des frais d'administration plus élevés auraient été payés au VAC si les revenus générés par le Marriott étaient relativement plus élevés que ceux du Hilton. [par. 321]

Toutefois, elle ne s'est pas demandé comment ou pourquoi il existait une probabilité marquée que les différences de rémunération auraient amené l'investisseur raisonnable se proposant d'acquiescer une unité du Hilton à considérer qu'elles modifiaient de façon significative l'ensemble des renseignements mis à sa disposition. Elle semble avoir inféré, en se fondant sur le bon sens, que les différences de rémunération auraient été importantes, sans toutefois analyser le lien qu'il y aurait eu entre l'existence d'un conflit engendré par celles-ci et l'ensemble des autres renseignements pertinents, ni préciser en quoi ces renseignements auraient consisté.

[68] Certains éléments de preuve — dont je reparlerai plus abondamment — établissant que les différences de rémunération ou les renseignements omis n'étaient pas importants compte tenu de ce qui avait été déjà communiqué aux investisseurs auraient pu permettre d'inférer le contraire. Par exemple, les renseignements communiqués fournissaient de l'information au sujet de la conjoncture économique à l'époque où les unités ont été vendues, des avantages financiers offerts aux propriétaires du Hilton — tels les frais d'administration moins élevés qu'ils devaient payer au VAC —, et de l'administration commune des hôtels par le VAC et des facteurs de risque y afférents; ils comprenaient aussi des renseignements pertinents sur

of fully informed investors had been. In my view, this evidence demonstrated that competing inferences could be drawn in this case and added a layer of complexity to the materiality analysis that took it outside the realm of drawing a simple, common sense inference. A more detailed analysis of the evidence constituting the “total mix” of information was required in order to make a determination about what a reasonable investor would have considered significant.

[69] Wedge J.’s error in treating a conflict of interest as inherently material is interrelated with her second error, which was to reverse the onus of proof. Once she was satisfied that Sharbern had proven the existence of a conflict of interest, she turned to VAC to show why it was not material. The result was that she made the determination that the conflict of interest was material without requiring Sharbern to satisfy its burden, as plaintiff, of proving materiality.

[70] Having found a conflict of interest to be inherently material, the trial judge looked to VAC to show proof that it was not. She considered VAC’s submissions that the Compensation Differences would not have been material in light of all the disclosed information about common management in the Hilton Disclosure Statement. She then stated: “I cannot agree with VAC’s submission concerning materiality” (para. 320) and concluded that “the presence of an actual or potential conflict of interest on the part of [VAC] would concern any reasonable person contemplating investing more than \$100,000 in a strata unit” (para. 321). While observing that “no expert evidence was advanced with respect to the knowledge of the reasonable investor” (para. 317), she neither proceeded with an analysis of other evidence of materiality adduced by Sharbern, nor commented upon the absence of any such evidence. As stated above, the onus of proving the materiality of a fact, statement or omission rests with the person alleging materiality.

le peu de moyens dont disposait le VAC pour favoriser ses propres intérêts. La juge de première instance disposait en outre de la preuve du VAC quant au comportement d’investisseurs bien informés. À mon avis, cette preuve établissait qu’il était possible de faire des inférences opposées en l’espèce. De fait, elle rendait l’analyse de l’importance si complexe que celle-ci ne pouvait se résumer à une simple inférence fondée sur le bon sens. Il fallait donc faire une analyse plus détaillée des éléments de preuve constituant l’« ensemble » des renseignements mis à la disposition des investisseurs pour déterminer ce que l’investisseur raisonnable aurait jugé important.

[69] L’erreur que la juge Wedge a commise en concluant que tout conflit d’intérêts était, en soi, important, a un lien avec sa seconde erreur, soit sa décision d’inverser le fardeau de la preuve. Ayant jugé que Sharbern avait établi que le VAC était en conflit d’intérêts, elle a invité ce dernier à expliquer pourquoi ce conflit n’était pas important. Elle a donc jugé d’emblée que le conflit d’intérêts était important, sans même exiger que Sharbern s’acquitte du fardeau qui lui incombait, en sa qualité de partie demanderesse, d’établir l’importance.

[70] Ayant conclu que tout conflit d’intérêts était, en soi, important, la juge de première instance attendait du VAC qu’il prouve le contraire. Elle a tenu compte de son argument selon lequel les différences de rémunération n’étaient pas importantes au vu de l’ensemble des renseignements relatifs à l’administration commune des hôtels contenus dans le document du Hilton. À cet égard, elle a affirmé [TRADUCTION] « ne [pouvoir] souscrire à la thèse du VAC concernant l’importance » (par. 320) et conclu que « le fait que [le VAC était] en conflit d’intérêts ou que cela soit même possible intéresserait toute personne raisonnable envisageant d’investir plus de 100 000 \$ pour faire l’acquisition d’une unité » (par. 321). La juge a bien fait remarquer qu’« aucune preuve d’expert n’a été présentée relativement aux connaissances que possède l’investisseur raisonnable » (par. 317), mais elle n’a fait aucune analyse des autres éléments de preuve produits par Sharbern en vue d’établir l’importance et n’a pas non plus fait de remarques sur l’absence

Sharbern did not adduce any evidence supporting the materiality of the Compensation Differences (other than the Hilton Disclosure Statement and the omitted information). It did not provide evidence to explain or place the omitted information into the context of the disclosed information in a way that would show its materiality. There is nothing in the trial judge's analysis to indicate that Sharbern satisfied its burden.

[71] The third error evident from the decision of Wedge J. is that she failed to consider all the evidence available to her on the issue of materiality. I am not unmindful that “[i]n reviewing the decisions of trial judges in all cases . . . it is important that the appellate court remind itself of the narrow scope of appellate review” with respect to factual matters (*Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 11; see also *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 46). When a question of mixed fact and law is at issue, the findings of a trial judge should be deferred to unless it is possible to extricate a legal error (*Housen*, at para. 37). Within this narrow scope of review, an appellate court may “reconsider the evidence” proffered at trial when there is a “reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his [or her] conclusion” and thereby erred in law (*Van de Perre*, at para. 15). As I will now explain, Wedge J. ignored and misconceived evidence relevant to the question of materiality in a way that affected her conclusions.

[72] The statutory disclosure requirements only oblige issuers to disclose certain prescribed information. Where the issuer's disclosure is challenged, the court must determine whether the omitted information was material in the context of the “total mix” of information made available to the

de tels éléments. Comme je l'ai déjà dit, c'est à la partie qui allègue l'importance d'une déclaration, d'une omission ou d'un fait qu'incombe le fardeau de la preuve. Or, Sharbern n'a présenté aucun élément de preuve établissant l'importance que revêtent les différences de rémunération (mis à part le document du Hilton et les renseignements omis). Elle n'a pas non plus produit de preuve traitant des renseignements omis dans le contexte de l'ensemble des renseignements communiqués de façon à en établir l'importance. Rien dans l'analyse de la juge n'indique que Sharbern s'est acquittée de son fardeau.

[71] La troisième erreur réside dans l'omission de considérer l'ensemble de la preuve sur l'importance. Je ne suis pas sans savoir que « [l]orsqu'une cour d'appel examine une décision de première instance, dans tous les domaines, [. . .] il importe qu'elle ne perde pas de vue la portée restreinte du mécanisme de révision » relativement aux questions de fait (*Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 11; voir aussi *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 46). Lorsqu'une question mixte de fait et de droit est en litige, il faut faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance à moins qu'il ne soit possible d'en dégager une erreur de droit (*Housen*, par. 37). Dans le cadre de la portée restreinte de cet examen, la cour d'appel peut « revoir la preuve » produite au procès si elle a la « conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée », ce qui l'a amené à commettre une erreur de droit (*Van de Perre*, par. 15). Comme je l'expliquerai maintenant, la juge Wedge a tantôt négligé d'examiner, tantôt mal interprété des éléments de preuve pertinents quant à la question de l'importance de telle manière que ses conclusions en ont été affectées.

[72] La Loi n'oblige l'émetteur de valeurs mobilières à ne communiquer que certains renseignements bien précis. En cas de contestation, le tribunal doit décider si l'information que l'émetteur a omis de communiquer était importante au vu de l'« ensemble » des renseignements mis à la disposition de

investor. While Wedge J. considered some evidence in relation to materiality (i.e. the language and general circumstances surrounding the Hilton Disclosure Statement), she failed to consider other relevant evidence. For example, she rejected much of the evidence adduced by VAC as being irrelevant to the issue of the existence of a conflict of interest. There is no indication that she considered that evidence, as she was required to do, in assessing the materiality of the Compensation Differences.

[73] As I will detail below, evidence of factors such as the general economic climate at the time the strata lots were sold, the financial arrangements offered to Hilton Owners, the disclosure made by VAC of common management and risk factors, and the limited extent of VAC's ability to act upon the Compensation Differences in its own interests may be of little weight in determining whether a potential or actual conflict of interest existed as a result of the Compensation Differences. However, as mentioned above, those factors constituted disclosed information that would come into play as relevant to the issue of whether reasonable investors would have considered the omitted information important to their investment decision.

(a) *The Economic Environment*

[74] The Hilton Disclosure Statement warned that “[t]o the extent that there are more hotel rooms available in a particular market than there is demand for those rooms, then both occupancy and room rental rates may be adversely effected [*sic*]. There are other hotels which are planned for the Richmond and Vancouver markets” (art. 4.9(b)). However, it also stated that “Richmond is ranked as having the highest hotel occupancy of any market in Canada and the United States for the full year 1996” and was showing similar promise for 1997 (point 5 of the executive summary). The information about the high hotel occupancy rates in Richmond, coupled with the optimistic projections made in the Hilton Disclosure Statement, are

l'investisseur. Bien que la juge Wedge ait considéré certains des éléments de preuve se rapportant à cette question (c.-à-d. le libellé du document du Hilton et les circonstances générales entourant sa publication), elle a omis de tenir compte d'autres éléments de preuve pertinents. Par exemple, elle a rejeté plusieurs des éléments présentés par le VAC au motif qu'ils n'étaient pas pertinents quant à l'existence d'un conflit d'intérêts. Rien ne permet de croire qu'elle a pris en compte ces éléments de preuve, comme elle devait le faire, pour évaluer l'importance des différences de rémunération.

[73] Comme je l'expliquerai en détail plus loin, pour décider si les différences de rémunération engendraient un conflit d'intérêts ou la possibilité d'un tel conflit, il ne faut peut-être pas accorder trop de poids à la preuve touchant à certains facteurs, tels la conjoncture économique générale au moment de la vente des unités, les ententes financières offertes aux propriétaires du Hilton, les renseignements que le VAC avait fournis concernant l'administration commune des hôtels et les facteurs de risque, et le peu de moyens dont il disposait pour bénéficier de ces différences. Par contre, comme je l'ai déjà mentionné, ces facteurs faisaient partie des renseignements communiqués pertinents quant à savoir si l'investisseur raisonnable aurait jugé que les renseignements omis étaient importants dans sa prise de décision.

a) *Environnement économique*

[74] Selon le document du Hilton, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où, dans un marché donné, le nombre de chambres d'hôtel excède la demande, le taux d'occupation ainsi que les tarifs de location peuvent en souffrir. D'autres hôtels ouvriront leurs portes dans les marchés de Richmond et de Vancouver » (par. 4.9b)). Cependant, ce document mentionnait également que « de tous les marchés canadiens et américains, Richmond a été celui où le taux d'occupation a été le plus élevé en 1996 » et que l'année 1997 s'annonçait tout aussi bonne (point 5 du sommaire). Ce renseignement selon lequel le taux d'occupation des hôtels était élevé à Richmond ainsi que les prévisions optimistes contenues dans le document étaient des considérations pertinentes

relevant considerations the trial judge should have taken into account and suggested that the Hilton would not have a problem with occupancy rates, or need to worry about competition from the Marriott. This information about the economic environment was disclosed information forming part of the total mix of information made available to investors, against which they would have weighed the importance of the omitted information.

(b) *Financial Benefits to Hilton Owners*

[75] The omitted information about VAC's agreements with the Marriott Owners would have been assessed by a reasonable investor in comparison to the disclosed information about the financial arrangements given to Hilton Owners. Although they did not receive a guarantee, the lower management fee of 3% instead of 5% and an added incentive had been given to Hilton Owners to increase their projected rate of return. The advantage of paying a low percentage management fee could have supported an inference that there were financial arrangements to counterbalance the omitted information about financial arrangements for the Marriott Owners even if they left the alleged incentive for favouritism unchanged.

(c) *Disclosure of Common Ownership and/or Management and Risk Factors*

[76] The Hilton Disclosure Statement disclosed that the developer of the Hilton was also developing the Marriott, and was the owner of the Richmond Inn. In the risk factors, VAC disclosed that its agreements with the Marriott "give rise to certain liabilities and obligations of the Developer which could impact upon its ability to perform its obligations under the Agreements" with the Hilton strata lot owners (art. 4.9(i)). VAC also disclosed that the Asset Manager would be the same for

que la juge de première instance aurait dû prendre en compte. Ces considérations donnaient à penser que le taux d'occupation du Hilton ne poserait pas problème et qu'il n'y avait pas lieu de se préoccuper de la concurrence du Marriott. Ces renseignements au sujet de la conjoncture économique d'alors constituaient des renseignements communiqués qui faisaient partie de l'ensemble des renseignements mis à la disposition des investisseurs au regard desquels ceux-ci auraient apprécié l'importance des renseignements omis.

b) *Avantages financiers profitant aux propriétaires du Hilton*

[75] L'investisseur raisonnable aurait apprécié les renseignements omis en ce qui concerne les ententes avec les propriétaires du Marriott en les comparant aux renseignements communiqués au sujet des ententes financières conclues avec ceux du Hilton. Les propriétaires du Hilton ne bénéficiaient pas d'une garantie, mais les frais d'administration moins élevés qu'ils étaient tenus de payer, soit 3 p. 100 au lieu de 5 p. 100, et les mesures incitatives supplémentaires qui leur avaient été accordées devaient faire augmenter le taux de rendement de leur investissement. Or, l'avantage que cela leur procurait aurait pu permettre d'inférer que certaines ententes financières visaient à contrebalancer les renseignements omis en ce qui concerne les ententes conclues avec les propriétaires du Marriott, et ce même si elles laissaient subsister l'avantage que le VAC aurait eu à favoriser le Marriott.

c) *Communication de renseignements : propriétaire unique et/ou administration commune et facteurs de risque*

[76] Selon le document du Hilton, le promoteur de cet hôtel était également promoteur du Marriott et possédait en outre le Richmond Inn. Au chapitre des facteurs de risque, il mentionnait que les ententes conclues avec le Marriott [TRADUCTION] « imposent au promoteur des responsabilités et des obligations susceptibles d'avoir une incidence sur sa capacité d'exécuter les obligations prévues dans les ententes » conclues avec les propriétaires d'unités du Hilton (par. 4.9i)). Il y était également prévu

the Hilton and the Marriott, and that the day-to-day management of the Hilton would be subcontracted to the manager of the Richmond Inn. The Hilton Disclosure Statement states that “[t]he success of the Hotel will depend in large measure on the ability of the Developer as Asset Manager” and that “the success or failure of the Rental Pool will depend in part on the managerial abilities of the Asset Manager” (art. 4.9(e) (emphasis deleted)).

[77] Although the trial judge rejected VAC’s submission that its disclosure of potential conflicts had been sufficient, she noted in her reasons that because the two hotels were in direct competition for clientele, “the interests of their owners were not congruent” (para. 299). Nonetheless, she acknowledged that “Hilton Owners consented to VAC acting for other principals competing in the same market” (para. 425). While all of this evidence was reviewed by the trial judge in other contexts, in my respectful opinion, she failed to assess whether there was a substantial likelihood that a reasonable investor in a Hilton strata lot would have viewed the Compensation Differences and their potential for creating a conflict of interest as significantly altering the information already possessed about the potential risk factors.

(d) *VAC Had No Practical Means or Incentive to Favour the Marriott*

[78] VAC led evidence at trial in an attempt to show why it would not have preferred the Marriott and that it did not do so. VAC submits that this evidence shows that the conflict of interest did not manifest itself in practice, and that VAC had no practical means or the incentive to favour the Marriott over the Hilton. VAC argues that this evidence “support[s] VAC’s conclusion that the potential conflict of interest was not material at the time of disclosure” (R.F., at para. 91). The trial judge considered this evidence in the conflict of interest

que l’administrateur des biens du Hilton et celui des biens du Marriott serait le même, et que la gestion quotidienne du Hilton serait confiée par contrat à l’administrateur du Richmond Inn. Toujours selon ce même document, « [l]e succès de l’hôtel dépendra dans une large mesure de la capacité d’administration du promoteur » et « le succès ou l’échec du pool locatif dépendra en partie de la compétence de l’administrateur des biens » (par. 4.9e) (caractères gras omis)).

[77] Bien qu’ayant rejeté la prétention du VAC qu’il avait satisfait à son obligation d’informer les investisseurs de la possibilité qu’il soit en conflit d’intérêts, la juge de première instance a souligné dans ses motifs que parce que les deux hôtels se faisaient directement concurrence, [TRADUCTION] « les intérêts de leurs propriétaires respectifs n’étaient pas convergents » (par. 299). Elle a néanmoins reconnu que les « propriétaires du Hilton avaient consenti à ce que le VAC agisse pour le compte d’autres mandants qui leur faisaient concurrence au sein du même marché » (par. 425). Il est vrai que la juge de première instance a examiné cette preuve dans d’autres contextes, mais j’estime, en toute déférence, qu’elle ne s’est pas demandé s’il existait une probabilité marquée que les différences de rémunération — et la possibilité qu’elles engendrent un conflit d’intérêts — auraient amené l’investisseur raisonnable se proposant d’acquérir une unité du Hilton à considérer qu’elles modifiaient de manière significative les renseignements qu’il possédait déjà sur les facteurs de risque.

d) *Impossibilité de favoriser le Marriott et absence d’intérêt à le faire*

[78] Au procès, le VAC a tenté de démontrer qu’il n’avait aucun intérêt à favoriser le Marriott et que, partant, il ne l’avait pas fait. À ses dires, sa preuve établissait que le conflit d’intérêts ne s’était pas matérialisé et qu’il n’avait ni les moyens, ni une raison quelconque de favoriser le Marriott au détriment du Hilton. Il a ajouté que sa preuve [TRADUCTION] « étay[ait] [sa] conclusion que le conflit d’intérêts susceptible de survenir n’était pas important au moment de la communication des renseignements » (m.i., par. 91). La juge de première instance a tenu

stage of her analysis. There, she found that it did “not go to the issue of the existence of conflict” but rather “goes only to whether VAC would have acted on the opportunities raised by the conflict” (para. 306). She does not appear to have considered it with respect to whether it would be relevant to the question of materiality.

[79] The evidence adduced by VAC that would show it had limited practical means and limited incentives to favour the Marriott over the Hilton includes evidence that VAC had a limited ability to market the hotels in a manner that favoured one hotel over the other. Evidence led at trial and discussed by the trial judge in her fiduciary duty analysis suggested about half of the hotels’ traffic was generated by marketing at the international/national level by the Hilton and Marriott chains. While we should avoid considering this percentage, which did not constitute disclosed information, the Hilton Disclosure Statement did disclose that investors could expect to “benefit from [the] strength of Hilton’s worldwide reservations system and the worldwide recognition provided by [the Hilton chains]” (point 3 of the executive summary).

[80] The Hotel Asset Management Agreement under which VAC managed the Hilton hotel was disclosed information. That agreement required VAC to manage the Hilton hotel in a commercially reasonable manner and contained a number of obligations to use reasonable efforts. Even if the Hilton Owners had been aware of the omitted information, their concerns about any potential favouritism of the Marriott hotel would have been displaced by this contractual obligation imposed on VAC. The requirement to operate the hotel in a commercially reasonable manner would be inconsistent with VAC favouring one hotel to the detriment of the other, and served as a means to contractually preclude VAC from doing so.

compte de cette preuve au stade de son analyse portant sur le conflit d’intérêts, au terme de laquelle elle a conclu que la preuve ne jetait [TRADUCTION] « aucune lumière sur la question de savoir s’il exist[ait] ou non un conflit », ajoutant qu’elle « se rapport[ait] plutôt à la seule question de savoir si le VAC aurait tiré avantage des occasions qui se présentaient à lui en raison du conflit » (par. 306). Elle ne semble pas s’être demandé si cette preuve était pertinente quant à la question de l’importance.

[79] Il ressort de la preuve produite par le VAC en vue d’établir qu’il disposait de peu de moyens pour favoriser le Marriott au détriment du Hilton et que, de toute façon, il avait peu intérêt à le faire, que sa capacité de faire la promotion des hôtels d’une manière qui en favorise une au détriment de l’autre était limitée. La preuve soumise au procès et dont la juge de première instance a traité dans son analyse de l’obligation fiduciaire donnait à penser qu’environ la moitié de l’affluence dans les hôtels était le fruit des efforts de promotion déployés par les chaînes Hilton et Marriott sur les plans national et international. Il faudrait éviter de tenir compte de ce pourcentage, qui ne faisait pas partie des renseignements communiqués, mais le document du Hilton informait tout de même les investisseurs qu’ils pouvaient s’attendre à [TRADUCTION] « tirer avantage de [la] force du système de réservation mondial de la chaîne Hilton et du fait qu’elle est connue partout dans le monde » (point 3 du sommaire).

[80] L’entente aux termes de laquelle le VAC administrait le Hilton faisait partie des renseignements communiqués. Elle prévoyait que le VAC devait administrer cet hôtel de façon raisonnable sur le plan commercial et lui imposait un certain nombre d’obligations de déployer des efforts raisonnables. Ainsi, même si les renseignements omis avaient été communiqués aux propriétaires du Hilton, cette entente aurait dissipé leurs inquiétudes quant à la possibilité que le VAC favorise le Marriott. En effet, le VAC ne pouvait favoriser un hôtel au détriment de l’autre sans aller à l’encontre de l’exigence d’administrer l’hôtel de façon raisonnable sur le plan commercial, qui, en bout de ligne, constituait une obligation contractuelle l’empêchant d’agir ainsi.

(e) *Evidence of Conduct of Fully Informed Investor*

[81] Another piece of evidence that should have been included in the trial judge's materiality assessment was that Tevan Trading Ltd. ("Tevan") (the largest investor in the Hilton strata lots other than VAC's parent company) owned units in both the Hilton and the Marriott. Tevan purchased six Hilton units on March 17, 1998, and then additional Hilton units on March 23, 1998, along with four Marriott units on the same day. The Marriott units became available to Tevan because certain buyers in the Marriott had cancelled their purchases. While the details of the Compensation Differences would have been known to Tevan when it invested in the Hilton on March 23, 1998, they did not appear to affect Tevan's decision to invest in the Hilton as well as the Marriott. It is true that Tevan is only one investor, and there is no evidence about Tevan's intentions in buying strata units in the Hilton and Marriott. Thus, one cannot jump to the conclusion that Tevan alone represents the "reasonable investor". Nonetheless, the trial judge was required to consider this behaviour evidence as part of her determination of the substantial likelihood that a reasonable investor would have seen any conflict created by the Compensation Differences as significantly altering the total mix of information he or she had available.

(f) *Evidence of the Investor Committee Meetings*

[82] Finally, there was also relevant behaviour evidence concerning the Hilton Owners' investor committee meetings. Minutes of those meetings record questions raised by the Hilton Owners over concerns they had with the hotel. There is no indication in these Minutes that the Hilton Owners were concerned about the Compensation Differences prior to the filing of their statement of claim in June 2003. This lack of concern would suggest that the Compensation Differences were not material.

[83] In particular, VAC disclosed the existence of the guarantee in favour of the Marriott Owners

e) *Preuve relative au comportement de l'investisseur pleinement informé*

[81] Un autre élément de preuve que la juge de première instance aurait dû prendre en compte dans son analyse de la question de l'importance est le fait que Tevan Trading Ltd. (« Tevan ») (l'investisseur le plus important dans les unités du Hilton autre que la société mère du VAC) possédait des unités à la fois au Hilton et au Marriott. Tevan a acheté six unités du Hilton le 17 mars 1998, puis, le 23 mars de la même année, d'autres unités dans ce même hôtel ainsi que quatre unités du Marriott. Elle avait pu acheter ces quatre unités parce que certains acquéreurs d'unités de cet hôtel avaient annulé leur achat. Tevan devait connaître les différences de rémunération lorsqu'elle a investi dans le Hilton le 23 mars 1998, mais cela ne l'a pas empêchée d'investir dans cet hôtel ainsi que dans le Marriott. Il est vrai que Tevan n'est qu'un investisseur parmi d'autres, et aucune preuve n'explique pourquoi elle avait acheté des unités du Hilton et du Marriott. Il ne faut donc pas sauter à la conclusion qu'elle seule représente l'« investisseur raisonnable ». Néanmoins, la juge de première instance devait apprécier cette preuve du comportement de Tevan dans le cadre de son examen de la question de savoir s'il y avait une probabilité marquée que l'investisseur raisonnable aurait jugé que tout conflit engendré par les différences de rémunération modifiait de façon significative l'ensemble des renseignements mis à sa disposition.

f) *Preuve relative aux réunions du comité des investisseurs*

[82] Enfin, il y avait aussi des éléments de preuve pertinents quant aux réunions du comité des investisseurs propriétaires d'unités du Hilton, dont les procès-verbaux font état des questions soulevées par ces derniers à propos de l'hôtel. Or, il ne ressort aucunement de ces procès-verbaux que les différences de rémunération les préoccupaient avant qu'ils ne déposent leur déclaration en juin 2003, ce qui donne à penser que ces différences n'étaient pas importantes.

[83] Le VAC a notamment révélé, à l'occasion de la réunion du 14 juin 2000 de ce comité, qu'une



at an investors committee meeting with the Hilton Owners on June 14, 2000. The timing of the disclosure of the differential management fee is not clear. While numerous concerns were raised by the investors during these meetings — ranging from concerns over pastry contracts to concerns over strata fees, advertising and the franchise agreement — none of the Minutes of any of the investor committee meetings subsequent to the June 14, 2000 disclosure record any questions that would evidence a concern over the guarantee.

[84] Under the guarantee, VAC sustained a liability of over \$13 million. The financial impact or incentive for VAC from the management fee differentials would have been considerably less. While the differential in management fees might be thought to support Sharbern's argument that it created an incentive for VAC to favour the Marriott, from the perspective of the Hilton Owners, the lower management fee payable would also have appeared favourable to them. Further, VAC manager Timothy Mashford, who was present during many of the investor committee meetings, testified that at no time did any of the investors express any concern that the Hilton, Marriott and Richmond Inn were being commonly managed by VAC.

[85] In sum, the evidence summarized in the preceding paragraphs should have been considered by the trial judge in applying the materiality standard to the facts of this case. Some of the evidence referred to above helps to place the omitted information in the factual context of the total mix of disclosed information, in order to evaluate whether the omitted information would have been considered important by reasonable investors in making their investment decisions. While not part of the total mix, the behaviour evidence of fully informed investors, either prior to making their investment decisions (e.g. the Tevan evidence) or subsequent to their investment (e.g. the investor committee meetings evidence), when they learned of the guarantee, was also relevant to the trial judge's determination

garantie avait été accordée aux propriétaires du Marriott. On ne sait trop à quel moment les différences entre les frais d'administration de l'un et l'autre hôtel ont été communiquées aux investisseurs. Ces derniers ont certes exprimé, à l'occasion de ces réunions, de nombreuses préoccupations à divers sujets — des contrats relatifs aux pâtisseries aux frais de condominium, en passant par la publicité et le contrat de franchise —, mais il n'en demeure pas moins qu'aucun des procès-verbaux des réunions postérieures à la communication du 14 juin 2000 ne fait état de préoccupations quelconques au sujet de la garantie.

[84] La garantie a fait subir au VAC des pertes s'élevant à plus de 13 millions de dollars. L'incidence financière ou l'incitatif financier résultant des différences entre les frais d'administration de l'un et l'autre hôtel aurait été, du point de vue du VAC, beaucoup moins important. Bien que l'on puisse croire que ces différences appuient la prétention de Sharbern qu'elles incitaient le VAC à favoriser le Marriott, des frais d'administration moins élevés devaient également sembler favorables aux propriétaires du Hilton. De plus, Timothy Mashford, administrateur du VAC qui a assisté à de nombreuses réunions du comité des investisseurs, a affirmé dans son témoignage que les investisseurs ne se sont jamais dits préoccupés du fait que le Hilton, le Marriott et le Richmond Inn étaient tous administrés par le VAC.

[85] En somme, la juge de première instance aurait dû tenir compte des éléments de preuve résumés dans les paragraphes précédents en appliquant la norme de l'importance aux faits de l'espèce. Certains des éléments susmentionnés permettent d'analyser les renseignements omis dans le contexte factuel de l'ensemble des renseignements communiqués, dans l'optique de savoir si l'investisseur raisonnable les aurait jugés importants dans sa prise de décision. Même si elle ne faisait pas partie de l'ensemble des renseignements mis à la disposition des investisseurs, la preuve du comportement d'investisseurs pleinement informés — soit avant qu'ils ne prennent leur décision d'investir ou non des capitaux (p. ex. la preuve relative à Tevan), soit après en avoir investis (p. ex. la preuve se rapportant aux

of whether the reasonable investor would have considered the Compensation Differences material.

(6) Sharbern's Burden of Proof

[86] For its part, Sharbern was not required to prove that investors would not have purchased the Hilton strata lots had they known about the Compensation Differences. However, Sharbern did have the burden of proving, on a balance of probabilities, the substantial likelihood that disclosure of the omitted information would have significantly altered the total mix of information made available to reasonable investors in the Hilton strata lots.

[87] To the extent it existed, in cases where common sense inferences are not sufficient, a plaintiff could lead the following types of evidence in the discharge of that burden:

- i. that potential investors who knew of the Compensation Differences declined to invest in Hilton strata lots or exhibited concern and doubts about the investment because of them;
- ii. that potential investors declined to invest in the Hilton strata lots because they found there was insufficient disclosure about the common management of the Hilton and Marriott hotels and the conflict of interest;
- iii. that once the Hilton Owners became aware of the Compensation Differences, they expressed significant concerns about them and challenged VAC's ability to properly manage the Hilton hotel in accordance with its contractual obligations;

réunions du comité des investisseurs) — lorsqu'ils ont appris l'existence de la garantie, était également une preuve pertinente quant à l'examen, par la juge, de la question de savoir si l'investisseur raisonnable aurait estimé que les différences de rémunération étaient importantes.

(6) Fardeau de preuve qui incombe à Sharbern

[86] Pour sa part, Sharbern n'était pas tenue de prouver que les investisseurs n'auraient pas acheté les unités du Hilton s'ils avaient connu les différences de rémunération. Elle devait cependant établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'une probabilité marquée que la communication des renseignements omis à l'investisseur raisonnable qui envisageait d'acquérir des unités du Hilton aurait, du point de vue de ce dernier, modifié de façon significative l'ensemble des renseignements mis à sa disposition.

[87] Une partie demanderesse peut, s'ils existent, soumettre les types d'éléments de preuve ci-après dans les cas où les inférences fondées sur le bon sens ne sont pas suffisantes :

- i. le fait que des investisseurs éventuels connaissant les différences de rémunération ont refusé d'acquérir des unités du Hilton ou ont, pour cette raison, exprimé des inquiétudes et des doutes quant au bien-fondé de l'investissement;
- ii. le fait que des investisseurs éventuels ont refusé d'acquérir des unités du Hilton parce que, selon eux, on ne leur avait pas communiqué suffisamment de renseignements quant à l'administration commune des hôtels Hilton et Marriott et au conflit d'intérêts;
- iii. le fait qu'après avoir été mis au courant des différences de rémunération, les propriétaires du Hilton ont affirmé que celles-ci les préoccupaient grandement et ont mis en doute la capacité du VAC d'administrer convenablement l'hôtel Hilton en conformité avec ses obligations contractuelles;

- iv. that VAC's marketing efforts and management of the hotel were not carried out diligently in good faith; and
- v. that VAC acted on the conflict of interest to the detriment of Hilton Owners.

Some of this evidence might have required expert evidence. However, if it existed, evidence could have been obtained through the pre-trial discovery process, including production of documents, or demonstrated at trial through the cross-examination of VAC's employees. The above list is not exhaustive, nor is a plaintiff required to lead all of the evidence on that list in order to prove materiality. Because the materiality determination is case-specific, the evidence that is required in any given case will vary with the circumstances.

[88] The only evidence adduced by Sharbern in relation to these types of considerations was evidence of a non-competition policy implemented by VAC in 2002 that provided that the Hilton, the Marriott and the Richmond Inn would not engage in price competition with respect to each other's top ten clients by undercutting room rates. Without deciding upon the merits or actual effect of the policy, the trial judge commented that because the Marriott had been in operation one year longer than the Hilton, it had a competitive advantage over the Hilton such that any agreement favouring the *status quo* was to the benefit of the Marriott. Sharbern alleged that the policy was detrimental to the Hilton hotel and therefore proved that VAC had used its position as a common manager to favour the Marriott hotel and, consequently, its own interests.

[89] As the non-competition policy was developed long after the time period of VAC's statutory disclosure obligations, I will concentrate my analysis of it on the alleged breaches of fiduciary duty. As discussed more fully below, in my view the materiality of the non-competition agreement was

- iv. le fait que le VAC n'a pas déployé de bonne foi des efforts diligents sur les plans du marketing et de l'administration de l'hôtel;
- v. le fait que le VAC a tiré avantage du conflit d'intérêts au détriment des propriétaires du Hilton.

Une preuve d'expert aurait peut-être été nécessaire pour étayer certains de ces éléments de preuve. Par ailleurs, des preuves auraient pu être obtenues, dans la mesure où elles existaient, dans le cadre du processus d'enquête préalable au procès, notamment par le biais de la production de documents, ou de contre-interrogatoires d'employés du VAC lors du procès. La liste qui précède n'est pas exhaustive, et le demandeur n'est pas tenu de produire tous les éléments de preuve qui y figurent afin d'établir l'importance. En effet, l'évaluation de l'importance étant propre à chaque affaire, les éléments de preuve nécessaires pour établir celle-ci varieront selon les circonstances.

[88] La seule preuve de ce type produite par Sharbern a été celle de l'existence d'une politique de non-concurrence en matière de fixation des prix mise en œuvre par le VAC en 2002 qui prévoyait que le Hilton, le Marriott et le Richmond Inn ne s'arracheraient pas leurs dix clients les plus importants respectivement en offrant des chambres à rabais. Sans se prononcer sur le bien-fondé ou sur l'effet même de la politique, la juge de première instance a affirmé que comme le Marriott avait ouvert ses portes un an avant le Hilton il possédait un avantage concurrentiel sur ce dernier, de sorte que toute entente favorisant le statu quo lui procurait forcément un avantage. Sharbern a prétendu que la politique nuisait au Hilton, et que cela prouvait donc que le VAC avait profité du fait qu'il administrait à la fois l'un et l'autre hôtel pour favoriser le Marriott et, par conséquent, ses propres intérêts.

[89] La politique de non-concurrence ayant été élaborée longtemps après l'époque à laquelle le VAC était tenu par la loi de communiquer certains renseignements, je l'analyserai principalement en me penchant sur les manquements allégués à l'obligation fiduciaire. Comme je l'expliquerai

not established on the evidence. The evidence was that the Marriott would match the Hilton's pricing in order to retain customers. It is indeed dubious that any hotel would sit idly by and watch its competitor take its customers through lower pricing in a poor market environment without taking steps to retain those customers. It is apparent that VAC saw price competition as merely resulting in an attrition of revenue for all three hotels and sought to prevent such a result. That could hardly be seen as prejudicial to the Hilton. Moreover, whether or not it could be viewed as material or as having an effect on the Hilton occupancy rates would have depended upon an assessment of how it compared with the other arrangements that existed between the hotels, such as evidence about the sharing or referral of Marriott customers to the Hilton and Richmond Inn. We do not have the benefit of such an assessment.

[90] Sharbern failed to adduce any other evidence to prove there was a substantial likelihood that disclosure of the Compensation Differences would have significantly altered the total mix of information that was made available to reasonable investors in the Hilton strata lots.

### (7) Conclusions on Materiality

[91] In sum, the trial judge erred in law by treating this conflict of interest as inherently material, reversing the onus of proof of materiality, and failing to consider all of the evidence relevant to the determination of materiality. It also appears from the record before the trial court that no evidence was adduced by Sharbern which could reasonably have supported a finding that the Compensation Differences and any conflict of interest they created were material. Separating materiality from the conflict of interest analysis, applying the burden of proof appropriately and taking account of all relevant evidence, I am of the opinion that it has not been demonstrated that there was a substantial likelihood that disclosure of the Compensation

davantage plus loin, la preuve n'a pas établi l'importance de l'entente de non-concurrence. Selon la preuve, le Marriott entendait calquer ses prix sur ceux du Hilton afin de conserver sa clientèle. On peut en effet douter qu'un hôtel faisant affaire dans un marché difficile laisserait tout bonnement son concurrent s'emparer de ses clients en leur offrant des prix moins élevés sans prendre des mesures en vue de les conserver. De toute évidence, le VAC estimait que la concurrence par les prix ne ferait qu'engendrer une diminution des revenus des trois hôtels, résultat qu'il voulait empêcher. On peut difficilement concevoir que cela causait un préjudice au Hilton. En outre, pour décider si l'entente pouvait être considérée comme une mesure importante ou ayant un effet sur les taux d'occupation du Hilton, il aurait fallu la comparer aux autres ententes qu'il y avait entre les hôtels, telles des ententes sur le partage de la clientèle parmi les trois hôtels ou le transfert de clients du Marriott au Hilton et au Richmond Inn. Or, nous ne disposons pas d'une telle analyse.

[90] Sharbern n'a produit aucune autre preuve en vue d'établir l'existence d'une probabilité marquée que les différences de rémunération auraient amené l'investisseur raisonnable se proposant d'acquérir une unité du Hilton à considérer qu'elles modifiaient de manière significative les renseignements mis à sa disposition.

### (7) Conclusions sur l'importance

[91] En résumé, la juge de première instance a commis trois erreurs de droit : elle a conclu que le conflit d'intérêts était, en soi, important, inversé le fardeau de la preuve sur la question de l'importance, et omis de considérer l'ensemble des éléments de preuve pertinents quant à cette question. Il ressort également du dossier soumis au tribunal de première instance que Sharbern n'a produit aucune preuve qui aurait pu raisonnablement étayer la conclusion que les différences de rémunération ainsi que tout conflit d'intérêts engendré par celles-ci étaient importants. Distinguant la question de l'importance de mon analyse se rapportant au conflit d'intérêts, appliquant correctement le fardeau de la preuve et prenant en compte

Differences would have assumed actual significance in a reasonable investor's investment decision.

## B. *The Statutory Defence*

### (1) The Legal Test

[92] Even if VAC were found to have made a “material false statement”, s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act* provides VAC with a defence if it can prove that it “had reasonable grounds to believe and did, up to the time of the sale . . . believe that the statement was true”. To rely on the defence, VAC had to show (1) that it subjectively believed the representations it made were true, and (2) that it objectively had “reasonable grounds” for such a belief. In considering the defence, the question is not whether VAC's conclusion itself was reasonable. Rather it is whether VAC subjectively believed its representations, and whether that belief had an objective basis in the sense that there were reasonable grounds for the belief.

[93] The statutory defence found in s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act* does not appear to have been considered by the trial judge. It is not mentioned by her at any point. At para. 323, Wedge J. reproduced portions of s. 75 of the *Real Estate Act*; however, she did not go so far as to reproduce the portion of s. 75 that contained the statutory defence. In addition, the common liability questions made no mention of the statutory defence.

[94] When a trial judge does not consider a statutory defence, an appellate court may do so or remit the defence to the trial court for its consideration (*Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at para. 33). In this case, it is both feasible on a practical level and in the interests of justice for this

l'ensemble des éléments de preuve pertinents, je conclus que l'existence d'une probabilité marquée que la communication des différences de rémunération auraient constitué un élément dont l'investisseur raisonnable aurait tenu compte dans sa prise de décision n'a pas été établie.

## B. *Moyen de défense prévu par la Loi*

### (1) Critère juridique

[92] Même si on concluait à l'existence d'une « déclaration erronée sur un point important », le sous-al. 75(2)(b)(viii) de la Loi permet au VAC d'invoquer un moyen de défense dans la mesure où il peut établir qu'il [TRADUCTION] « avait des motifs raisonnables de croire — et qu'[il] croyait effectivement — jusqu'au moment de la vente [. . .] que la déclaration était véridique ». Pour invoquer ce moyen de défense, le VAC devait donc démontrer (1) qu'il croyait subjectivement à la véracité des déclarations qu'il avait faites et (2) que cette croyance était objectivement fondée sur des « motifs raisonnables ». Pour déterminer le bien-fondé de ce moyen de défense, il ne faut pas se demander si la conclusion du VAC était raisonnable, mais plutôt s'il croyait subjectivement à la véracité de ses déclarations et si cette croyance reposait sur un fondement objectif en ce sens qu'elle était fondée sur des motifs raisonnables.

[93] La juge Wedge ne semble pas avoir tenu compte de ce moyen de défense, car elle n'en a fait aucune mention. Au paragraphe 323, elle a certes reproduit des extraits de l'art. 75 de la Loi, mais elle s'est gardée de reproduire le passage pertinent de l'article. Son analyse des questions relatives à la responsabilité conjointe n'y renvoie pas non plus.

[94] Dans le cas où le juge de première instance omet de tenir compte d'un moyen de défense prévu par la loi, la cour d'appel peut soit le faire elle-même, soit renvoyer l'affaire au tribunal de première instance afin de lui permettre de le faire (*Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634,

Court to make a fresh assessment of the evidence on the record with respect to the defence.

[95] In my opinion, even if VAC were shown to have made a material false statement, the statutory defence contained in s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act* would preclude VAC from being found liable under s. 75(2). As I will shortly explain, the evidence indicates that VAC subjectively believed, and objectively had reasonable grounds to believe, that it was making true statements when it did not disclose the details of the Compensation Differences and represented in the Hilton Disclosure Statement: (i) that it had entered into agreements with the Marriott that were “similar in form and substance” to those governing the Hilton (art. 4.9(i)); and (ii) that it was “not aware of any existing or potential conflicts of interest . . . that could reasonably be expected to materially affect the purchaser’s investment decision” (art. 4.11).

[96] The evidence establishing the subjective and objective components of the defence is evidence of (i) common industry practices and (ii) VAC’s limited practical means and incentives to prefer the Marriott. Significantly, Sharbern did not draw this Court’s attention to any evidence that would negate the defence.

## (2) Common Industry Practice Evidence

[97] The Hilton Disclosure Statement disclosed that VAC’s parent company, Larco Investments, itself or through its subsidiaries, concurrently owned or managed a Delta and a Ramada hotel in Vancouver, a Holiday Inn at Whistler, a Delta and a Radisson hotel in Toronto and other hotels across Canada. As noted by the Court of Appeal, “VAC relied on the extensive factual and expert evidence it adduced concerning actual and industry practice in the management of multiple hotels by a single

par. 33). En l’espèce, il serait à la fois possible sur le plan pratique et dans l’intérêt de la justice que la Cour examine à son tour la preuve au dossier se rapportant à ce moyen de défense.

[95] Selon moi, même s’il était établi que le VAC a fait une déclaration erronée sur un point important, ce moyen de défense empêcherait que sa responsabilité ne soit par ailleurs engagée en application du par. 75(2) de la Loi. Comme je l’expliquerai ci-après, il ressort de la preuve que le VAC croyait subjectivement à la véracité de ses déclarations et que cette croyance était objectivement fondée sur des motifs raisonnables quand il a omis d’exposer en détail les différences de rémunération dans le document du Hilton et y avait déclaré (i) que les ententes qu’il avait conclues avec le Marriott étaient [TRADUCTION] « similaires [. . .] sur la forme et sur le fond » à celles intervenues à l’égard du Hilton (par. 4.9i) et (ii) que, selon lui, « il n’existe actuellement aucun conflit d’intérêts — ni aucune possibilité d’un tel conflit — [. . .] dont on pourrait raisonnablement s’attendre qu’il ait une incidence importante sur la décision de l’éventuel acheteur d’investir ou non des capitaux » (art. 4.11).

[96] Pour établir les éléments subjectif et objectif du moyen de défense, le VAC a fait la preuve (i) de la pratique au sein de l’industrie, d’une part, et (ii) du fait qu’il disposait de peu de moyens pour favoriser le Marriott au détriment du Hilton et qu’il avait peu d’intérêt à le faire, d’autre part. Fait important à signaler, Sharbern n’a pas attiré l’attention de la Cour sur une preuve quelconque tendant à réfuter le moyen de défense.

## (2) Pratique au sein de l’industrie

[97] Selon le document du Hilton, Larco Investments, société mère du VAC, possédait ou administrait elle-même ou par l’entremise de ses filiales à la fois un hôtel Delta et un Ramada à Vancouver, un Holiday Inn à Whistler, un Delta et un Radisson à Toronto et d’autres hôtels ailleurs au Canada. Comme l’a souligné la Cour d’appel, [TRADUCTION] « [l]e VAC a produit une preuve factuelle et une preuve d’expert abondantes sur la pratique au sein de l’industrie dans

entity. There was no evidence to the contrary and no evidence objectively to support the conclusion a reasonable investor would be concerned about the details of the financial arrangements” (para. 76).

[98] Wedge J. rejected VAC’s industry practice evidence finding it of “little probative value” in relation to whether it proved that a conflict of interest existed in the common management of the Hilton and the Marriott (para. 296). This finding was based on her view that

there was no evidence offered by VAC (or its experts) as to whether those properties were in the same competitive set, whether the management fee or other financial arrangements governing the properties were the same, whether those details were disclosed to the owners, or, most importantly, whether there were representations to investors concerning potential or actual conflicts of interest as a result of common management. [*ibid.*]

However, as I will now explain, I am of the opinion that Wedge J. erred in law when she said that there was “no evidence”, as there was evidence. Further, while proving the lack of a material conflict of interest in one common management scenario may be of little help in proving or disproving the existence of a material conflict of interest in another, evidence that hotel managers routinely act for competing hotels would be relevant to the question of whether resulting conflicts of interest are generally seen as material.

[99] VAC adduced evidence that it was a common industry practice for different hotels to be commonly managed in the same market, with different management contracts and financial arrangements for each hotel, and with different owners who were not aware of the terms of the contract with the other hotels. VAC’s witnesses, including Joann Pfeifer, testified that they believed that common management would be an advantage allowing the participating hotels to maximize profits. Joel Rosen,

les cas où une seule entité administre plusieurs hôtels. Aucune preuve contraire n’a été présentée et aucun élément de preuve objectif ne permettait de conclure que l’investisseur raisonnable se serait soucié des modalités des ententes financières » (par. 76).

[98] La juge Wedge a rejeté la preuve soumise par le VAC quant à la pratique au sein de l’industrie, soulignant qu’elle avait [TRADUCTION] « peu de valeur probante » pour décider si l’administration commune du Hilton et du Marriott engendrait un conflit d’intérêts (par. 296). Elle en est venue à cette conclusion car, selon elle,

[TRADUCTION] ni le VAC (ni ses experts) n’ont présenté de preuve sur les questions de savoir si les propriétés en cause faisaient partie du même ensemble concurrentiel, si les frais d’administration ou les autres ententes financières auxquelles elles étaient assujetties étaient les mêmes, si ces détails avaient été communiqués aux propriétaires, et, surtout, si les investisseurs avaient été informés du fait que l’administration commune des hôtels engendrait des conflits d’intérêts ou était susceptible de le faire. [*ibid.*]

Toutefois, je suis d’avis que l’affirmation de la juge Wedge qu’aucune preuve n’a été produite constituait une erreur de droit, car il y avait de la preuve. En outre, la preuve que l’administration commune de certains établissements n’engendre aucun conflit d’intérêts important peut ne pas être en soi très utile pour établir ou réfuter l’existence d’un tel conflit dans un autre contexte, mais la preuve qu’on permet souvent à des administrateurs d’hôtel de travailler pour des concurrents est, quant à elle, pertinente pour décider si les conflits d’intérêts engendrés par de telles situations sont, de façon générale, considérés importants.

[99] Le VAC a présenté une preuve établissant qu’il arrive souvent, au sein de l’industrie, que divers hôtels faisant partie du même marché et l’objet de contrats d’administration et d’ententes financières qui leur sont propres soient néanmoins administrés en commun pour le compte de propriétaires distincts qui ignorent les modalités des contrats conclus à l’égard des hôtels autres que les leurs. Or, les témoins du VAC, notamment Joann Pfeifer, ont affirmé qu’ils croyaient que l’administration

who was qualified as an expert in the hotel consulting field, testified that it was a common practice in the hotel industry for the same manager to commonly manage competing hotels in the same market and that this practice had “been the case for many years” (R.R., vol. 6, at p. 1159). In his expert report, Mr. Rosen opined that “a hotel management company operating multiple competing properties in a market is not uncommon” (R.R., vol. 30, at p. 6006). By way of example he discussed certain luxury hotels in various cities in the United States, remarking that

the management contracts may be the same or different in each city, depending on the negotiations at the time the contracts were determined. The fees may differ, the calculation of the incentive fee may differ, the termination clause may differ, etc. The contracts do not mirror each other at all in each city and in fact the owner of one hotel would not know the terms of the contract at the other hotel in their city.

*(Ibid.* (emphasis added))

[100] VAC also adduced evidence of the perspective and experience of its principals and senior managers. VAC’s sole director and officer, Amin Lalji, when asked about separately owned, commonly managed hotels, testified that “there were plenty of examples prevailing in the market where this is a common practice of most hotel companies, where they would be managing hotels for different ownership structures” (R.R., vol. 8, at p. 1478). Lalji then cited examples in the B.C. market in which there was common management of competing hotels. Similarly, a senior manager hired by Lalji, Joann Pfeifer, testified that some of the Delta hotels in Vancouver were managed by the same company, with different owners, and with different compensation structures in place for the manager.

commune des hôtels permettrait à ces derniers de maximiser leurs profits. Joel Rosen, reconnu en tant qu’expert-conseil au sein de l’industrie hôtelière, a témoigné qu’il arrivait souvent que le même administrateur s’occupe en même temps d’hôtels se faisant concurrence au sein du même marché, et que cette pratique [TRADUCTION] « avait cours depuis de nombreuses années » (d.i., vol. 6, p. 1159). Dans son rapport d’expert, il a opiné qu’[TRADUCTION] « il n’est pas rare qu’une société d’administration hôtelière exploite de nombreux établissements hôteliers se faisant concurrence au sein du même marché » (d.i., vol. 30, p. 6006). À titre d’exemple, il a fait mention de certains hôtels de luxe dans diverses villes américaines, déclarant ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . les contrats d’administration peuvent être identiques dans chaque ville ou bien ils peuvent différer, selon les négociations qui ont mené à leur conclusion. Il se peut que les frais diffèrent, de même que le calcul des primes de performance, les clauses de résiliation, etc. Les contrats ne sont pas du tout identiques dans chaque ville; de fait, le propriétaire d’un hôtel donné ignore les modalités du contrat conclu quant à l’autre hôtel dans la même ville.

*(Ibid.* (je souligne))

[100] Le VAC a également produit de la preuve faisant état des points de vue et de l’expérience de ses dirigeants et cadres supérieurs. Interrogé au sujet des hôtels appartenant à des propriétaires distincts mais faisant l’objet d’une administration commune, le seul administrateur et dirigeant du VAC, Amin Lalji, a témoigné que [TRADUCTION] « de nombreux exemples au sein du marché montrent que la plupart des sociétés hôtelières s’adonnent à la pratique qui consiste à administrer plusieurs hôtels pour le compte de propriétaires distincts » (d.i., vol. 8, p. 1478). Il a ensuite donné des exemples d’administration commune d’hôtels se faisant concurrence en Colombie-Britannique. Dans le même ordre d’idée, Joann Pfeifer, cadre supérieur du VAC embauché par M. Lalji, a affirmé dans son témoignage qu’un certain nombre d’hôtels de la chaîne Delta à Vancouver étaient administrés par une seule société même s’ils appartenaient à des propriétaires distincts et que leurs administrateurs respectifs bénéficiaient de structures de rémunération qui leur étaient propres.



[101] The evidence is that it was a common industry practice for different competing hotels to be commonly managed with the different owners not being aware of the terms of the contracts at each hotel. From this evidence, it can be inferred that VAC had both a subjective and objective basis for concluding that a reference to the Compensation Differences in the Hilton Disclosure Statement was neither expected nor required.

(3) Evidence of Limited Practical Means and Incentives to Prefer

[102] The evidence of VAC's limited practical means and incentives to prefer the Marriott over the Hilton (which I summarized above) is also relevant to determining whether the subjective and objective components of the statutory defence have been established. For example, evidence, provided on the details of industry and client practices that would have affected comparative occupancy rates and limited VAC's ability to induce Hilton clients to switch to the Marriott, is relevant to whether there was an objective basis for VAC's belief that the Compensation Differences were not material. Evidence was adduced that relative hotel occupancy was affected to a large degree by independent factors such as international or national marketing.

[103] With respect to the hotel business that was generated locally, the trial judge observed that much was won through a formal request-for-proposal process from corporate clients. The manner in which VAC participated in this formal request-for-proposal process would have been subject to VAC's contractual obligations under the Hotel Asset Management Agreement to manage the Hilton in a commercially reasonable manner. To avoid liability for breach of contract, VAC would have no room under the formal request-for-proposal process to market the hotels in a manner

[101] La preuve révèle qu'il arrive souvent, au sein de l'industrie, que divers hôtels se faisant concurrence soient néanmoins administrés en commun pour le compte de propriétaires distincts qui ignorent les modalités des contrats conclus à l'égard des hôtels autres que les leurs. Cette preuve permet d'inférer que le VAC était fondé à conclure, à la fois sur les plans subjectif et objectif, qu'on ne s'attendait pas de lui à ce qu'il fasse mention des différences de rémunération dans le document du Hilton et qu'il n'était pas tenu de le faire.

(3) Paucité des moyens pour favoriser le Marriott et faible intérêt à le faire

[102] La preuve du peu de moyens dont disposait le VAC pour favoriser le Marriott au détriment du Hilton et du peu d'intérêt qu'il avait à le faire (que j'ai déjà résumée) est également pertinente quant à savoir si les éléments subjectif et objectif du moyen de défense prévu par la Loi ont été établis. Par exemple, la preuve qui décrivait les détails des pratiques au sein de l'industrie, notamment celles que les hôtels suivaient en matière de relations avec leurs clients, qui pouvaient, d'une part, avoir une incidence sur les taux d'occupation et, d'autre part, limiter la capacité du VAC d'inciter les clients du Hilton à aller au Marriott, est pertinente s'agissant de savoir s'il existait un fondement objectif à la croyance du VAC que les différences de rémunération n'étaient pas importantes. Il a été mis en preuve que les taux d'occupation des hôtels étaient dans une large mesure fonction de facteurs indépendants tels les efforts de promotion sur les plans national et international.

[103] Pour ce qui est de la clientèle obtenue sur le plan local, la juge de première instance a souligné qu'elle résultait en grande partie d'un processus formel de demandes de propositions provenant d'entreprises. Or, le VAC ne pouvait prendre part à ce processus qu'en conformité avec ses obligations contractuelles aux termes de l'entente sur l'administration des biens du Hilton, qui prévoyait qu'il administrerait le Hilton de façon raisonnable sur le plan commercial. Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée pour rupture de contrat, le VAC ne pouvait d'aucune façon, dans le cadre de ce

that favoured the Marriott over the Hilton. Thus, there was an objective basis for VAC believing that, even if the Compensation Differences created an incentive to favour the Marriott, it could not have materially affected the relative occupancy rates of the Hilton or the Marriott had it tried to do so.

[104] Evidence of VAC's knowledge and motivations would also be relevant to the inquiry. Such evidence included testimony provided by VAC's senior manager that she could not have retained managers for the Hilton and the Marriott if these managers had been directed to favour one hotel over the other. One of VAC's principals also testified that neither Larco Investments nor VAC would have risked their reputations by engaging in preferential conduct.

[105] Further, evidence about the sharing of common resources and expenses between the Marriott, the Richmond Inn and the Hilton, such as joint contracts for airport shuttle bus service, airline crew transportation, dry cleaning, hotel laundry and armoured car pickup, and shared personnel such as a chief engineer, executive housekeeper and payroll assistant, substantiates VAC's belief that the Hilton would derive benefits from the common management arrangement. In my opinion, the efficiencies of shared services and the potential for business referrals could reasonably have factored into VAC's assessment of whether the Compensation Differences were material.

[106] According to s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act*, the relevant time period to assess VAC's beliefs is "up to the time of the sale". When the lots were being marketed, occupancy rates were expected to remain high. The evidence was that VAC would not have been concerned at that stage

processus, faire la promotion des hôtels de manière à favoriser le Marriott au détriment du Hilton. Par conséquent, le VAC avait des raisons objectives de croire que, même si les différences de rémunération incitaient à favoriser le Marriott, il n'aurait pas pu, et ce même s'il avait tenté de le faire, influencer de façon appréciable les taux d'occupation relatifs du Hilton et du Marriott.

[104] Par ailleurs, les éléments de preuve établissant ce que le VAC savait et ce qui motivait ses décisions étaient aussi utiles à l'enquête. Ils comprenaient le témoignage d'un cadre supérieur du VAC, qui a affirmé qu'elle n'aurait pas pu retenir les services d'administrateurs tenus de favoriser un hôtel au détriment de l'autre. En outre, l'un des dirigeants du VAC a dit dans son témoignage que ni Larco Investments, ni le VAC n'aurait mis sa réputation en péril en favorisant un hôtel au détriment de l'autre.

[105] De plus, la preuve relative au fait que le Marriott, le Richmond Inn et le Hilton se partageaient ressources et dépenses, par exemple en concluant des contrats en commun afin d'offrir un service navette entre les hôtels et l'aéroport, un service de transport des membres d'équipage, des services de nettoyage à sec et de buanderie, et un service de transport par véhicules blindés, et en se dotant d'un personnel conjoint auquel certaines fonctions comme celles d'ingénieur en chef, de chef des services ménagers et de commis de paye étaient confiées, étaye la croyance du VAC que le Hilton tirait avantage de l'administration commune des hôtels. Selon moi, il est raisonnable de penser que les économies que permettaient de réaliser la mise en commun de ces services et la possibilité de transférer une part de clientèle d'un hôtel à l'autre ont pu avoir une incidence sur l'appréciation du VAC de l'importance des différences de rémunération.

[106] Selon le sous-al. 75(2)(b)(viii) de la Loi, il faut apprécier les croyances qu'avait le VAC [TRADUCTION] « jusqu'au moment de la vente ». À l'époque où les unités ont été mises en vente, on s'attendait à ce que les taux d'occupation demeurent élevés. Il ressort de la preuve que le VAC ne

about liability from the guarantee of gross revenues given to Marriott Owners, especially given that, on the evidence, it had intended to make the same offer to Hilton Owners until dissuaded by legal advisors. Similarly, it had reduced the management fee payable by Hilton Owners, not to provide a benefit to itself or an advantage to Marriott Owners, but in order to give increased revenues to Hilton Owners.

[107] In my view, the evidence supports the claim that VAC subjectively believed and had a reasonable basis for believing that the financial arrangements for the two developments were similar, despite the differences in detail. It is no coincidence that Sharbern's action against VAC focussed mainly on the claims of negligent misrepresentation and fraud in relation to the financial projections. Occupancy rates and how they might be influenced by the Compensation Differences only seemed important in hindsight, with the change in economic conditions, 9/11, the SARS crisis, and the increased supply of hotel rooms in Richmond.

[108] The evidence adduced by VAC proves, on a balance of probabilities, that VAC subjectively believed and had reasonable grounds for believing that the Compensation Differences would not materially affect a purchaser's investment decision, that its agreements with the Marriott Owners were similar to its agreements with the Hilton Owners, and that the representations it made in the Hilton Disclosure Statement were true.

(4) No Evidence to Negate the Defence

[109] Sharbern did not direct this Court to any evidence to the contrary or to specific passages

se serait alors pas préoccupé du fait que sa responsabilité pouvait être engagée en raison de la garantie de rendement brut accordée aux propriétaires du Marriott, surtout compte tenu du fait que, toujours selon la preuve, il comptait faire la même offre aux propriétaires du Hilton jusqu'à ce que ses conseillers juridiques l'en dissuadent. Dans le même ordre d'idée, il avait diminué les frais d'administration imposés aux propriétaires du Hilton, non pas dans le but de se procurer un avantage ou de favoriser les propriétaires du Marriott, mais plutôt afin de faire augmenter les revenus des propriétaires du Hilton.

[107] Selon moi, la preuve étaye la prétention du VAC qu'il croyait subjectivement, sur la base de motifs raisonnables, que les ententes financières relatives à l'un et l'autre projet étaient similaires malgré les différences mineures qu'elles présentaient. Ce n'est pas par hasard que l'action de Sharbern contre le VAC était principalement fondée sur des allégations de déclarations inexactes faites par négligence et de fraude concernant les projections financières. Les taux d'occupation et l'incidence que les différences de rémunération ont pu avoir sur ceux-ci ne semblent importants qu'avec le recul, au vu du changement de conjoncture économique, des attentats du 11 septembre 2001, de la crise du SRAS et de l'augmentation du nombre de chambres d'hôtel à Richmond.

[108] La preuve produite par le VAC démontre, selon la prépondérance des probabilités, qu'il croyait subjectivement, sur la base de motifs raisonnables, que les différences de rémunération n'auraient eu aucune incidence importante sur la décision de tout acheteur éventuel d'investir ou non des capitaux, que ses ententes avec les propriétaires du Marriott étaient semblables à celles qu'il avait conclues avec les propriétaires du Hilton, et que ses déclarations dans le document du Hilton étaient véridiques.

(4) Absence de preuve écartant le moyen de défense

[109] Sharbern n'a attiré l'attention de la Cour sur aucune preuve ni aucun passage précis des motifs

in the reasons of the trial judge that would have negated the defence established by VAC's evidence. During oral argument, when asked if there was a specific passage in the trial judge's reasoning that negated the defence, Sharbern's counsel observed that there was "not a specific passage" but rather that "the burden of [the trial judge's] reasoning as a whole" was responsive to the question of the defence (transcript, at p. 9). Counsel also asserted that "it would be obvious in the circumstances" (*ibid.*, at pp. 8-9). With respect, it is not obvious, particularly in light of the evidence led by VAC showing that the subjective and objective components of the defence had been established.

[110] A finding of fraud at trial would have contradicted the conclusion drawn from the evidence that VAC subjectively believed the truth of its representations. There was no such finding. Similarly, a finding that VAC negligently misrepresented the absence of a potential or actual conflict of interest in the Hilton Disclosure Statement could preclude VAC from proving that there were reasonable grounds for its belief in the truth of its representations, and prevent it from establishing the objective basis of its statutory defence. However, as I will set out more fully below, in my view the trial judge did not consider all of the elements necessary to establish negligent misrepresentation.

[111] As a result, even if VAC were found to have made material false statements, VAC cannot be held liable under s. 75 of the *Real Estate Act* because the evidence establishes that the statutory defence found in s. 75(2)(b)(viii) applies.

### C. Deemed Reliance

[112] A final issue with respect to VAC's potential liability under the *Real Estate Act* is whether the deemed reliance provided for under the statute

de la juge de première instance pour écarter le moyen de défense établi par la preuve du VAC. Au stade des plaidoiries, l'avocat de Sharbern a dit, en réponse à la question de savoir si un passage précis du raisonnement de la juge permettrait d'écarter le moyen de défense, qu'il [TRADUCTION] « n'y avait aucun passage précis », mais que « l'essentiel du raisonnement [de la juge de première instance], dans son ensemble » suffisait à répondre à la question (transcription, p. 9). Il a également affirmé que « cela ressortait manifestement des circonstances » (*ibid.*, p. 8-9). En toute déférence, je suis en désaccord avec cette affirmation, surtout au vu de la preuve produite par le VAC établissant que les éléments subjectif et objectif du moyen de défense avaient été établis.

[110] En concluant à la fraude, la juge aurait contredit la conclusion qu'il ressortait de la preuve que le VAC croyait subjectivement à la véracité de ses déclarations. Or, elle n'a pas tiré une telle conclusion. Dans le même ordre d'idée, conclure que le VAC a fait preuve de négligence dans le document du Hilton en faisant des déclarations inexactes quant à l'absence de tout conflit d'intérêts — ou de toute possibilité d'un tel conflit — aurait pu l'empêcher de prouver que sa croyance à la véracité de ses déclarations était fondée sur des motifs raisonnables, et d'établir l'élément objectif du moyen de défense que la Loi lui permettait d'invoquer. Toutefois, comme je vais l'expliquer plus en détail ci-après, j'estime que la juge n'a pas tenu compte de tous les éléments nécessaires afin d'établir que le VAC a fait des déclarations inexactes par négligence.

[111] Par conséquent, même si on concluait que le VAC a fait des déclarations erronées sur des points importants, sa responsabilité ne saurait être engagée en application de l'art. 75 de la Loi, car il ressort de la preuve qu'il pouvait invoquer le moyen de défense qui est prévu au sous-al. 75(2)(b)(viii).

### C. Présomption légale

[112] La dernière question que soulève l'analyse de la responsabilité légale du VAC est de savoir si la présomption légale est réfutable par une preuve

is rebuttable when the contrary is proved, with evidence, on a balance of probabilities. Section 75(2)(a) of the *Real Estate Act* provides that every purchaser of any part of land to which a prospectus relates “is deemed to have relied on the representations made in the prospectus whether the purchaser has received the prospectus or not”. Given my conclusion that VAC cannot be held liable for making material false statements under the *Real Estate Act*, it is not strictly necessary to consider whether the deemed reliance provided under that Act is rebuttable. The issue is even less germane given the subsequent repeal of the *Real Estate Act*. Nevertheless, as both parties argued the issue on appeal, I will briefly comment on the matter.

[113] The trial judge found that deemed reliance is not rebuttable. She concluded that the purpose of the *Real Estate Act* was to “protect the investing public” (para. 333). She wrote that it would “undermine the purpose of the legislation” to allow a developer to attempt to rebut the presumption and “direct the focus of the inquiry to what the investor knew rather than what the developer failed to disclose” (*ibid.*). The Court of Appeal came to the opposite conclusion. It found that deemed reliance is rebuttable because the language used in s. 75 did not expressly create a non-rebuttable presumption.

[114] The *Real Estate Act* used the words “deemed to have relied”. In *St. Peter’s Evangelical Lutheran Church v. Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616, at p. 629, the majority of this Court wrote that “the words ‘deemed’ or ‘deeming’ do not always import a conclusive deeming into a statutory scheme” and that “[t]he word must be construed in the entire context of the statute concerned.”

[115] Sharbern submits that the broad purpose of the *Real Estate Act* is to protect investors, and that investors are best protected when they do not have to prove reliance. It argues that conclusive deeming strengthens an investor’s civil right of action, particularly when a class action is involved, and makes it more likely that a wronged investor will prosecute his or her claim without having to focus on what was read or understood by the investor or what motivated the investor to invest. Sharbern

établissant le contraire selon la prépondérance des probabilités. Selon l’al. 75(2)a) de la Loi, l’acquéreur d’une partie du terrain visé par le prospectus [TRADUCTION] « est réputé s’être fié aux déclarations qui y sont faites, qu’il ait reçu le prospectus ou non ». Or, compte tenu de ma conclusion que la responsabilité du VAC pour déclaration erronée sur un point important ne peut être engagée sous le régime de la Loi, il n’est pas absolument nécessaire de trancher cette question, qui, de toute façon, n’est plus vraiment pertinente vu l’abrogation subséquente de la Loi. Néanmoins, comme les parties en ont débattu en appel, je formulerai de brefs commentaires à ce sujet.

[113] La juge de première instance a conclu que cette présomption était irréfutable. Selon elle, la Loi visait à [TRADUCTION] « protéger les membres du public qui font des investissements » (par. 333). Elle a écrit que permettre au promoteur de tenter de réfuter la présomption et de « faire porter l’enquête sur ce que l’investisseur savait plutôt que ce que le promoteur avait omis de communiquer » aurait pour effet de « miner l’objet de la Loi » (*ibid.*). La Cour d’appel a conclu le contraire en se fondant sur le libellé de l’art. 75, qui n’établissait pas expressément une présomption irréfutable.

[114] La Loi utilise les termes « est réputé s’être fié ». Dans l’arrêt *Église luthérienne évangélique St. Peter c. Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616, les juges majoritaires de la Cour ont écrit, à la p. 629, que « les termes “réputé” ou “présomption” n’indiquent pas toujours une présomption décisive dans un texte législatif » et que « [l]e terme doit être interprété en fonction de tout le contexte de la loi envisagée. »

[115] Sharbern fait valoir que l’objet général de la Loi est de protéger l’investisseur; elle avance aussi que la meilleure façon de le protéger est de ne pas le forcer à établir qu’il s’est fié aux déclarations qui lui ont été faites. Selon elle, une présomption décisive renforce le droit de l’investisseur d’intenter une action civile, notamment un recours collectif, et rend plus probable l’introduction d’une action par l’investisseur lésé sans qu’il n’ait à exposer ce qu’il a lu ou compris, ou ce qui le poussait à faire

also contends that textual considerations, like the structure of s. 75, suggest the deemed reliance is not rebuttable.

[116] I do not accept Sharbern's argument that the purpose of the *Real Estate Act* would be undermined by allowing deemed reliance to be rebutted. The successor legislation to the *Real Estate Act*, the *Real Estate Development Marketing Act*, S.B.C. 2004, c. 41, allows for the deemed reliance provided in s. 22(3) of that Act to be rebutted under s. 22(5) when it can be proven that "the purchaser had knowledge of the misrepresentation at the time at which the purchaser received the disclosure statement". The related *Securities Act* also provides at s. 131 for rebuttable deemed reliance on misrepresentations in a prospectus. The existence of rebuttable presumptions under this successor and related legislation suggests that such presumptions accord with the investor protection purposes of those Acts.

[117] I acknowledge that the *Real Estate Act*, unlike the successor and related legislation, did not expressly provide for a rebuttable presumption. Nonetheless, as *St. Peter's* indicates, the use of the word "deemed" does not always result in a conclusive, non-rebuttable presumption. It is the purpose of the statute that must be examined in order to determine if the presumption is rebuttable. The successor and related legislation in this case can assist with interpreting the purpose of deemed reliance in the *Real Estate Act*. Lord Mansfield explained this principle in *R. v. Loxdale* (1758), 1 Burr. 445, 97 E.R. 394, observing that "[w]here there are different statutes in pari materia though made at different times, or even expired, . . . they shall be taken and construed together . . . and as explanatory of each other" (p. 395). Estey J. provided a more modern explanation of this principle, and explained how "sometimes assistance in determining the meaning of [a] statute can be drawn from similar or comparable legislation within the jurisdiction or elsewhere" (*Nova, an Alberta Corp. v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 S.C.R. 437, at p. 448).

un investissement. Sharbern prétend également que certaines considérations relatives au texte, notamment la structure de l'art. 75, donnent à penser que la présomption qui y est prévue n'est pas réfutable.

[116] Je n'accepte pas l'argument de Sharbern que le fait de permettre de réfuter cette présomption minerait l'objet de la Loi. La *Real Estate Development Marketing Act*, S.B.C. 2004, ch. 41 (la « nouvelle loi », qui a remplacé la Loi, prévoit à son par. 22(5) qu'on peut réfuter la présomption qui figure à son par. 22(3) en établissant que [TRADUCTION] « l'acheteur savait, au moment où il a reçu le document d'information, que des déclarations inexactes lui avaient été faites ». De la même façon, l'art. 131 de la *Securities Act* prévoit que la présomption selon laquelle l'acheteur est réputé s'être fié aux déclarations inexactes faites dans le prospectus est réfutable. L'existence de présomptions réfutables dans la nouvelle loi et les lois connexes donne à penser que ces présomptions s'accordent avec l'objectif de protection des investisseurs visé par ces lois.

[117] Je reconnais que la Loi, à la différence de la nouvelle loi et des lois connexes, ne prévoyait pas expressément une présomption réfutable. Néanmoins, comme l'indique l'arrêt *St. Peter*, l'utilisation du mot « réputé » ne crée pas toujours une présomption décisive et irréfutable. C'est l'objet de la loi qu'il faut examiner pour savoir si la présomption est réfutable. En l'espèce, la nouvelle loi et les lois connexes peuvent être utiles pour interpréter l'objet de la présomption légale. Le lord Mansfield a expliqué ce principe dans *R. c. Loxdale* (1758), 1 Burr. 445, 97 E.R. 394, où il a souligné que [TRADUCTION] « [l]es lois différentes qui portent sur la même matière mais qui ont été adoptées à des époques différentes, voire qui n'existent plus, [. . .] s'interprètent ensemble [. . .] les unes expliquant les autres » (p. 395). Le juge Estey a formulé une explication plus moderne de ce principe : « . . . il est parfois utile pour déterminer le sens d'une loi d'avoir recours à une loi semblable ou comparable du même gouvernement ou d'un autre gouvernement » (*Nova, an Alberta Corp. c. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 R.C.S. 437, p. 448).

[118] As I have discussed above, disclosure is a matter of legislative policy that involves “[b]alancing the needs of the investor community against the burden imposed on issuers” (*Kerr*, at para. 5). A non-rebuttable presumption could interfere with this balancing and would not serve the statutory purpose behind legislated disclosure obligations. For example, a non-rebuttable presumption would allow an investor to claim reliance on a misrepresentation, even if the investor was fully informed and had complete knowledge of all the facts. In doing so, the issuer would be held liable for a misrepresentation of which the investor was fully aware. This would be an absurd and unjust result, which would place issuers into the position of having to guarantee the losses of fully informed investors. The purpose of the disclosure obligation is to balance the amount of disclosure made, not to place VAC into the role of insurer for Sharbern and the other Hilton Owners.

[119] Given that similar statutes expressly allow deemed reliance to be rebutted, the legislature does not view rebuttable presumptions to be contrary to investor protection. Further, a non-rebuttable presumption could be contrary to the legislative balancing that underlies the disclosure requirements in the *Real Estate Act* and would result in absurd and unjust results. I would therefore conclude that the presumption of deemed reliance under the *Real Estate Act* was rebuttable when it could be proven, on a balance of probabilities, that the investor had knowledge of the misrepresented or omitted facts or information at the time the investor made the purchase.

#### D. *Common Law Negligent Misrepresentation*

[120] In addition to its claim under s. 75 of the *Real Estate Act*, Sharbern alleges that VAC is liable for the tort of negligent misrepresentation. The trial judge did not distinguish between the common law and statutory causes of action in her reasons, and they were not distinguished in the list of common issues on liability. Nonetheless, I proceed on the

[118] Comme je l’ai déjà expliqué, la communication obligatoire de renseignements est une question de politique législative nécessitant que soient « [mis] en équilibre les besoins du milieu des investisseurs et le fardeau incombant aux émetteurs » (*Kerr*, par. 5). Or, l’imposition d’une présomption irréfutable pourrait nuire à cet équilibre, et elle ne contribuerait pas à l’atteinte de l’objectif qui sous-tend les obligations légales en matière de communication. Une telle présomption permettrait par exemple à l’investisseur de prétendre s’être fié à une déclaration inexacte, et ce même s’il était pleinement informé et connaissait à fond l’ensemble des faits. L’émetteur verrait alors sa responsabilité engagée au motif qu’il avait fait une déclaration inexacte même si l’investisseur savait très bien qu’il ne devait pas s’y fier. Ce résultat absurde et injuste rendrait l’émetteur responsable des pertes de l’investisseur pleinement informé. L’objectif de l’obligation de communication visait à établir un équilibre et non à imposer au VAC le rôle d’assureur de Sharbern et des autres propriétaires du Hilton.

[119] Le fait que des lois similaires prévoient expressément qu’une telle présomption est réfutable donne à penser que la législature ne considère pas que les présomptions réfutables vont à l’encontre de la protection des investisseurs. De plus, l’imposition d’une présomption irréfutable pourrait nuire à l’équilibre que la Loi établit en matière de communication de renseignements, et elle engendrerait des résultats absurdes et injustes. Je conclus donc que la présomption légale était réfutable par le biais d’une preuve établissant, selon la prépondérance des probabilités, que l’investisseur était au courant des déclarations inexactes ou des omissions au moment où il a fait son acquisition.

#### D. *Déclaration inexacte faite par négligence en common law*

[120] En plus d’invoquer l’art. 75 de la Loi, Sharbern prétend que la responsabilité du VAC est engagée selon les règles de la common law en matière de déclaration inexacte faite par négligence. Le juge de première instance n’a pas fait de distinction dans ses motifs entre la cause d’action en common law et celle prévue par la Loi. La liste

basis that when the trial judge found that “VAC negligently misrepresented” (paras. 322 and 473) the Compensation Differences, this finding applied to both the statutory and common law causes of action.

[121] I am of the opinion that the trial judge’s findings pertaining to the common law of negligent misrepresentation cannot stand because she did not consider all of the elements necessary to establish the tort. As set out in *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87:

The decisions of this Court cited above suggest five general requirements: (1) there must be a duty of care based on a “special relationship” between the representor and the representee; (2) the representation in question must be untrue, inaccurate, or misleading; (3) the representor must have acted negligently in making said misrepresentation; (4) the representee must have relied, in a reasonable manner, on said negligent misrepresentation; and (5) the reliance must have been detrimental to the representee in the sense that damages resulted. [p. 110]

[122] The requirements set out in *Cognos* were not included in the list of common liability issues. Nor was the framework discussed or utilized by the trial judge in her reasons. While she clearly dealt with the duty of care, and it might be inferred that her misrepresentation analysis dealt with whether the Compensation Differences were untrue, inaccurate or misleading (though this was not done so expressly), the trial judge did not consider the third *Cognos* requirement. She also did not consider the fourth requirement of reasonable reliance and fifth requirement of resulting damages. However, reasonable reliance and damages would likely be dealt with in the class action proceeding through future common or individual trials.

des questions communes en matière de responsabilité ne fait pas non plus une telle distinction. Quoiqu’il en soit, je poursuis mon analyse en tenant pour acquis que la conclusion de la juge de première instance que [TRADUCTION] « le VAC a fait preuve de négligence en faisant des déclarations inexactes » (par. 322 et 473) au sujet des différences de rémunération s’applique aux deux causes d’action.

[121] Selon moi, les conclusions que la juge de première instance a tirées au sujet des règles de common law en matière de déclaration inexacte faite par négligence ne sauraient être maintenues car elle n’a pas examiné l’ensemble des éléments constitutifs du délit. L’arrêt *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, mentionne ce qui suit :

Les arrêts précités de notre Cour donnent à penser qu’il existe cinq conditions générales : (1) il doit y avoir une obligation de diligence fondée sur un « lien spécial » entre l’auteur et le destinataire de la déclaration; (2) la déclaration en question doit être fausse, inexacte ou trompeuse; (3) l’auteur doit avoir agi d’une manière négligente; (4) le destinataire doit s’être fié d’une manière raisonnable à la déclaration inexacte faite par négligence; et (5) le fait que le destinataire s’est fié à la déclaration doit lui être préjudiciable en ce sens qu’il doit avoir subi un préjudice. [p. 110]

[122] La juge de première instance n’a pas ajouté les conditions fixées dans *Cognos* à la liste des questions communes en matière de responsabilité, pas plus qu’elle n’a analysé ou utilisé ce cadre dans ses motifs. Elle a certes clairement traité de l’obligation de diligence, et il est possible d’inférer qu’elle a, dans son analyse de la déclaration inexacte, vidé la question de savoir si les différences de rémunération avaient été exposées de manière fausse, inexacte ou trompeuse (bien qu’elle ne l’ait pas fait explicitement); il n’en demeure pas moins qu’elle a omis de tenir compte de la troisième condition établie dans *Cognos*. Elle n’a pas non plus tenu compte de la quatrième condition, soit le fait de s’être fié d’une manière raisonnable à la déclaration en cause, ni de la cinquième condition, soit celle du préjudice subi. Cependant, ces questions seraient probablement traitées dans le cadre d’éventuels procès individuels ou conjoints.



[123] The third *Cognos* requirement obligated Sharbern to prove that VAC had “acted negligently in making [the] misrepresentation”. This requirement is concerned with the standard of care, and was described by Iacobucci J. in *Cognos*:

The applicable standard of care should be the one used in every negligence case, namely the universally accepted, albeit hypothetical, “reasonable person”. The standard of care required by a person making representations is an objective one. It is a duty to exercise such reasonable care as the circumstances require to ensure that representations made are accurate and not misleading . . . [Emphasis added; p. 121.]

[124] In considering the standard of care, the trial judge would have had to address whether, on an objective basis, VAC had taken such reasonable care as the circumstances required to ensure that the representations made in the Hilton Disclosure Statement were accurate and not misleading. She made no such finding. Instead, she summarily concluded that VAC “negligently misrepresented” the Compensation Differences, without having addressed the standard of care.

[125] Sharbern submits that the trial judge’s conclusion that VAC’s representations were negligent is “sound” (A.F., at para. 47). In oral argument, counsel for Sharbern conceded that the trial judge’s “reasoning is sparse on her conclusion as to negligence” but insisted that her conclusion was “obvious in the circumstances” (transcript, at pp. 8-9).

[126] I am unable to agree. I do not think it appropriate to collapse the *Cognos* requirement into a bare assertion of obviousness. Failure to demonstrate how VAC breached the standard of care is fatal to Sharbern’s common law claim. Sharbern, as plaintiff, bears the burden of proving its allegations. Sharbern does not point to evidence that could support a finding that the standard of care was breached. Nor does it explain how such a

[123] Selon la troisième condition fixée dans *Cognos*, Sharbern devait établir que le VAC avait « agi d’une manière négligente ». Or, la norme de diligence applicable à cet égard a été ainsi décrite par le juge Iacobucci dans *Cognos* :

La norme de diligence applicable devrait être celle qui est utilisée dans toute affaire de négligence, à savoir celle universellement reconnue, quoique hypothétique, de la « personne raisonnable ». La norme de diligence requise d’une personne qui fait des déclarations est objective. Il s’agit de l’obligation de faire preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances pour que les déclarations faites soient exactes et non trompeuses . . . [Je souligne; p. 121.]

[124] Dans son analyse de la norme de diligence, la juge de première instance devait donc se demander, d’un point de vue objectif, si le VAC avait fait preuve de la diligence raisonnable requise par les circonstances pour que ses déclarations dans le document du Hilton soient exactes et non trompeuses. Or, elle ne l’a pas fait, se contentant plutôt de conclure sommairement que le VAC avait [TRADUCTION] « fait preuve de négligence en faisant des déclarations inexactes » au sujet des différences de rémunération, et ce sans même traiter de la norme de diligence.

[125] Sharbern estime [TRADUCTION] « valable » la conclusion de la juge de première instance que les déclarations du VAC étaient négligentes (m.a., par. 47). Dans sa plaidoirie, l’avocat de Sharbern a concédé que le [TRADUCTION] « raisonnement sous-tendant la conclusion [de la juge de première instance] sur la négligence [était] bien mince », affirmant cependant avec insistance qu’elle avait tiré la conclusion qui s’imposait « manifestement dans les circonstances » (transcription, p. 8-9).

[126] Je ne puis souscrire à cet argument. À mon avis, il ne sied pas de ramener la condition fixée dans *Cognos* à une simple affirmation du caractère manifeste. L’omission de Sharbern de prouver en quoi le VAC avait manqué à la norme de diligence est fatale à son recours fondé sur la common law. Il incombe à Sharbern, en sa qualité de demanderesse, d’établir le bien-fondé de ses allégations. Or, elle ne fait état d’aucune preuve permettant de

conclusion could have been reached based on the trial judge's "sparse" reasoning.

[127] Rather, Sharbern asserts that it was not required to adduce expert evidence as to what a developer ought to disclose. It argues that the case is about an experienced businessman (Mr. Lalji) who, while aware of the undisclosed incentive, defends his failure to disclose it by assuring us he would not put his own interests first. Sharbern contends that VAC's evidence of its reliance upon industry and expert evidence and upon the advice of its solicitors in respect of its disclosure obligations did not establish that VAC did not breach the standard of care.

[128] Nonetheless, in the circumstances of this case, a bare assertion that something is obvious, without more, cannot establish the applicable standard of care. In the face of considerable evidence before the trial court as to why the Compensation Differences or the potential conflict of interest they created would not have been material to the decision of investors, Sharbern did not provide the court with any evidence to counter VAC's position. For this reason, Sharbern's common law claim of negligent misrepresentation must fail.

[129] I would add one observation on the fourth *Cognos* requirement — reasonable reliance. In this case, Sharbern did not adduce evidence of actual reliance. Instead it relied upon the statutory deeming provision in the *Real Estate Act*. While the trial judge appears to have contemplated the necessity of individual trials on the issue of reliance at the outset of this litigation, her failure to differentiate between the common law and statutory claims in

conclure qu'il y a eu manquement à la norme de diligence. Elle n'explique pas non plus en quoi la juge de première instance aurait pu parvenir à cette conclusion sur la base de son « bien mince » raisonnement.

[127] Sharbern fait plutôt valoir qu'elle n'était pas tenue de présenter une preuve d'expert sur ce que le promoteur doit communiquer. Selon elle, la présente affaire est essentiellement l'histoire d'un homme d'affaires expérimenté (M. Lalji) qui, bien que connaissant les renseignements non communiqués qui incitaient le VAC à favoriser le Marriott au détriment du Hilton, tente de justifier son omission de communiquer ceux-ci en nous assurant qu'il ne donnerait pas préséance à ses propres intérêts. Elle ajoute que la preuve produite par le VAC pour démontrer qu'il s'était fondé sur des éléments de preuve concernant la pratique au sein de l'industrie, sur une preuve d'expert, ainsi que sur les conseils de ses avocats quant à ses obligations en matière de communication de renseignements, n'établissait pas qu'il n'avait pas manqué à la norme de diligence.

[128] Néanmoins, dans les circonstances de l'espèce, la simple affirmation qu'une chose est évidente ne suffit pas à elle seule à établir la norme de diligence qu'il convient d'appliquer. Devant une preuve considérable en première instance expliquant pourquoi les différences de rémunération ou le conflit d'intérêts qu'elles étaient susceptibles d'engendrer n'auraient pas été importants dans la décision des investisseurs, Sharbern n'a soumis aucune preuve pour réfuter le point de vue du VAC. Par conséquent, son recours fondé sur la common law pour déclaration inexacte faite par négligence est voué à l'échec.

[129] J'ajouterais un commentaire à propos de la quatrième condition établie dans *Cognos*, à savoir le fait de s'être fié d'une manière raisonnable à la déclaration en cause. Sharbern n'a pas produit de preuve établissant qu'elle s'était fiée aux renseignements qui lui avaient été communiqués. Elle a plutôt invoqué la présomption légale. Bien que la juge de première instance semble avoir envisagé, au tout début du litige, la nécessité de tenir des

her reasons conveys the impression that the statutory deeming provision can establish common law reliance, removing the need for further trials. This approach would be problematic. I do not think a plaintiff may dip into a statutory cause of action for a helpful element in order to establish the “actual reliance” required to maintain a common law claim for negligent misrepresentation.

[130] For these reasons I conclude that VAC cannot be held liable for negligent misrepresentation at common law.

#### E. *Breach of Fiduciary Duty*

[131] The final issues to be determined in this appeal are whether a fiduciary duty existed between VAC and Sharbern and, if so, whether VAC breached that fiduciary duty. The breach issue can be broken down into two aspects: (i) whether VAC breached its fiduciary duty to Sharbern by failing to disclose the alleged conflict of interest created by the Compensation Differences; and (ii) whether VAC breached its fiduciary duty to Sharbern when it implemented the non-competition policy between the Hilton, the Richmond Inn and the Marriott. I will deal with these issues and sub-issues in turn.

##### (1) Lower Court Treatment of the Fiduciary Duty Issues

[132] Wedge J. described the content of VAC’s fiduciary duties to Sharbern and other Hilton Owners in the following terms:

... I find that VAC did not owe a fiduciary duty to not work for other principals competing in the same hotel market as the Hilton. I also find that VAC did not owe a duty to the Hilton Owners to disclose information that

procès individuels pour décider si les investisseurs s’étaient fiés aux renseignements qui leur avaient été communiqués, son omission de faire la distinction entre le recours fondé sur la common law et celui fondé sur la Loi donne l’impression que la présomption légale pouvait servir à établir qu’en common law les investisseurs s’étaient fiés à ce qui leur avait été présenté, ce qui éliminait la nécessité de tenir d’autres procès. Or, cette démarche était problématique. En effet, je ne pense pas qu’un demandeur puisse invoquer à son avantage un certain élément d’une cause d’action légale afin d’établir qu’il « s’est effectivement fié » aux déclarations en cause, et, partant, d’avoir gain de cause dans le cadre d’un recours fondé sur la common law pour déclaration inexacte faite par négligence.

[130] Je conclus pour ces raisons que le VAC n’est pas responsable en common law pour avoir fait par négligence des déclarations inexactes.

#### E. *Manquement à l’obligation fiduciaire*

[131] Les dernières questions qui restent à trancher sont celles de savoir si le VAC avait une obligation fiduciaire envers Sharbern et, dans l’affirmative, s’il y avait manqué. La question du manquement peut se subdiviser en deux parties : (i) le VAC a-t-il manqué à son obligation fiduciaire envers Sharbern du fait qu’il a omis de lui faire part du conflit d’intérêts qu’auraient engendré les différences de rémunération?; et (ii) le VAC a-t-il manqué à son obligation fiduciaire envers Sharbern en mettant en œuvre la politique de non-concurrence entre le Hilton, le Richmond Inn et le Marriott? Je vais examiner à tour de rôle ces questions et sous-questions.

##### (1) Analyse des obligations fiduciaires par les juridictions inférieures

[132] La juge Wedge a décrit en ces termes les obligations fiduciaires du VAC envers Sharbern et les autres propriétaires du Hilton :

[TRADUCTION] ... à mon avis, le VAC n’avait pas l’obligation fiduciaire de s’abstenir de travailler pour des concurrents du Hilton au sein du même marché hôtelier. J’estime aussi qu’il n’était pas tenu de communiquer aux

it had received from its other principals. Rather, the Hilton Owners consented to VAC acting for other principals competing in the same market, and could expect VAC to keep all information it received from each of its principals confidential.

I find that VAC owes the following fiduciary duties to the Hilton Owners:

1. A fiduciary duty to not act for other principals competing in the same market and with respect to whom VAC has a personal interest in favouring.
2. A fiduciary duty to not act as agent for the Hilton Owners and any third party contracting with them without first making complete disclosure to them and obtaining their consent. [paras. 425 and 429]

[133] The trial judge went on to find that, as a result of the Compensation Differences, VAC had a personal interest in favouring the Marriott over the Hilton. She concluded that

VAC's personal interest in favouring the Marriott over the Hilton conflicts with its fiduciary duty to the Hilton Owners. Unless VAC disclosed this conflict of interest, and obtained fully informed consent from the Hilton Owners to act in those circumstances, it would be in breach of its fiduciary duty by continuing to act. [para. 439]

[134] Wedge J. then confirmed that whether the common management of the Hilton and the Marriott had affected the operation of the Hilton to its detriment had not been quantified on the evidence, and did not need to be quantified at that stage in the proceedings. However, she found that there was some evidence "that the Hilton has been disadvantaged by the common management" (para. 447). By this she was referring to a non-competition policy VAC implemented between the Hilton, the Richmond Inn and the Marriott. Since the Hilton brand was proving weaker than the Marriott, senior management at the Hilton tried to lure away corporate clients from the Marriott by undercutting the Marriott's room rates. When the

propriétaires du Hilton les renseignements qu'il tenait de ses autres mandants. Les propriétaires du Hilton avaient plutôt consenti à ce qu'il agisse pour le compte d'autres mandants qui leur faisaient concurrence au sein du même marché, et ils pouvaient s'attendre à ce qu'il respecte la confidentialité des renseignements qu'il tenait d'eux.

J'estime que le VAC a les obligations fiduciaires suivantes envers les propriétaires du Hilton :

1. Ne pas agir pour le compte d'autres mandants qui leur font concurrence au sein du même marché et qu'il aurait intérêt à favoriser.
2. Ne pas agir en tant que mandataire des propriétaires du Hilton et de tiers ayant conclu un contrat avec eux sans d'abord avoir fait une communication complète des renseignements et avoir obtenu leur consentement. [par. 425 et 429]

[133] La juge de première instance a ensuite conclu que le VAC avait intérêt à favoriser le Marriott au détriment du Hilton en raison des différences de rémunération. Elle a affirmé que

[TRADUCTION] l'intérêt du VAC à favoriser le Marriott au détriment du Hilton est incompatible avec son obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton et, à moins de porter ce conflit d'intérêts à l'attention de ces derniers et d'obtenir leur consentement éclairé à ce qu'il agisse pour eux dans ces circonstances, il manque à cette obligation s'il continue d'agir ainsi sans rien dire. [par. 439]

[134] La juge Wedge a par la suite confirmé que la preuve n'avait pas établi que l'administration commune du Marriott et du Hilton nuisait à l'exploitation de ce dernier et que, de toute façon, il n'était pas nécessaire de trancher cette question à ce stade de l'instance. Elle a toutefois conclu que certains éléments de preuve montraient [TRADUCTION] « que l'administration commune désavantageait le Hilton » (par. 447). La juge faisait référence à une politique de non-concurrence entre le Hilton, le Richmond Inn et le Marriott mise en œuvre par le VAC. Le Hilton se révélant moins populaire que le Marriott, ses dirigeants avaient tenté de s'attirer la clientèle provenant des sociétés avec qui le Marriott faisait affaire en leur offrant des tarifs

Marriott complained that this was eroding business and causing both hotels to lose money, sales staff proposed that the Hilton, Marriott and Richmond Inn agree not to pursue the top ten corporate preferred accounts of each by offering lower rates. However, other forms of inducement were permitted. The non-competition policy was implemented in 2002.

[135] Wedge J. considered this arrangement to be an agreement between the Hilton and the Marriott with VAC acting as agent for both. Irrespective of the merits of the contract, she found it to be a breach of VAC's equitable obligation to the Hilton Owners to commit them to a contract with another party for whom VAC was also acting as agent, without obtaining the Hilton Owners' informed consent.

[136] The Court of Appeal found that there was no breach of fiduciary duty. Chiasson J.A. interpreted the trial judge's reasoning to mean that VAC was in breach of its fiduciary duty as soon as it contracted with the Hilton Owners because of its agreement with the Marriott Owners. However, having previously concluded that VAC did not misrepresent its arrangements with the Marriott Owners, he found that VAC was not in breach of fiduciary duty on entering into the contract with the Hilton Owners. In his view, the issues were interrelated. He reconfirmed that "in this case, the relationship between VAC and the Marriott Hotel unit owners was disclosed" and that the question of whether VAC was in breach of its fiduciary duty because of its failure to disclose the Compensation Differences "depends on whether that information was material" (para. 98). Chiasson J.A. concluded that "in the circumstances of this case, the information objectively was not material" (para. 99).

[137] Chiasson J.A. also held that "the consent given to VAC to act for competing hotels is an

inférieurs à ceux de ce dernier. Lorsque le Marriott s'est plaint que cette mesure lui faisait perdre des clients et occasionnait des pertes financières aux deux hôtels, le personnel des ventes a proposé que le Hilton, le Marriott et le Richmond Inn s'engagent chacun à ne pas chercher à s'attirer la clientèle provenant des dix sociétés avec lesquelles les deux autres faisaient le plus souvent affaire en leur offrant des tarifs moins élevés. Ils pouvaient toutefois tenter de s'attirer cette clientèle par d'autres moyens. La politique de non-concurrence a été mise en œuvre en 2002.

[135] La juge Wedge a estimé qu'il s'agissait là d'une entente entre le Hilton et le Marriott, et que le VAC jouait le rôle de mandataire de l'un et l'autre hôtel. Elle a conclu qu'indépendamment du bien-fondé du contrat le VAC avait manqué à l'obligation que l'équité lui imposait à l'égard des propriétaires du Hilton en les engageant dans un contrat avec un tiers dont il était aussi mandataire, et ce, sans avoir préalablement obtenu leur consentement éclairé.

[136] La Cour d'appel a jugé que le VAC n'a pas manqué à son obligation fiduciaire. Selon le juge Chiasson, le raisonnement de la juge de première instance menait à la conclusion qu'en raison de l'entente avec les propriétaires du Marriott, le VAC manquait à son obligation fiduciaire en en concluant une avec ceux du Hilton. Toutefois, ayant déjà conclu que le VAC n'avait fait aucune déclaration inexacte au sujet de son entente avec les propriétaires du Marriott, il a jugé qu'il n'en était pas ainsi. À son avis, les questions étaient intimement liées. Il a confirmé de nouveau que [TRADUCTION] « l'existence du lien entre le VAC et les propriétaires d'unités de l'hôtel Marriott avait été révélée », et que la question de savoir si le VAC avait manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire état des différences de rémunération dans le document du Hilton « dépend[ait] de celle de savoir si ces renseignements étaient importants ou non » (par. 98). Le juge Chiasson a conclu que « dans les circonstances de l'espèce, les renseignements n'étaient pas objectivement importants » (par. 99).

[137] Le juge Chiasson a aussi conclu que [TRADUCTION] « le fait que les investisseurs aient

answer to any contention the implementation of the price competition policy was *per se* a breach of fiduciary duty” (para. 104). The issue again turned on whether VAC had been required to disclose the Compensation Differences, and in his view, it was not.

## (2) A Fiduciary Relationship Existed

[138] VAC argues that the trial judge erred in finding that VAC’s relationship with Sharbern was fiduciary in nature. VAC says that the trial judge’s “decision to characterize VAC as a fiduciary was not based on a careful consideration of the individual relationship between the parties” but was instead based on a “simplistic categorical analysis” in which “[s]he held that VAC was in some respects [Sharbern’s] agent, and that the principal-agent relationship was a classic fiduciary relationship” (R.F., at para. 112). VAC submits that the parties were simply dealing in an arm’s-length commercial relationship characterized by self interest.

[139] I cannot agree with VAC’s position. In my opinion, the trial judge did not conduct a “simplistic categorical analysis”. She made a comprehensive review of the jurisprudence and observed that “[f]iduciary duties will not necessarily exist in all agency relationships” (para. 398). She then carefully considered the relationship that existed under the Hotel Asset Management Agreement before concluding that the relationship was fiduciary. She noted that VAC was given discretion as a manager, that it had the ability to unilaterally affect the hotel owners’ legal or practical interests, and that the hotel owners were especially vulnerable in that regard. It is clear that she evaluated the relationship created under the Hotel Asset Management Agreement in light of the typical characteristics of fiduciary relationships set out by Wilson J. in her well-known dissent in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136.

consenti à ce que le VAC administre des hôtels se faisant concurrence suffit à répondre à tout argument voulant que l’application d’une politique de non-concurrence en matière de fixation des prix était en soi un manquement à l’obligation fiduciaire » (par. 104). Il s’agissait encore là de savoir si le VAC était tenu de faire état des différences de rémunération dans le document du Hilton; à son avis, il ne l’était pas.

## (2) Existence d’une relation fiduciaire

[138] Le VAC soutient que la juge de première instance a eu tort de conclure que sa relation avec Sharbern était de nature fiduciaire. Selon lui, sa [TRADUCTION] « décision de le qualifier de fiduciaire reposait non pas sur un examen attentif du rapport entre les parties », mais plutôt sur une « analyse catégorielle simpliste » qui l’a menée à la conclusion que « le VAC était à certains égards le mandataire [de Sharbern], et que leur relation de mandant à mandataire était un exemple classique de relation fiduciaire » (m.i., par. 112). Selon le VAC, les parties entretenaient de simples rapports commerciaux sans lien de dépendance, chacune agissant dans son propre intérêt.

[139] Je ne puis souscrire à la thèse du VAC. Selon moi, la juge de première instance ne s’est pas contentée d’une « analyse catégorielle simpliste ». Elle a plutôt fait un examen exhaustif de la jurisprudence, faisant remarquer que [TRADUCTION] « [L]es obligations fiduciaires ne caractérisent pas toujours les relations entre mandant et mandataire » (par. 398). Elle a ensuite examiné attentivement la relation créée par l’entente sur l’administration des biens du Hilton avant de conclure qu’il s’agissait d’une relation fiduciaire. Elle a signalé que le VAC avait été investi d’un pouvoir discrétionnaire à titre d’administrateur, qu’il était en mesure d’influer unilatéralement sur les intérêts juridiques ou pratiques des propriétaires de l’hôtel, et que ces derniers étaient particulièrement vulnérables à cet égard. De toute évidence, elle a examiné cette relation à la lumière des éléments propres aux rapports fiduciaires décrits par la juge Wilson dans les motifs dissidents bien connus qu’elle a exposés dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, p. 136.

[140] In my opinion, there is no basis upon which to differ with the conclusion of the trial judge that while acting as manager of the Hilton, VAC owed fiduciary obligations to the Hilton Owners, including Sharbern.

[141] That said, the nature and scope of the fiduciary duty owed by VAC must be assessed in the context of the contract giving rise to those duties. As noted by Cromwell J., for a unanimous Court, in *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 75: “. . . what is required in all cases is an undertaking by the fiduciary, express or implied, to act in accordance with the duty of loyalty reposed on him or her”. He also stated that “[i]n cases of *per se* fiduciary relationships, this undertaking will be found in the nature of the category of relationship in issue” and that “[t]he fiduciary’s undertaking may be the result of . . . the express or implied terms of an agreement” (para. 77). While an express undertaking can be found in the terms of a contract for an agency relationship, an implied undertaking can be found with regard to “the particular circumstances of the parties’ relationship” which could include “professional norms, industry or other common practices and whether the alleged fiduciary induced the other party into relying on the fiduciary’s loyalty” (para. 79).

[142] In this case, purchasers in the Hilton strata lots knew that they would be entering into the Hotel Asset Management Agreement giving VAC exclusive management of the hotel for at least 20 years. In exchange, VAC contracted to, among other things, use commercially reasonable efforts to rent out the strata units, maximize each owner’s proportionate share of monies available for distribution, and faithfully perform its duties and responsibilities and supervise and direct hotel operations. The Hilton Disclosure Statement explained to investors that the success or failure of the rental pool would depend in part on the managerial abilities of the manager. It also contained the reassurance that VAC’s related companies had experience in concurrently owning or managing competing hotels.

[140] À mon avis, il n’y a aucune raison de s’écarter de la conclusion de la juge de première instance que le VAC avait des obligations fiduciaires envers les propriétaires du Hilton, notamment Sharbern, alors qu’il administrait cet hôtel.

[141] Cela dit, la nature et la portée des obligations fiduciaires du VAC s’apprécient dans le contexte du contrat d’où elles résultent. Comme l’a souligné le juge Cromwell dans l’arrêt unanime de la Cour intitulé *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 75 : « . . . il faut, dans tous les cas, un engagement du fiduciaire, exprès ou implicite, d’agir dans le respect du devoir de loyauté qui lui incombe ». Il a également déclaré que « [l]orsque la relation est en soi fiduciaire, cet engagement sera fonction de la nature de la catégorie à laquelle la relation en question appartient » et que « [l]’engagement du fiduciaire peut résulter [. . .] des conditions — expresses ou implicites — d’une entente » (par. 77). Bien qu’un engagement explicite puisse figurer parmi les modalités d’un contrat de mandat, « [d]ans certains types de relations, l’engagement du fiduciaire peut en effet être implicite. Les normes professionnelles, les pratiques de l’industrie ou d’autres pratiques courantes et la question de savoir si la partie qu’on dit être un fiduciaire a incité l’autre partie à compter sur le fait qu’elle agirait loyalement envers elle comptent parmi les considérations utiles pour juger de l’existence ou non d’un tel engagement implicite » (par. 79).

[142] En l’espèce, les acquéreurs d’unités du Hilton savaient qu’ils concluraient avec le VAC une entente qui lui confierait en exclusivité l’administration de l’hôtel pour une période d’au moins 20 ans. En contrepartie, le VAC s’engagerait notamment à déployer des efforts raisonnables sur le plan commercial pour louer les unités, maximiser la part proportionnelle des fonds à remettre à chaque propriétaire, et fidèlement s’acquitter de ses obligations et contrôler et diriger les activités de l’hôtel. Le document du Hilton expliquait aux investisseurs que le succès ou l’échec du pool locatif dépendrait en partie de la compétence de son administrateur. Ce document confirmait par ailleurs que les sociétés affiliées au VAC avaient déjà possédé des hôtels se faisant concurrence ou qu’elles avaient déjà

Investors undoubtedly counted on VAC to provide managerial experience and expertise. However, they did so understanding and consenting to VAC receiving a management fee, and acting as the manager of the competing Marriott hotel. Disclosure of that conflict position was coupled with the warning that this “could impact upon its ability to perform its obligations under the [Hotel Asset Management Agreement]” (art. 4.9(i)).

[143] While Sharbern was in a fiduciary relationship with VAC, and VAC owed a duty to use its discretionary powers as manager to act in the interests of Sharbern, this relationship was entered into with the knowledge that there would be common management of the Hilton and Marriott, and that VAC’s related companies had a history of concurrent ownership or management of competing hotels. The fiduciary relationship in this case must therefore be circumscribed by the contractual bargain and the knowledge that VAC would be simultaneously balancing fiduciary obligations owed to the Hilton Owners and owners of a competitor: *Galambos*, at para. 79.

(3) Distinguishing the Misrepresentation and Fiduciary Duty Claims

[144] When VAC issued the Hilton Disclosure Statement, it was acting in its role as a developer/ issuer, and was not an agent of Sharbern. As issuer, its relationship with Sharbern was not fiduciary in nature. An issuer and investor in these circumstances deal with each other in an arm’s-length commercial relationship characterized by self interest.

[145] However, when VAC began acting as Sharbern’s agent under the Hotel Asset Management Agreement, a fiduciary relationship arose.

administré en commun de tels hôtels. Les investisseurs comptaient sans aucun doute sur l’expérience et l’expertise du VAC en matière d’administration. Toutefois, il était entendu que des frais d’administration seraient payés au VAC et que celui-ci administrerait un hôtel concurrent, soit le Marriott. La description de cette situation de conflit d’intérêts était accompagnée d’une mise en garde que cela était [TRADUCTION] « susceptible d’avoir une incidence sur [l]a capacité [du VAC] d’exécuter les obligations prévues dans [l’entente sur l’administration des biens du Hilton] » (par. 4.9i)).

[143] Il est vrai qu’il existait une relation fiduciaire entre Sharbern et le VAC et que celui-ci était tenu, en sa qualité d’administrateur, d’exercer ses pouvoirs discrétionnaires au mieux des intérêts de Sharbern, mais il n’en demeure pas moins que chaque partie savait que le Hilton et le Marriott seraient administrés en commun et que les sociétés affiliées au VAC avaient déjà possédé des hôtels se faisant concurrence ou administrés en commun de tels hôtels. La relation fiduciaire en l’espèce doit donc être circonscrite par l’entente contractuelle et par le fait que chaque partie savait que le VAC devait s’acquitter d’obligations fiduciaires à la fois envers les propriétaires du Hilton et envers les propriétaires d’une entreprise concurrente : *Galambos*, par. 79.

(3) Allégations de déclarations inexactes et d’existence d’une obligation fiduciaire : distinctions

[144] En publiant le document du Hilton, le VAC agissait à titre de promoteur et d’émetteur de valeurs et non pas de mandataire de Sharbern. La relation qu’il entretenait avec Sharbern en sa qualité d’émetteur de valeurs n’était pas de nature fiduciaire. L’émetteur de valeurs et l’investisseur entretiennent, dans de telles circonstances, des rapports commerciaux sans lien de dépendance, chacun agissant dans son propre intérêt.

[145] Toutefois, à partir du moment où le VAC agissait à titre de mandataire pour Sharbern conformément à l’entente sur l’administration des biens du Hilton, il existait une relation fiduciaire entre eux.



[146] It is important to recognize that these are two distinct relationships that happen to be between the same parties: a non-fiduciary issuer-investor relationship, and a fiduciary principal-agent relationship. Therefore, although the underlying factual basis of the issuer-investor misrepresentation issue and the principal-agent fiduciary duty issue are largely the same, the two issues constitute distinct causes of action arising at different *times*. The misrepresentation claim is related to VAC's disclosures made when it was the developer of the Hilton hotel and issuer of the Hilton Disclosure Statement. The breach of fiduciary duty claim is related to VAC's activities when it began acting as an agent and managed the Hilton hotel.

#### (4) Disclosing the Compensation Differences

[147] The question to be answered here is whether VAC breached its fiduciary duty to Sharbern and the other Hilton Owners while acting as their hotel asset manager, by failing to disclose the Compensation Differences and obtaining the informed consent of the Hilton Owners.

[148] A breach of fiduciary duty would occur if the undisclosed Compensation Differences were material or placed VAC into a conflict of interest to which Sharbern had not consented. This is because equity "forbids trustees and other fiduciaries from allowing themselves to be placed in ambiguous situations. . . . [T]hat is, in a situation where a conflict of interest and duty might occur" (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 914). As M. Ng writes, in *Fiduciary Duties: Obligations of Loyalty and Faithfulness* (loose-leaf), at p. 2-10:

Where fiduciaries put themselves in a position where their own interests or those of others may conflict with

[146] Il est important de reconnaître qu'il s'agit là de deux relations distinctes entre les mêmes parties : une relation non fiduciaire entre émetteur de valeurs et investisseur, et une relation fiduciaire entre mandant et mandataire. Par conséquent, même si la question de savoir si l'émetteur de valeurs a fait une déclaration inexacte à l'investisseur et celle de savoir s'il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire qui découlait de leur relation de mandant à mandataire s'inscrivent en grande partie dans le même contexte factuel, ces deux questions constituent le fondement de causes d'action distinctes qui ont pris naissance à des *moments* différents. D'un côté, l'allégation que le VAC aurait fait des déclarations inexactes est liée aux renseignements communiqués par celui-ci par le biais du document du Hilton alors qu'il agissait en tant que promoteur de l'hôtel. De l'autre, l'allégation qu'il aurait manqué à son obligation fiduciaire est liée à ses activités à l'époque où il a commencé à agir en tant que mandataire et à administrer le Hilton.

#### (4) Communication des différences de rémunération

[147] Il s'agit en l'espèce de décider si le VAC a manqué à son obligation fiduciaire envers Sharbern et les autres propriétaires du Hilton en omettant de leur expliquer les différences de rémunération et d'obtenir leur consentement éclairé alors qu'il administrait l'hôtel.

[148] Le VAC aurait manqué à son obligation fiduciaire si les différences de rémunération avaient été importantes ou l'avaient mis dans une situation de conflit d'intérêts à laquelle Sharbern n'avait pas consenti. Il en est ainsi parce que l'équité [TRADUCTION] « interdit au fiduciaire et à tout autre fiduciaire de se placer dans des situations ambiguës. [ . . . ] [C]'est-à-dire dans des situations où un conflit d'intérêts et d'obligation pourrait survenir » (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2005), p. 914). M. Ng a écrit ce qui suit dans *Fiduciary Duties : Obligations of Loyalty and Faithfulness* (feuilles mobiles), p. 2-10 :

[TRADUCTION] Lorsque le fiduciaire se place dans une situation où ses propres intérêts ou ceux d'autres parties

their duty to their principal, they will be required to disclose all material information regarding the transaction in order to obtain their principal's informed consent as to their acting despite the conflict.

[149] Sharbern submits that the question of whether VAC breached its fiduciary duty to avoid undisclosed conflicts of interest was “one of consent” (A.F., at para. 54). That is, Sharbern argues that the Court must ask whether VAC “made sufficient disclosure, in the [Hilton Disclosure Statement], of the facts pertaining to its conflict of interest that investors purchasing under the [Hilton Disclosure Statement] must be taken to have consented to the conflict” (*ibid.*). Sharbern's position is premised upon the assumption that the Compensation Differences constituted a material fact or information beyond what had already been disclosed. If that were true, then the onus would fall on VAC, as fiduciary, to prove that it had received the informed consent of the Hilton Owners with respect to the Compensation Differences: *McGuire v. Graham* (1908), 11 O.W.R. 999 (C.A.), at pp. 999-1000.

[150] However, the materiality of the Compensation Differences must first be established. This is because “[n]ot every self-interested act by a fiduciary conflicts with his fiduciary duties; otherwise, he could never do anything for his own benefit” (*Waters'*, at p. 914). As stated by F. M. B. Reynolds in *Bowstead and Reynolds on Agency* (17th ed. 2001), at para. 6-057, “[t]he duty does not completely prohibit the adoption of a position or the entering into of transactions in which such a conflict might occur; it rather prohibits doing so without disclosure of all material facts to the principal so as to obtain his consent” (emphasis added). Here, the principal had consented to the agent's conflict of interest — to act for other principals competing in the same market — and knew that the agent would be simultaneously acting in the interests of the principal and competitors. The first question that Wedge J. ought to have asked, therefore, was whether the Compensation Differences constituted a material fact or information beyond what had already been disclosed, such as to impose

peuvent entrer en conflit avec l'obligation qu'il a envers son mandant, il doit lui communiquer tous les renseignements importants dont il dispose au sujet de l'opération afin d'obtenir qu'il consente à ses actions en toute connaissance de cause malgré l'existence du conflit.

[149] Sharbern soutient que la question de savoir si le VAC avait manqué à son obligation fiduciaire d'éviter tout conflit d'intérêts non dévoilé en était [TRADUCTION] « une de consentement » (m.a., par. 54). En d'autres termes, elle prétend que la Cour doit se demander si le VAC « a, dans le [document du Hilton], exposé suffisamment de faits relatifs à son conflit d'intérêts, de sorte que les investisseurs qui ont acheté des unités en se fiant à [ce document] sont réputés avoir consenti au conflit » (*ibid.*). Le point de vue de Sharbern repose sur l'hypothèse que les différences de rémunération constituaient des faits ou des renseignements importants autres que ceux qui avaient déjà été déclarés. Or, si cette hypothèse s'avérait fondée, il incomberait alors au VAC, en sa qualité de fiduciaire, de prouver qu'il avait obtenu le consentement éclairé des propriétaires du Hilton relativement aux différences de rémunération : *McGuire c. Graham* (1908), 11 O.W.R. 999 (C.A.), p. 999-1000.

[150] Cependant, l'importance des différences de rémunération doit d'abord être établie. Il en est ainsi parce que [TRADUCTION] « [I]es actions intéressées d'un fiduciaire n'entrent pas toutes en conflit avec ses obligations fiduciaires : autrement, il ne pourrait jamais rien faire pour son propre bénéfice » (*Waters'*, p. 914). Comme l'a affirmé F. M. B. Reynolds dans *Bowstead and Reynolds on Agency* (17<sup>e</sup> éd. 2001), par. 6-057, [TRADUCTION] « [I]'obligation n'interdit pas complètement d'adopter une position ou d'effectuer des opérations pouvant susciter un tel conflit; elle interdit plutôt d'agir ainsi sans communiquer au mandant tous les faits importants dans le but d'obtenir son consentement » (je souligne). En l'espèce, le mandant avait accepté la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvait le mandataire du fait qu'il agissait pour le compte d'autres mandants qui lui faisaient concurrence au sein du même marché, et il savait que ce dernier agirait en même temps pour son compte et pour celui de ses concurrents. La juge Wedge aurait donc dû d'abord se demander si les différences de

a fiduciary duty upon VAC to disclose their particulars.

[151] The standard for identifying when a conflict of interest exists in a fiduciary context was discussed by this Court in *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631. There, Binnie J. dealt with conflicts of interest arising out of the solicitor-client fiduciary relationship. He set out the following standard for identifying when a lawyer is in a position of conflict of interest:

I adopt, in this respect, the notion of a “conflict” in § 121 of the *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, at pp. 244-45, as a “substantial risk that the lawyer’s representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer’s own interests or by the lawyer’s duties to another current client, a former client, or a third person”. [Emphasis added; para. 31.]

[152] The essential first step was for the court to determine if the Compensation Differences constituted material facts or information beyond what had already been disclosed, thereby giving rise to a fiduciary duty for VAC to disclose them and obtain consent. In this regard, VAC submits that “[a]ll of the evidence on the issue of materiality that [it] adduced, and that the trial judge disregarded, was therefore as relevant to determining the existence of a conflict of interest as it was to determining whether [it] had made a misrepresentation in the [Hilton Disclosure Statement]” (R.F., at para. 106).

[153] This is essentially correct, except for one qualification. It must be remembered that the fiduciary duty issue is distinct from the misrepresentation issue. The materiality evidence and analysis carried out with respect to Sharbern’s claim that VAC made material false statements attracting statutory liability under the *Real Estate Act* related to the time period during which the Hilton strata units were marketed and sold. VAC’s disclosure

rémunération constituait des faits ou des renseignements importants autres que ceux qui avaient déjà été déclarés de sorte qu’il incombait au VAC une obligation fiduciaire d’en communiquer les détails.

[151] Le critère permettant de déterminer l’existence d’un conflit d’intérêts dans un contexte fiduciaire a été discuté par la Cour dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631. Dans cet arrêt, le juge Binnie a traité des conflits d’intérêts découlant de la relation fiduciaire entre l’avocat et son client. Il a énoncé le critère qu’il convient d’appliquer pour trancher la question de savoir si un avocat est en conflit d’intérêts :

Je fais mienne à cet égard la notion de « conflit » décrite dans le *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, p. 244-245, § 121, comme [TRADUCTION] « un risque sérieux que les intérêts personnels de l’avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l’avocat ». [Je souligne; par. 31.]

[152] La première étape essentielle que le tribunal devait franchir était de se demander si les différences de rémunération constituait des faits ou des renseignements importants autres que ceux qui avaient déjà été déclarés, de sorte qu’il incombait au VAC une obligation fiduciaire de les communiquer et d’obtenir le consentement des intéressés. À cet égard, le VAC prétend que [TRADUCTION] « [t]ous les éléments de preuve sur la question de l’importance qu’[il] a produits, et dont la juge de première instance n’a pas tenu compte, étaient donc tout aussi pertinents pour trancher la question de savoir s’il y avait conflit d’intérêts que celle de savoir s’[il] avait fait une déclaration inexacte dans le [document du Hilton] » (m.i., par. 106).

[153] J’estime que cette affirmation est essentiellement juste, sous réserve de ce qui suit : il ne faut pas oublier que l’obligation fiduciaire et la déclaration inexacte sont deux questions distinctes. La preuve produite relativement à la question de l’importance et l’analyse de la prétention de Sharbern que le VAC avait fait une déclaration erronée sur un point important de sorte que sa responsabilité était engagée sous le régime de la Loi se rapportaient à

obligations under its fiduciary duty related to matters existing or arising during its role as manager of the Hilton hotel. This requires a consideration of the time period following the Hilton Disclosure Statement and also the time period covering the later stages of the fiduciary relationship.

[154] The Hilton Disclosure Statement was issued in February 1998, and the hotel opened for business in June 1999. VAC had disclosed in the Hilton Disclosure Statement its management of the Marriott hotel and the similar and additional agreements it had with that hotel, “all of which give rise to certain liabilities and obligations of the Developer which could impact upon its ability to perform its obligations under the Agreements” (art. 4.9(i)). I place no significance on VAC’s description of itself as “Developer” instead of “manager” in this context, as the former would have been the term by which it was defined in the Hilton Disclosure Statement. As found by the trial judge, “the Hilton Owners consented to VAC acting for other principals competing in the same market” (para. 425). I agree with Chiasson J.A.’s observation that the question is invariably reduced to whether the Compensation Differences were material, thereby obliging VAC to disclose them and obtain the Hilton Owners’ consent to those details. It is also necessary to inquire whether circumstances changed during the course of the fiduciary relationship such as to require VAC to make additional disclosures and obtain renewed consent.

[155] The materiality of the Compensation Differences when the investors were making their decision to invest has been dealt with in detail in the discussion of VAC’s alleged statutory liability under the *Real Estate Act*. However, I would add that the disclosure obligations with respect to VAC’s fiduciary duty are different from the disclosure obligations under the *Real Estate Act*. As a fiduciary, VAC was obligated to disclose any material

l’époque où les unités du Hilton avaient été mises sur le marché et vendues. Les obligations fiduciaires du VAC en matière de communication visaient des renseignements se rapportant à l’époque où il était administrateur du Hilton. Il faut donc se replacer à la période postérieure à la publication du document du Hilton et à celle des stades ultérieurs de la relation fiduciaire.

[154] Le document du Hilton a été publié en février 1998 et l’hôtel a ouvert ses portes en juin 1999. Dans ce document, le VAC se disait administrateur du Marriott et il faisait état des conventions qu’il avait conclues avec cet hôtel — certaines similaires à celles du Hilton, d’autres propres au Marriott — et qui [TRADUCTION] « impos[aient] au promoteur des responsabilités et des obligations susceptibles d’avoir une incidence sur sa capacité d’exécuter les obligations prévues dans les ententes » (par. 4.9i)). Je n’accorde aucune importance au fait que le VAC se disait « promoteur » plutôt qu’« administrateur » dans ce contexte, car le document le désignait comme promoteur du projet. Comme la juge de première instance l’a conclu, [TRADUCTION] « les propriétaires du Hilton avaient consenti à ce que le VAC agisse pour le compte d’autres mandants qui leur faisaient concurrence au sein du même marché » (par. 425). Je suis d’accord avec le juge Chiasson lorsqu’il dit que la question se résume invariablement à savoir si les différences de rémunération étaient importantes, ce qui, dans l’affirmative, obligeait le VAC à en faire état et à obtenir le consentement des propriétaires du Hilton à cet égard. Il faut également se demander si, au cours de la relation fiduciaire, la situation a changé à un point tel que le VAC devait leur communiquer des renseignements supplémentaires et obtenir de nouveau leur consentement.

[155] L’importance des différences de rémunération à l’époque où les investisseurs ont pris leur décision a été examinée en détail dans le cadre de l’analyse de la responsabilité du VAC sous le régime de la Loi. J’ajouterais cependant que les obligations de communication auxquelles le VAC était tenu en sa qualité de fiduciaire n’étaient pas les mêmes que celles qui lui incombaient aux termes de la Loi. En effet, le VAC avait l’obligation

facts or information, such as if there was a substantial risk that VAC's fiduciary relationship with the Hilton Owners would be materially and adversely affected by VAC's own interests or by VAC's duties to another (*Neil*, at para. 31). VAC's statutory duty was simply to disclose to investors certain prescribed information, without making material false statements. Nonetheless, in that regard, much of the evidence about the materiality of the Compensation Differences as it related to VAC's alleged statutory liability under the *Real Estate Act* would also have been relevant to the question of materiality under the fiduciary duty analysis.

[156] VAC submitted extensive evidence in support of its position that its lack of disclosure of the Compensation Differences in the Hilton Disclosure Statement did not constitute a material false statement under the legislation. There is no need to repeat that evidence here, which has been discussed in detail above. However, I would add that, in the context of proving or disproving the alleged breach of fiduciary duty, the parties are not precluded from bringing evidence that did not form part of the total mix of information available to investors at the time of their investment decisions, or evidence that would not have been available through the Hilton Disclosure Statement.

[157] For example, the evidence with respect to an industry practice of common management of competing hotels that was considered in relation to VAC's statutory defence is, in my view, also relevant to the question of whether the Compensation Differences were material in the context of the claim of breach of fiduciary duty. After all, the fiduciary relationship arose in the context of a disclosed conflict of interest of common management, and a reported practice of common management of competing hotels by VAC's related companies. Beyond the testimony of VAC's witnesses that common management of competing hotels took place without disclosure of the contractual terms to the different owners, it seems highly unlikely that

fiduciaire de communiquer tout fait ou renseignement important comme, par exemple, l'existence d'un risque sérieux que ses propres intérêts ou ses devoirs envers un tiers nuisent de façon importante à sa relation fiduciaire avec les propriétaires du Hilton (*Neil*, par. 31). L'obligation légale à laquelle le VAC était tenu consistait simplement à communiquer aux investisseurs certains renseignements bien précis tout en évitant de faire une déclaration erronée sur un point important. Néanmoins, à cet égard, une grande partie de la preuve concernant l'importance des différences de rémunération aurait aussi été pertinente, dans la mesure où elle portait sur la responsabilité du VAC sous le régime de la Loi, quant à la question de l'importance dans le cadre de l'analyse de l'obligation fiduciaire.

[156] Le VAC a produit une preuve abondante pour étayer son point de vue selon lequel son omission d'expliquer les différences de rémunération dans le document du Hilton ne constituait pas une déclaration erronée sur un point important au sens de la Loi. Il est inutile de répéter ces éléments de preuve à ce stade-ci car ils ont déjà été examinés en détail. J'ajouterais cependant que pour établir ou réfuter le manquement allégué à l'obligation fiduciaire, rien n'empêchait les parties de produire des éléments de preuve qui ne faisaient pas partie de l'ensemble des renseignements mis à la disposition des investisseurs à l'époque où ils ont pris leur décision, ou qui n'étaient pas mentionnés dans le document du Hilton.

[157] Par exemple, les éléments de preuve concernant la pratique au sein de l'industrie en matière d'administration commune d'hôtels se faisant concurrence qui ont été examinés dans le cadre de l'examen du moyen de défense légal qui s'offrait au VAC sont, selon moi, tout aussi pertinents quant à la question de savoir si les différences de rémunération étaient importantes dans le contexte du manquement allégué à l'obligation fiduciaire. Après tout, la relation fiduciaire s'inscrivait dans le contexte de la communication de l'existence du conflit d'intérêts que suscitait l'administration commune des hôtels et du fait que les sociétés affiliées au VAC avaient l'habitude d'administrer en commun des hôtels se faisant concurrence. Au-delà de ce que les

management agreements negotiated between different parties at different times would have identical terms. This case yields one example, where the guaranteed rate of return offered to Marriott Owners apparently could not be offered in the Hilton Disclosure Statement a year later because of changes in securities laws. The fact that common management was nonetheless an accepted industry practice for different hotel chains in the same market suggests that industry players did not treat differing management compensation arrangements as material to the efficient operation or profitability of the hotels. Such evidence would have been relevant to the trial judge's consideration of the materiality of the Compensation Differences.

[158] In contrast to the evidence adduced by VAC, Sharbern did not provide any evidence as to the materiality of the Compensation Differences in this context. Nor did the trial judge consider all the evidence submitted by VAC in her assessment of the materiality of the financial incentives. Although the misrepresentation issue is distinct, the error seen in relation to that analysis applies equally to the analysis of the issue of whether VAC was liable for breach of fiduciary duty. The party seeking to establish the materiality of the undisclosed facts or information did not provide evidence upon which a finding of materiality could reasonably have been made.

[159] The fiduciary relationship also existed during the later period of time, during which VAC was managing the Hilton hotel. The Hilton hotel opened in June 1999. VAC disclosed the existence

témoins du VAC ont déclaré au sujet de l'administration commune d'hôtels se faisant concurrence pour le compte de propriétaires distincts qui ignoraient les modalités des contrats conclus à l'égard des hôtels autres que les leurs, il semble très peu probable que des ententes en vue de l'administration d'hôtels distincts conclues par différentes parties à des moments différents auraient comporté les mêmes modalités. La présente affaire en constitue un exemple. En effet, il semble bien que le VAC ne pouvait, en raison de certaines modifications apportées à la réglementation en matière de valeurs mobilières, promettre dans le document du Hilton le taux de rendement garanti qu'il avait offert aux propriétaires du Marriott l'année précédente. Le fait que l'administration commune de divers établissements pour le compte de chaînes hôtelières distinctes dans le même marché était une pratique reconnue au sein de l'industrie donne à penser que les différences dans les mesures incitatives au rendement en matière d'administration n'étaient pas considérées comme un facteur important s'agissant de la bonne marche ou de la rentabilité des hôtels. Une telle preuve constituait un élément pertinent dont la juge de première instance aurait dû tenir compte en évaluant l'importance des différences de rémunération.

[158] À la différence du VAC, Sharbern n'a soumis aucune preuve quant à l'importance des différences de rémunération dans ce contexte. La juge de première instance, quant à elle, n'a pas non plus examiné l'ensemble des éléments de preuve soumis par le VAC lorsqu'elle a évalué l'importance des incitatifs financiers. Bien que la question des déclarations inexactes soit distincte, l'erreur que la juge a commise dans le cadre de cette analyse a de la même façon entaché son analyse de la question de savoir si le VAC avait manqué à son obligation fiduciaire. La partie qui cherchait à établir l'importance des faits ou des renseignements non communiqués n'a fourni aucune preuve permettant d'arriver rationnellement à cette conclusion.

[159] La relation fiduciaire existait également au cours de la période ultérieure pendant laquelle le VAC administrait le Hilton, qui a ouvert ses portes en juin 1999. Le VAC a révélé l'existence de la

of the guarantee in favour of Marriott Owners in a meeting with Hilton Owners on June 14, 2000. The timing of the disclosure of the differential in management fee is not clear. At some point, when the economy deteriorated and occupancy rates plummeted, the Compensation Differences potentially became more germane. So too would VAC's retention of the 24 strata lots in the Hilton hotel, at least in the eyes of Marriott Owners. VAC could then have had a renewed obligation to disclose what had arguably developed into a material conflict of interest, assuming a rejection of VAC's arguments that it lacked the practical means and incentive to act upon the Compensation Differences. How did the timing of these events compare to the timing of the June 2000 disclosure of the guaranteed rate of return to Marriott Owners? Did the conduct of the Hilton Owners subsequent to disclosure constitute consent, at least until the filing of the plaintiff's statement of claim in June 2003 or perhaps when they sought legal advice in the fall of 2002? Evidence on these considerations is not before us, and did not form part of the record before the trial judge.

[160] In sum, not only did the trial judge not consider all the evidence relevant to the issue of materiality, there was a failure on the part of the plaintiff to adduce evidence on the issue of the materiality of the Compensation Differences, either at the time of the Hilton Disclosure Statement or during the later stages of the fiduciary relationship. I am of the opinion that Sharbern failed to demonstrate that the Compensation Differences constituted a material fact or information beyond what had already been disclosed by VAC. Also, as found in the analysis of the misrepresentation issue, the trial judge's conclusions on the issue of breach of fiduciary duty were tainted by an expectation that VAC must disprove, rather than Sharbern satisfy its onus of proving, the materiality of the Compensation

garantie accordée aux propriétaires du Marriott lors de la réunion du 14 juin 2000 avec les propriétaires du Hilton. Par contre, on ne sait trop à quel moment les différences entre les frais d'administration de l'un et l'autre hôtel ont été portées à leur attention. À un moment donné, la situation économique s'étant détériorée et les taux d'occupation ayant chuté, les différences de rémunération ont acquis davantage de pertinence, tout comme la décision du VAC de conserver les 24 unités du Hilton, du moins aux yeux des propriétaires du Marriott. Ainsi, il se pourrait bien que le VAC était dès lors tenu à une nouvelle obligation de communication car, peut-on soutenir, le conflit d'intérêts était devenu important si l'on suppose bien entendu que les arguments du VAC selon lesquels il n'avait ni les moyens, ni une raison quelconque de tirer avantage des différences de rémunération sont dénués de fondement. Quel est le lien entre la séquence de ces événements et le fait que c'est en juin 2000 que les propriétaires du Hilton ont été mis au courant du taux de rendement garanti offert aux propriétaires du Marriott? Les actions des propriétaires du Hilton à la suite de la communication constituent-elles une manifestation de leur consentement qui aurait été valide à tout le moins jusqu'au dépôt de la déclaration des parties demanderesse, en juin 2003, ou à partir du moment où ils ont demandé un avis juridique, à l'automne 2002? À l'instar de la juge de première instance, nous ne disposons d'aucune preuve se rapportant à ces considérations.

[160] En résumé, non seulement la juge de première instance a-t-elle omis de tenir compte de l'ensemble des éléments de preuve se rapportant à la question de l'importance, mais la partie demanderesse n'a produit aucune preuve tendant à établir l'importance des différences de rémunération, que ce soit à l'époque où ce document a été publié ou aux stades ultérieurs de la relation fiduciaire. Selon moi, Sharbern n'a pas démontré que les différences de rémunération constituaient des faits ou des renseignements importants autres que ceux que le VAC avait déjà déclarés. De plus, comme il ressort de l'analyse de la question de la déclaration inexacte, les conclusions de la juge sur la question de savoir s'il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire ont été entachées par le fait qu'elle s'attendait à ce que

Differences. These problems loom large over the consideration of whether to remit the matter to the trial judge for a determination on the issue of the materiality of the Compensation Differences for the purpose of assessing VAC's liability for breach of fiduciary duty.

(5) The Non-Competition Agreement

[161] Apart from the non-disclosure of the Compensation Differences, Sharbern submits that it was a breach of VAC's fiduciary duty for VAC to direct its staff at the Hilton not to engage in price competition with the Marriott.

[162] The trial judge observed that VAC implemented a "non-competitive pricing policy which prevented the [Hilton, Marriott and Richmond Inn] from undercutting each other's room rates" with respect to the top ten corporate preferred accounts of each hotel (para. 161). The policy was implemented shortly after the Hilton's 2002 budget was put in place. She found that "[u]nder the policy, both the Hilton and the Marriott were constrained, but the *status quo* favoured the Marriott" as the Hilton was "trying to close the gap" (para. 454) that the Marriott had obtained because of a "year's head start by the time the Hilton opened" (para. 448).

[163] Irrespective of the merits of the contract, the trial judge held that it was a breach of fiduciary duty for VAC to commit the Hilton Owners to a price competition agreement with the Marriott Owners in the absence of the former's consent.

[164] VAC argues that the evidence at trial established that the price competition policy was not a

le VAC réfute l'importance de ces différences et non à ce que Sharbern s'acquitte de la charge qui lui incombait d'établir celle-ci. Ces problèmes ont une incidence considérable sur l'analyse de la question de savoir s'il convient de renvoyer l'affaire à la juge pour qu'elle se prononce sur la question de l'importance des différences de rémunération afin de décider si la responsabilité du VAC est engagée du fait qu'il a manqué à son obligation fiduciaire.

(5) Entente de non-concurrence

[161] Outre l'omission du VAC de faire état des différences de rémunération, Sharbern fait valoir que ce dernier a manqué à son obligation fiduciaire en ordonnant à son personnel du Hilton de ne pas faire concurrence au Marriott en diminuant ses prix.

[162] La juge de première instance a souligné que le VAC avait instauré une [TRADUCTION] « politique de non-concurrence en matière de fixation des prix qui empêchait [le Hilton, le Marriott et le Richmond Inn] de se faire concurrence en offrant des chambres à rabais » aux clients provenant des dix sociétés avec lesquelles les deux autres hôtels faisaient le plus souvent affaire (par. 161). Cette politique a été instaurée peu de temps après l'établissement du budget du Hilton pour l'année 2002. Elle a conclu que « [s]elon la politique, le Hilton et le Marriott avaient chacun une marge de manœuvre plutôt restreinte, mais le statu quo favorisait le Marriott », le Hilton « s'efforçant de le rattraper » (par. 454) car le Marriott jouissait « d'une longueur d'avance du fait qu'il avait ouvert ses portes un an avant [lui] » (par. 448).

[163] La juge de première instance a estimé qu'indépendamment du bien-fondé du contrat le VAC avait manqué à son obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton en concluant, pour leur compte, une entente de non-concurrence en matière de fixation des prix avec les propriétaires du Marriott, et ce, sans avoir préalablement obtenu leur consentement.

[164] Pour sa part, le VAC soutient qu'il ressort de la preuve produite en première instance que la



manifestation of a conflict of interest as a matter of fiduciary law. It says that the policy was in the best interests of both the Hilton and the Marriott Owners. For example, the general manager of the Marriott hotel, James Nesbitt, testified that the Marriott would have matched prices with the Hilton if necessary to retain any business that the Hilton hotel might have attempted to poach by underbidding. He observed that undercutting on price was “not a strategy that works at all” (R.R., vol. 11, at p. 2102). When asked about his experience with customers threatening to move hotels because of lower rates, Nesbitt testified that “in all cases -- because it’s much easier to retain an existing customer, than spend a lot to go out and find a new customer, in every case you would match that rate to make sure you kept the business” (*ibid.*, at p. 2104).

[165] First, I cannot agree with the trial judge’s conclusion that it was a breach of fiduciary duty for VAC to enter into agreements with the Marriott Owners on behalf of the Hilton Owners without prior consent. With three hotels located on the same property, connected by a shopping concourse, and managed through common management, agreements entered into by VAC on behalf of and between Hilton Owners and Marriott Owners would have been part of the ordinary course of business, as day-to-day matters that could not feasibly require prior consent of all Hilton Owners. Agreements to effect the sharing of common resources and expenses mentioned earlier would be one example. Significantly, the Hilton Disclosure Statement provided that VAC had the right to enter into such agreements. As stated at art. 4.4(b):

... the Asset Manager shall have the right to enter into such agreements and contracts, and to do such acts and things, as the Asset Manager, in its discretion,

politique de non-concurrence en matière de fixation des prix ne permettait pas, du point de vue du droit des fiducies, de conclure à l’existence d’un conflit d’intérêts. Selon lui, cette politique servait tant les intérêts des propriétaires du Hilton que ceux des propriétaires du Marriott. Par exemple, le directeur général du Marriott, James Nesbitt, a affirmé dans son témoignage que son hôtel aurait, au besoin, calqué ses prix sur ceux du Hilton afin de conserver la clientèle que ce dernier aurait pu tenter de lui dérober en offrant des chambres à rabais. Il a ajouté qu’offrir des chambres à rabais était [TRADUCTION] « une stratégie vouée à l’échec » (d.i., vol. 11, p. 2102). Interrogé sur ce qu’il faisait lorsque des clients menaçaient d’aller dans un autre hôtel dont les prix étaient moins élevés, il a affirmé que « comme il est beaucoup plus facile dans tous les cas de conserver ses clients que de consacrer d’importantes ressources pour en trouver de nouveaux, il faut toujours ajuster ses prix en fonction de ceux de l’autre hôtel afin de ne pas les perdre » (*ibid.*, p. 2104).

[165] Premièrement, je ne peux souscrire à la conclusion de la juge de première instance que le VAC a manqué à son obligation fiduciaire en concluant des ententes avec les propriétaires du Marriott pour le compte des propriétaires du Hilton sans avoir préalablement obtenu le consentement de ces derniers. En effet, les trois hôtels étant situés sur le même terrain, liés entre eux par un hall-promenade abritant des commerces, et administrés en commun, la conclusion d’ententes par le VAC pour le compte des propriétaires du Hilton et de ceux du Marriott, et entre ces deux groupes, s’inscrivait dans le cours normal de telles activités commerciales, et il n’était pas réaliste de penser qu’il devait chaque fois obtenir le consentement préalable de l’ensemble des propriétaires du Hilton à de telles activités quotidiennes. Les ententes de partage des ressources et des dépenses dont il a déjà été question en sont un exemple. Il importe de signaler que le par. 4.4b) du document du Hilton donnait au VAC le droit de conclure de telles ententes :

[TRADUCTION] ... l’administrateur des biens a le droit de conclure les ententes et les contrats, et d’accomplir les actes et choses qu’il considère nécessaires ou

considers necessary or desirable, including without limitation entering into affiliation, management, reservation, marketing agreements or licensing or franchise agreements with a hotel chain.

[166] Second, the trial judge erred by failing to consider evidence which was relevant to the materiality of the non-competition agreement, such as evidence of other effects of common management and their impact on the Hilton Owners. Wedge J. simply saw the non-competition agreement as proof of the potential conflict of interest created by common management, commenting that “[t]he highly competitive hotel industry does not embrace the notion of even-handedness” (para. 303). She ignored other evidence to the effect that the three hotels also shared business with each other. VAC’s evidence indicated that the Marriott referred business to the Hilton or the Richmond Inn when it did not have the capacity or did not wish to accommodate the lower room rate requested by the client. When the Marriott did not have the capacity to accommodate all the Cathay Pacific air crews, it negotiated a contract which gave a portion of the Cathay Pacific business to the Hilton. In my view, the trial judge erred in assessing the materiality of the non-competition agreement to Hilton Owners without determining, on the totality of evidence, whether it was part of an overall practice of cooperation that was to the ultimate benefit of the three hotels.

[167] In sum, without proof that the non-competition agreement constituted a material fact or information beyond what had already been disclosed by VAC, I cannot accept that the non-competition agreement constituted a breach of fiduciary duty.

## VI. Summary and Conclusions

[168] In view of the length of these reasons, it will be useful to summarize my conclusions at this point.

souhaitables dans l’exercice de sa discrétion, notamment conclure, sans limitation, des ententes d’affiliation, d’administration, de réservation ou de mise en marché, ou des contrats de licence ou de franchisage, avec une chaîne hôtelière.

[166] Deuxièmement, la juge Wedge a commis une erreur en omettant de prendre en compte certains éléments de preuve pertinents quant à l’importance de l’entente de non-concurrence, tels des éléments de preuve se rapportant à d’autres effets de l’administration commune et à l’incidence de ceux-ci sur les propriétaires du Hilton. Pour elle, l’entente de non-concurrence n’était rien de plus que la preuve que l’administration commune était susceptible d’engendrer un conflit d’intérêts. Elle a d’ailleurs souligné que [TRADUCTION] « [l]’industrie hôtelière, où la concurrence est féroce, ne fait aucune place à la mise en équilibre équitable des intérêts » (par. 303). Elle n’a pas non plus tenu compte d’autres éléments de preuve démontrant que les trois hôtels se partageaient aussi de la clientèle. Selon la preuve du VAC, le Marriott envoyait au Hilton ou au Richmond Inn les clients qu’il ne pouvait accueillir de même que ceux à qui il ne voulait pas accorder un tarif moins élevé. Quand le Marriott s’est rendu compte qu’il ne pouvait accueillir tous les membres d’équipage de la Cathay Pacific, il a conclu un contrat en vertu duquel il cédait au Hilton une partie de cette clientèle. Selon moi, la juge a commis une erreur en appréciant l’importance de l’entente de non-concurrence pour les propriétaires du Hilton sans même avoir décidé, à la lumière de l’ensemble de la preuve, si celle-ci s’inscrivait dans le cadre d’une pratique générale de collaboration qui, en bout de ligne, avantageait les trois hôtels.

[167] En résumé, compte tenu de l’absence de preuve établissant que l’entente de non-concurrence constituait un fait ou un renseignement important autre que ceux qui avaient déjà été déclarés par le VAC, je ne peux accepter qu’elle constituait un manquement à l’obligation fiduciaire.

## VI. Résumé et conclusions

[168] Étant donné la longueur des présents motifs, il est utile, à ce stade-ci, de résumer mes conclusions.

[169] As to VAC's liability for material false statements under the *Real Estate Act*:

1. The key question for liability under s. 75(2) of the *Real Estate Act* was to determine if the Compensation Differences were material. Except in cases where materiality can reasonably be established through common sense inferences, materiality must be proven through evidence, and is a fact-specific inquiry, determined on a case-by-case basis. Investors do not have to prove that the undisclosed information would have changed their decision to invest. However, they must prove a substantial likelihood that it would be considered important by a reasonable investor in making an investment decision. That is, there must be a substantial likelihood that a reasonable investor would consider the fact as having significantly altered the total mix of available information.
2. The trial judge made three errors in her materiality assessment. First, she treated the conflict of interest as inherently material; second, she reversed the onus of proof of materiality; and, third, she did not consider all of the evidence available to her on the issue of materiality.
3. The onus was on Sharbern to prove that the Compensation Differences were material. It did not adduce any evidence which could reasonably do so.
4. Even if VAC were found to have made a "material false statement", the statutory defence found in s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act* would have availed to its benefit. The trial judge erred by not considering this defence. The statutory defence was established. VAC led evidence to show that it subjectively believed

[169] S'agissant de la responsabilité légale du VAC pour déclaration erronée sur un point important :

1. La question clé pour décider de la responsabilité du VAC en application du par. 75(2) de la Loi consiste à savoir si les différences de rémunération étaient importantes. Sauf dans les cas où on peut raisonnablement faire cette preuve par le biais d'inférences fondées sur le bon sens, l'importance s'établit au moyen d'éléments de preuve dans le cadre d'un examen propre aux faits de l'espèce. Les investisseurs n'ont pas à prouver que les renseignements qui ne leur ont pas été communiqués auraient changé leur décision. Ils doivent toutefois établir l'existence d'une probabilité marquée que l'investisseur raisonnable aurait tenu compte de ces renseignements dans le cadre de son analyse s'ils lui avaient été communiqués, c'est-à-dire l'existence d'une probabilité marquée qu'un tel investisseur aurait jugé que les renseignements auraient modifié de façon significative l'ensemble des renseignements mis à sa disposition.
2. La juge de première instance a commis trois erreurs dans son évaluation de l'importance. D'abord, elle a conclu que le conflit d'intérêts était en soi important; ensuite, elle a inversé le fardeau de la preuve quant à l'importance; enfin, elle a omis de considérer l'ensemble des éléments de preuve dont elle disposait en ce qui concerne la question de l'importance.
3. Il incombait à Sharbern de démontrer que les différences de rémunération étaient importantes. Or, Sharbern n'a produit aucun élément de preuve dont on pourrait raisonnablement penser qu'il fait cette démonstration.
4. Même si on concluait qu'il a fait une « déclaration erronée sur un point important », le VAC pouvait se prévaloir du moyen de défense prévu au sous-al. 75(2)(b)(viii) de la Loi. La juge de première instance a commis une erreur en n'en tenant pas compte, même si le VAC s'en est prévalu. En effet, le VAC a produit une preuve

and had reasonable grounds for believing that the Compensation Differences were not material. Sharbern did not direct this Court to any evidence to the contrary.

5. The presumption of deemed reliance under the *Real Estate Act* was rebuttable when it could be proven, on a balance of probabilities, that the investor had knowledge of the misrepresented or omitted facts or information at the time the investor made the purchase.

[170] As to VAC's liability for negligent misrepresentation, the trial judge erred by not considering whether VAC breached the standard of care. As there was no evidence capable of supporting a finding of breach of standard of care, VAC cannot be held liable for negligent misrepresentation.

[171] As to VAC's liability for breach of fiduciary duties:

1. When VAC began acting as manager under the Hotel Asset Management Agreement, a fiduciary relationship arose between VAC and Sharbern (and the other Hilton Owners).
2. VAC had already disclosed, and the Hilton Owners had consented to, VAC's common management of the Hilton and the Marriott hotels. Therefore, that conflict of interest was not a breach of VAC's fiduciary duty. VAC was only obliged to disclose the Compensation Differences if they constituted material facts or information beyond what had already been disclosed. Sharbern did not adduce evidence to establish the materiality of the Compensation Differences. Additionally, the trial judge erred by reversing the onus of proof of materiality and by not considering all the evidence adduced by VAC relevant to the issue of materiality.

démontrant qu'il croyait subjectivement, et qu'il avait des motifs raisonnables de croire, que les différences de rémunération n'étaient pas importantes. Sharbern n'a attiré l'attention de la Cour sur aucun élément de preuve contraire.

5. La présomption prévue par la Loi selon laquelle les investisseurs sont réputés s'être fiés à ce qui leur a été présenté était réfutable par le biais d'une preuve établissant, selon la prépondérance des probabilités, que l'investisseur était au courant des déclarations inexactes ou des omissions au moment où il a fait son acquisition.

[170] S'agissant de la responsabilité du VAC selon les règles de la common law en matière de déclaration inexacte faite par négligence, la juge de première instance s'est trompée car elle a omis de se demander si le VAC avait contrevenu à la norme de diligence. Faute de preuve permettant de conclure qu'il avait effectivement manqué à cette norme, la responsabilité du VAC pour avoir fait par négligence des déclarations inexactes ne saurait être engagée.

[171] S'agissant de la responsabilité du VAC pour manquement à ses obligations fiduciaires :

1. Dès que le VAC a commencé à administrer le Hilton conformément à l'entente conclue à cette fin, il existait une relation fiduciaire entre lui et Sharbern (et les autres propriétaires du Hilton).
2. Le VAC avait déjà déclaré qu'il administrait à la fois le Hilton et le Marriott, ce à quoi les propriétaires du Hilton avaient consenti. Ce conflit d'intérêts ne constituait donc pas un manquement à son obligation fiduciaire. Le VAC ne devait faire état des différences de rémunération que si elles constituaient des faits ou des renseignements importants autres que ceux qui avaient déjà été déclarés. Or, Sharbern n'a produit aucun élément de preuve établissant que les différences de rémunération étaient importantes. De plus, la juge de première instance a commis une erreur en inversant le fardeau de la preuve relatif à l'importance et en omettant de tenir compte de l'ensemble de la preuve se rapportant à cette question.

3. The trial judge erred by not assessing the materiality of the non-competition agreement, and Sharbern did not adduce evidence to establish its materiality.

[172] I am mindful of the time and resources expended by the parties in the eight years since this litigation commenced. It cannot be in the interests of justice or the parties to prolong the matter further than necessary.

[173] Had I not found that Sharbern had failed to adduce any evidence to establish the materiality of the Compensation Differences or that VAC could claim the benefit of the statutory defence under s. 75(2)(b)(viii) of the *Real Estate Act*, I would have considered remitting the matter to Wedge J. for a determination of the issues in consideration of all the relevant evidence and in accordance with these reasons. However, she would be placed in the position of reassessing the issues upon a consideration of a wider swath of evidence, all in support of only VAC, without any evidence to support the position of Sharbern. The same dilemma arises if she is directed to reconsider whether VAC breached its fiduciary duty to the Hilton Owners by failing to disclose the Compensation Differences during the course of its management of the Hilton hotel.

[174] Cases such as *Hollis v. Dow Corning Corp.* have discussed the circumstances under which it is appropriate for an appellate court to make a fresh assessment of the evidence on the record. Whether the appellate court should do so will depend upon what is in the interests of justice, and whether a fresh assessment is feasible on a practical level. Feasibility often depends upon the extent to which the credibility of witnesses is at issue as opposed to a consideration of documentary evidence. I am mindful that this case involved a two-month trial, which included much *viva voce* evidence. However, none of the findings of fact by the trial judge appear to be predicated upon her assessment of the credibility of witnesses.

3. La juge de première instance a commis une erreur lorsqu'elle a omis d'évaluer l'importance de l'entente de non-concurrence; pour sa part, Sharbern n'a produit aucune preuve démontrant que cette entente était importante.

[172] Je suis conscient du fait que les parties ont consacré beaucoup de temps et de ressources à ce litige depuis qu'il a pris naissance il y a huit ans, et il ne saurait être dans l'intérêt de la justice ou des parties de le faire inutilement perdurer.

[173] Si je n'avais pas conclu que Sharbern avait omis de produire des éléments de preuve établissant l'importance des différences de rémunération ou que le VAC pouvait se prévaloir du moyen de défense prévu au sous-al. 75(2)(b)(viii) de la Loi, j'aurais songé à renvoyer l'affaire à la juge Wedge pour qu'elle se prononce sur les questions en litige en tenant compte de l'ensemble des éléments de preuve pertinents et en conformité avec les présents motifs. Dans cette éventualité, il lui aurait fallu trancher les questions litigieuses en tenant compte d'un plus grand nombre d'éléments de preuve, tous favorables au VAC, mais sans aucun élément de preuve étayant le point de vue de Sharbern. Par ailleurs, le même dilemme se pose si on l'invite à réexaminer la question de savoir si le VAC a manqué à son obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton du fait qu'il ne leur a pas communiqué les différences de rémunération alors qu'il administrait cet hôtel.

[174] Dans des arrêts comme *Hollis c. Dow Corning Corp.*, la Cour a discuté des circonstances dans lesquelles il sied à une cour d'appel de procéder à une nouvelle appréciation de la preuve au dossier. La cour d'appel ne doit le faire que si cela est dans l'intérêt de la justice et si, sur le plan pratique, il lui est possible de le faire. Il arrive souvent que cette dernière question dépend de l'importance que revêt la crédibilité des témoins plutôt que d'un examen de la preuve documentaire. Je suis conscient que la présente affaire a donné lieu à un procès qui a duré deux mois et au cours duquel il y a eu de nombreux témoignages de vive voix. Toutefois, aucune des conclusions de fait tirées par la juge de première instance ne semble fondée sur une appréciation de la crédibilité des témoins.

[175] It has been a recurring finding throughout my consideration of the issues in this case that Sharbern failed to adduce evidence to support key aspects of its claims. As plaintiff, Sharbern had the burden of proving all the necessary elements of its claims, on a balance of probabilities. Sharbern was given the opportunity of a two-month trial to produce such evidence. Nonetheless, it failed to lead sufficient evidence to discharge its onus with respect to establishing the requisite breach of the standard of care necessary to its claim of negligent misrepresentation.

[176] It also failed to produce evidence in support of the materiality of the Compensation Differences, both with respect to whether a failure to disclose them resulted in (i) a material false statement attracting liability under the *Real Estate Act*, or (ii) a breach of its fiduciary duty to the Hilton Owners as the manager of the Hilton hotel. The first may have been due to its position argued in this Court that “there is no need for a plaintiff to tender industry or expert evidence as to what would influence a reasonable investor because the question of materiality of conflicts of interest in a prospectus is uniquely for the court” (A.F., at para. 40). As I said previously, this position misapprehended the fact-based inquiry that is required in order to establish materiality, as well as the onus on a plaintiff to adduce evidence in support of materiality. Sharbern’s failure to adduce evidence of materiality in the context of the claim of breach of fiduciary duty may similarly stem from a misapprehension of the principle that there is only a duty to disclose material facts or information.

[177] This Court is in the same position as was the Court of Appeal, which signalled throughout

[175] J’ai conclu à plusieurs reprises, tout au long de mon examen des questions litigieuses en l’espèce, que Sharbern n’avait produit aucune preuve étayant les aspects clés de ses allégations. Or, il lui incombait, en sa qualité de partie demanderesse, d’établir selon la prépondérance des probabilités le bien-fondé des éléments essentiels de celles-ci, et elle a bénéficié d’un procès de deux mois pour le faire. Malgré cela, elle n’est pas parvenue à soumettre suffisamment d’éléments de preuve pour démontrer que le VAC avait contrevenu à la norme de diligence, et ainsi établir le bien-fondé du recours qu’elle a intenté pour déclaration inexacte faite par négligence.

[176] En outre, elle n’a produit aucune preuve tendant à démontrer que les différences de rémunération étaient importantes tant en ce qui concerne (i) la question de savoir si, en omettant de les communiquer, le VAC se trouvait à faire une déclaration erronée sur un point important, engageant ainsi sa responsabilité sous le régime de la Loi, que (ii) celle de savoir si, du fait de cette omission, il avait manqué à son obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton en sa qualité d’administrateur de l’hôtel. En ce qui concerne la première question, l’omission de Sharbern est peut-être attribuable au point de vue qu’elle a exprimé devant notre Cour selon lequel [TRADUCTION] « la partie demanderesse n’est pas tenue de présenter une preuve d’expert ou une preuve établissant la pratique au sein de l’industrie sur ce qui peut influencer sur la décision d’un investisseur raisonnable, car la question de l’importance des conflits d’intérêts dans un prospectus en est une qui relève exclusivement des tribunaux » (m.a., par. 40). Comme je l’ai déjà dit, ce point de vue reflétait une mauvaise compréhension de l’analyse factuelle nécessaire pour établir l’importance ainsi que de l’obligation du demandeur de produire des éléments de preuve à cet égard. En ce qui concerne la deuxième question, le défaut de Sharbern de présenter de tels éléments de preuve est peut-être également attribuable à la mauvaise compréhension du principe selon lequel l’obligation de communication ne vise que les faits ou renseignements importants.

[177] La Cour se trouve dans la même position que la Cour d’appel, qui a souligné tout au long de

its reasons for judgment that the plaintiff had failed to adduce objective evidence to support its claims. In my opinion, the evidence before the trial court could not support a finding that VAC was liable under the *Real Estate Act*, for negligent misrepresentation or for a breach of fiduciary duty either for failing to disclose the Compensation Differences or in implementing the non-competition policy.

[178] I would dismiss the appeal. Leave to appeal in this matter was granted with costs in the cause. Section 37 of the British Columbia *Class Proceedings Act* establishes a no costs regime in the trial court and the Court of Appeal. However, that statute does not apply to this Court. The respondents are entitled to their costs in this Court.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Heenan Blaikie, Vancouver; Lakhani & Company, Vancouver.*

ses motifs de jugement que la partie demanderesse n'avait produit aucun élément de preuve objectif à l'appui de ses allégations. Selon moi, la preuve dont le tribunal de première instance a été saisi ne permettait pas de conclure à la responsabilité du VAC sous le régime de la Loi, pour avoir fait par négligence des déclarations inexactes, ou pour avoir manqué à son obligation fiduciaire, soit parce qu'il avait omis de communiquer les différences de rémunération, soit en raison du fait qu'il avait mis en œuvre la politique de non-concurrence.

[178] Je suis donc d'avis de rejeter l'appel. La demande d'autorisation d'appel dans le présent dossier a été accueillie avec dépens suivant l'issue de la cause. Il est vrai que selon l'art. 37 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique ni le tribunal de première instance ni la Cour d'appel ne peut accorder de dépens lorsqu'il s'agit d'un recours collectif, mais cette loi ne s'applique pas à notre Cour. Les intimés ont droit à leurs dépens devant notre Cour.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.*

*Procureurs des intimés : Heenan Blaikie, Vancouver; Lakhani & Company, 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, 2011 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 2011 Vol. 2**

**Cited as [2011] 2 S.C.R. 261-547**

**Renvoi [2011] 2 R.C.S. 261-547**

---



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

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

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society ..... 261**

Civil procedure — Pleadings — Motion to strike — Government alleged to have artificially inflated accommodation charges required of elderly patients in long-term care facilities to subsidize medical expenses properly the responsibility of government — Statement of claim alleging breach of fiduciary duty, negligence, unjust enrichment, bad faith exercise of discretion and breach of s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether disputed claims disclose cause of action.

Fiduciary duty — Government — Government alleged to have artificially inflated accommodation charges required of elderly patients in long-term care facilities to subsidize medical expenses properly the responsibility of government — Whether principles of fiduciary duty applicable to private actors apply to governments — Whether government owed fiduciary duty to patients.

### **Canada (Attorney General) v. Mavi ..... 504**

Immigration — Sponsorship — Family class — Sponsors signing undertakings promising to provide for sponsored relative's essential needs and ensuring that relative would not require social assistance during sponsorship period — Legislation providing that social assistance paid to relative during sponsorship period constitutes debt that "may be recovered" either by federal or provincial government — Ontario seeking repayment of debts — Sponsors seeking declaration discharging them from debt — Whether Immigration and Refugee Protection Act provides discretion to enforce sponsorship debt — Whether Ontario debt recovery policy improperly fettering exercise of statutory discretion — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 145 — Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 132.

Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Doctrine of legitimate expectations — Debt enforcement — Sponsors signing undertakings promising to provide for sponsored relative's essential needs and ensuring that relative would not require social assistance during sponsorship period — Legislation providing that social assistance paid to relative during sponsorship period constitutes debt that "may be recovered" either by federal or provincial government — Ontario seeking repayment of debts under policy incorporating significant procedural protections in terms of sponsorship undertakings — Sponsors seeking declaration discharging them from debt — Whether duty of procedural fairness applied to enforcement of debt — Whether legitimate expectations created by terms of undertaking were enforceable and satisfied.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society ..... 261**

Procédure civile — Actes de procédure — Requête en radiation — Allégation que le gouvernement a artificiellement augmenté les frais d'hébergement imposés aux pensionnaires âgés des établissements de soins de longue durée en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement — Déclaration alléguant le manquement à une obligation fiduciaire, la négligence, l'enrichissement injustifié, la mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et la violation de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les allégations contestées révèlent-elles une cause d'action?

Obligation fiduciaire — Gouvernement — Allégation que le gouvernement a artificiellement augmenté les frais d'hébergement imposés aux pensionnaires âgés des établissements de soins de longue durée en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement — Les principes relatifs à l'obligation fiduciaire qui régissent les entités privées s'appliquent-ils aux gouvernements? — Le gouvernement a-t-il une obligation fiduciaire envers les patients?

### **Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale) ..... 306**

Accès à l'information — Accès à des documents — Demande de documents ministériels situés dans les bureaux de ministres — Les documents « relèvent-ils d'une institution fédérale » aux termes de la loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 3, 4(1).

Accès à l'information — Exceptions — Protection des renseignements personnels — Renseignements personnels — Demande de communication de l'agenda du premier ministre — L'agenda constitue-t-il des « renseignements personnels » au sens de la loi? — Dans l'affirmative, l'agenda doit-il malgré tout être communiqué parce que le premier ministre est le « cadre » d'une institution fédérale? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3.

### **Canada (Procureur général) c. Mavi ..... 504**

Immigration — Parrainage — Catégorie du regroupement familial — Répondants ayant signé des engagements à l'effet de subvenir aux besoins essentiels des personnes parrainées et de veiller à ce que ces dernières ne recourent pas à l'assistance sociale pendant la durée du parrainage — Dispositions législatives disposant que les prestations d'assistance sociale versées au parent pendant cette période constituent une créance que « peut recouvrer » l'administration fédérale ou provinciale — Mesures de recouvrement des créances prises par l'Ontario — Demandes de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) ..... 306**

Access to information — Access to records — Request for Ministers' records located in ministerial offices — Whether records "under control of government institution" as provided in legislation — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 3, 4(1).

Access to information — Exemptions — Privacy — Personal information — Request for Prime Minister's agenda — Whether agenda constitutes "personal information" as defined in legislation — If so, whether agenda should nonetheless be disclosed because Prime Minister is "officer" of government institution — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3.

### **i Trade Finance Inc. v. Bank of Montreal ..... 360**

Commercial law — Security agreements — Fraud — Role of personal property security legislation — Shares purchased with funds fraudulently obtained from finance company pledged as collateral to bank in exchange for increased credit card limit — Finance company obtaining judgment allowing for constructive trust and tracing of funds to persons other than bona fide purchasers for value without notice — Whether finance company has right to recover disputed funds on basis of advances made under mistake of fact, constructive trust or equitable lien — Whether pledge to bank creates statutory enforceable security interest — Whether bank a bona fide purchaser for value without notice — Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10, ss. 1(1), 2, 11, 72.

### **Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc. .... 387**

Intellectual property — Trade-marks — Confusion — Alberta company using unregistered trade-marks prior to Ontario company's registration of similar trade-mark — Alberta company applying to expunge Ontario company's trade-mark registration from register of trade-marks — Whether location where mark used is relevant to confusion analysis — What considerations are applicable in assessment of resemblance between proposed use trade-mark and existing unregistered trade-mark — How nature and cost of wares or services affects confusion analysis — Use of expert evidence in confusion analysis — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 6, 16(3), 17, 19, 20, 21, 30, 35, 40(2), 57(1).

### **R. v. E.M.W. .... 542**

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Reasonable verdict — Jurisdiction of a court of appeal

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

jugements déclarant que les répondants sont libérés de leur obligation de rembourser les sommes dues — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés confère-t-elle le pouvoir discrétionnaire de recouvrer ou non la somme due par le répondant? — La politique ontarienne de recouvrement des créances entrave-t-elle indûment l'exercice du pouvoir discrétionnaire légal? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 145 — Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 132.

Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Théorie de l'attente légitime — Recouvrement de créances — Répondants ayant signé des engagements à l'effet de subvenir aux besoins essentiels des personnes parrainées et de veiller à ce que ces dernières ne recourent pas à l'assistance sociale pendant la durée du parrainage — Dispositions législatives disposant que les prestations d'assistance sociale versées au parent pendant cette période constituent une créance que « peut recouvrer » l'administration fédérale ou provinciale — Mesures de recouvrement des créances prises par l'Ontario en application d'une politique intégrant d'importantes garanties procédurales au libellé de l'engagement du répondant — Demandes de jugements déclarant que les répondants sont libérés de leur obligation de rembourser les sommes dues — L'obligation d'équité procédurale s'applique-t-elle au recouvrement des créances? — Les attentes légitimes créées par le libellé des engagements sont-elles susceptibles d'exécution et y a-t-on répondu?

### **i Trade Finance Inc. c. Banque de Montréal ..... 360**

Droit commercial — Contrats de sûreté — Fraude — Rôle de la législation en matière de sûretés mobilières — Actions achetées à l'aide de fonds obtenus frauduleusement d'une société de financement et données en gage à une banque en contrepartie d'une augmentation de la limite de crédit d'une carte de crédit — La société de financement a obtenu un jugement déclarant que le produit de la vente des actions était détenu pour son compte par le biais d'une fiducie par interprétation et ordonnant qu'elle pouvait suivre les fonds entre les mains de personnes autres que des acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable — La société de financement a-t-elle le droit de recouvrer les fonds en litige au motif qu'ils ont été avancés à la suite d'une erreur de fait ou qu'ils étaient assujettis à une fiducie par interprétation ou un privilège en equity? — Le gage donné à la banque créait-il une sûreté opposable d'origine législative? — La banque a-t-elle la qualité d'acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable? — Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 1(1), 2, 11, 72.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

to consider whether there was a miscarriage of justice — Whether there was a miscarriage of justice.

### **R. v. J.A. .... 440**

Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused and complainant consensually engaging in erotic asphyxiation — Accused anally penetrating complainant during period of unconsciousness — Whether Criminal Code defines consent as requiring conscious, operating mind throughout sexual activity — Whether consent to sexual activity may be given prior to period of unconsciousness — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 273.1, 273.2.

### **R. v. O'Brien ..... 485**

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Curative proviso — Whether trial judge's error in not excluding bad character evidence and in not specifically addressing that evidence in his reasons caused substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

## SOMMAIRE (Fin)

### **Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc. .... 387**

Propriété intellectuelle — Marques de commerce — Confusion — Société albertaine employant des marques de commerce non déposées avant qu'une société ontarienne ne fasse enregistrer une marque de commerce similaire — Demande de la société albertaine visant à faire biffer l'enregistrement de la marque de commerce de la société ontarienne dans le registre des marques de commerce — Le lieu où la marque est employée est-il pertinent en ce qui concerne l'analyse relative à la confusion? — De quels facteurs faut-il tenir compte pour évaluer la ressemblance entre une marque de commerce dont l'emploi est projeté et une marque de commerce employée mais non déposée? — Incidence de la nature et du coût des marchandises ou des services sur l'analyse relative à la confusion — Utilisation de la preuve d'expert dans l'analyse relative à la confusion — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6, 16(3), 17, 19, 20, 21, 30, 35, 40(2), 57(1).

### **R. c. E.M.W. .... 542**

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Verdict raisonnable — Pouvoir d'un tribunal d'appel d'examiner s'il y a eu erreur judiciaire — Y a-t-il eu erreur judiciaire?

### **R. c. J.A. .... 440**

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Accusé et plaignante se livrant à l'asphyxie érotique consensuelle — Pénétration anale de la plaignante par l'accusé au cours d'une période d'inconscience — Le consentement, au sens du Code criminel, doit-il émaner d'une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l'activité sexuelle? — Le consentement à une activité sexuelle peut-il être donné avant une période d'inconscience? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 273.1, 273.2.

### **R. c. O'Brien ..... 485**

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Erreur de droit — Disposition réparatrice — L'erreur du juge du procès de ne pas exclure la preuve de mauvaise moralité et de ne pas traiter explicitement de cette preuve dans ses motifs a-t-elle causé un tort important ou entraîné une erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

**Her Majesty The Queen in Right of  
Alberta** *Appellant*

v.

**Elder Advocates of Alberta Society and  
James O. Darwish, Personal Representative  
of the Estate of Johanna H. Darwish,  
deceased** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada and  
Attorney General of British  
Columbia** *Interveners*

**INDEXED AS: ALBERTA v. ELDER ADVOCATES OF  
ALBERTA SOCIETY**

**2011 SCC 24**

File No.: 33551.

2011: January 27; 2011: May 12.

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

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

*Civil procedure — Pleadings — Motion to strike — Government alleged to have artificially inflated accommodation charges required of elderly patients in long-term care facilities to subsidize medical expenses properly the responsibility of government — Statement of claim alleging breach of fiduciary duty, negligence, unjust enrichment, bad faith exercise of discretion and breach of s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether disputed claims disclose cause of action.*

*Fiduciary duty — Government — Government alleged to have artificially inflated accommodation charges required of elderly patients in long-term care facilities to subsidize medical expenses properly the responsibility of government — Whether principles of fiduciary duty applicable to private actors apply to*

**Sa Majesté la Reine du chef de  
l'Alberta** *Appelante*

c.

**Elder Advocates of Alberta Society et  
James O. Darwish, représentant personnel  
de la succession de Johanna H. Darwish,  
décédée** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada et  
procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA c. ELDER ADVOCATES OF  
ALBERTA SOCIETY**

**2011 CSC 24**

N<sup>o</sup> du greffe : 33551.

2011 : 27 janvier; 2011 : 12 mai.

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

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

*Procédure civile — Actes de procédure — Requête en radiation — Allégation que le gouvernement a artificiellement augmenté les frais d'hébergement imposés aux pensionnaires âgés des établissements de soins de longue durée en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement — Déclaration alléguant le manquement à une obligation fiduciaire, la négligence, l'enrichissement injustifié, la mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et la violation de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les allégations contestées révèlent-elles une cause d'action?*

*Obligation fiduciaire — Gouvernement — Allégation que le gouvernement a artificiellement augmenté les frais d'hébergement imposés aux pensionnaires âgés des établissements de soins de longue durée en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement — Les principes relatifs à l'obligation*



*governments — Whether government owed fiduciary duty to patients.*

Alberta is responsible for the cost of medical care required by the residents of nursing homes and auxiliary hospitals, but patients may be asked to contribute to the costs of their housing and meals through the payment of accommodation charges. A large class of elderly residents of Alberta's long-term care facilities alleges that the government artificially inflated the accommodation charges to subsidize the cost of medical expenses. They initiated a class action alleging that the Province of Alberta and the nine Regional Health Authorities who administered and operated Alberta's health care regime at the relevant times failed to ensure that the accommodation charges were used exclusively for that purpose. They claimed that this constituted a breach of fiduciary duty, negligence, bad faith and/or unjust enrichment, and made an equality claim under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At certification, Alberta challenged the claims of fiduciary duty and negligence. The certification judge struck out the plea of breach of fiduciary duty and partially limited the duty of care alleged in negligence. The Court of Appeal upheld the entitlement of the class to pursue the causes of action.

*Held:* The appeal should be allowed in part. The pleas of breach of fiduciary duty, negligence and bad faith in the exercise of discretion are struck from the statement of claim. The claim of unjust enrichment and the s. 15(1) *Charter* claim are allowed to proceed to trial.

In cases not covered by an existing category in which a fiduciary duty has been recognized, a claimant must show that (1) the alleged fiduciary has undertaken to act in the best interests of the alleged beneficiary or beneficiaries; (2) a defined person or class of persons is vulnerable to a fiduciary's control; and (3) a legal interest or a substantial practical interest of the beneficiary or beneficiaries stands to be adversely affected by the alleged fiduciary's exercise of discretion or control. Vulnerability alone is insufficient to support a fiduciary claim.

*fiduciaire qui régissent les entités privées s'appliquent-ils aux gouvernements? — Le gouvernement a-t-il une obligation fiduciaire envers les patients?*

L'Alberta prend à sa charge les frais des soins de santé prodigués aux pensionnaires des foyers de soins infirmiers et des hôpitaux de soins prolongés, mais on peut demander aux pensionnaires de payer des frais d'hébergement pour défrayer le coût de leur logement et de leurs repas. Un groupe important de pensionnaires âgés des établissements de soins de longue durée de l'Alberta allègue que le gouvernement a artificiellement augmenté les frais d'hébergement en vue de financer les frais médicaux. Ils ont intenté un recours collectif et allégué que la province de l'Alberta et les neuf autorités régionales de la santé qui administraient le régime de soins de santé de l'Alberta et en assuraient la mise en œuvre à l'époque en cause n'ont pas veillé à ce que les frais d'hébergement soient utilisés exclusivement à cette fin. Ils ont allégué que cela constituait un manquement à une obligation fiduciaire, de la négligence, de la mauvaise foi et de l'enrichissement injustifié, et ils ont présenté une demande fondée sur le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À l'étape de l'autorisation du recours collectif, l'Alberta a contesté les allégations d'obligation fiduciaire et de négligence. La juge saisie de la demande d'autorisation du recours a radié l'allégation relative au manquement à l'obligation fiduciaire, et a partiellement limité l'application de l'obligation de diligence procédant du droit de la négligence. La Cour d'appel a confirmé le droit du groupe d'invoquer les causes d'action.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie. Les allégations de manquement à une obligation fiduciaire, de négligence et de mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sont radiées de la déclaration. L'autorisation d'instruire l'allégation d'enrichissement injustifié et la demande fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* est accordée.

Dans une situation non visée par une catégorie existante de cas dans lesquels l'existence d'une obligation fiduciaire a été reconnue, le demandeur doit démontrer (1) que le fiduciaire s'est engagé à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires; (2) qu'il existe une personne ou un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire; et (3) que l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle aura une incidence défavorable sur un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires. La vulnérabilité, à elle seule, ne suffit pas à justifier l'existence d'une obligation fiduciaire.

Since the government, as a general rule, must act in the interest of all citizens, governments will owe fiduciary duties only in limited and special circumstances. The interest affected must be a specific private law interest to which the person has a pre-existing distinct and complete legal entitlement, and the degree of control exerted by the government over the interest in question must be equivalent or analogous to direct administration of that interest. Generally speaking, a strong correspondence with one of the traditional categories of fiduciary relationship is a precondition to finding an implied fiduciary duty on the government. A general obligation to the public or sectors of the public cannot establish an undertaking to act in the alleged beneficiary's interest, and may make it difficult to show that a defined person or class of persons is vulnerable to the fiduciary's exercise of discretionary power. Nor can the requirements be satisfied simply when a public authority has been granted a discretionary power to affect a person's interest, when there is a general impact on a person's well-being, property or security, when an entitlement is contingent on future government action, or when there is a mere access to a benefit scheme. If the undertaking is alleged to flow from a statute, the language in the legislation must clearly support it.

Here, taking all the facts pleaded as true, the pleading of breach of fiduciary duty does not disclose a supportable cause of action. The claimants' state of vulnerability, as alleged in their pleadings, does not arise from their relationship with Alberta. Although their financial situation may be affected by the levy of accommodation charges, that alone is not enough to warrant a fiduciary duty. Nothing in the legislation or in the factual relationship pleaded supports an undertaking by Alberta to act with undivided loyalty toward the claimant class members in the setting, receipt and administration of the accommodation charges, and the claimants point to no analogous duty in private law. The *Alberta Health Care Insurance Act* imposes an obligation on the Province to provide medical care, but provides no direction amounting to a statutory undertaking to act in the best interests of residents of Alberta generally, or in the best interests of patients residing in long-term care facilities in particular. Nor does the statute impose any obligation on the government to take into account anyone's interests in determining the contribution that may be sought from patients. The legal or substantial practical interests that are alleged to be affected by the Crown's exercise of authority — the right to chronic care and the right to be assessed a reasonable fee for the receipt of care — are insufficient to attract a fiduciary duty. Deciding how to fund and implement insured

Puisqu'en règle générale le gouvernement doit agir dans l'intérêt de tous les citoyens, il aura des obligations fiduciaires seulement dans des circonstances retréintes et particulières. L'intérêt touché doit être un intérêt de droit privé précis sur lequel la personne exerçait déjà un droit distinct et absolu, et le niveau de contrôle exercé par le gouvernement sur l'intérêt en question doit être équivalent ou semblable à l'administration directe de cet intérêt. En règle générale, un lien étroit avec l'une des catégories habituelles de relation fiduciaire constitue une condition préalable pour conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire implicite de l'État. Une obligation générale envers le public ou des secteurs du public ne saurait établir l'existence d'un engagement d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire, et peut faire en sorte qu'il soit difficile de démontrer qu'une personne ou un groupe de personnes définies est vulnérable à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du fiduciaire. Les conditions ne peuvent pas non plus être remplies simplement lorsqu'une autorité publique a été investie du pouvoir discrétionnaire d'influer sur les intérêts d'une personne lorsqu'il y a une incidence générale sur le bien-être, les biens ou la sécurité de cette dernière, lorsqu'un droit dépend d'une mesure ultérieure de l'État, ou lorsqu'il y a seulement un accès à un régime de prestations. S'il est allégué que l'engagement découle d'une loi, le libellé de la loi doit manifestement l'appuyer.

En l'espèce, si l'on considère que tous les faits invoqués sont vrais, l'allégation de manquement à une obligation fiduciaire ne révèle pas une cause d'action justifiable. La vulnérabilité des demandeurs, telle qu'alléguée dans leurs actes de procédure, ne résulte pas de leur relation avec l'Alberta. Bien que leur situation financière puisse être touchée par l'imposition des frais d'hébergement, ce facteur, à lui seul, ne suffit pas pour justifier une obligation fiduciaire. Aucune disposition législative ni quoi que ce soit dans les rapports de fait invoqués n'étaye un engagement de l'Alberta de faire preuve, envers les membres du groupe de demandeurs, d'une loyauté exclusive pour ce qui est de la fixation, de la perception et de l'administration des frais d'hébergement, et les demandeurs ne font référence à aucune obligation analogue en droit privé. La *Alberta Health Care Insurance Act* oblige la province à fournir des soins de santé, mais ne l'oblige pas à s'engager à agir au mieux des intérêts des résidents de l'Alberta en général, ou au mieux des intérêts des pensionnaires d'un établissement de soins de longue durée en particulier. La loi n'oblige pas non plus le gouvernement à tenir compte des intérêts de quiconque lorsqu'il détermine la contribution qui peut être demandée aux pensionnaires. L'intérêt juridique ou l'intérêt pratique essentiel, qui est décrit comme étant touché par l'exercice du pouvoir de l'État — le droit à des soins de longue durée et le

health care services requires constant balancing of competing interests between all segments of the population. The Crown would be unable to meet its obligations to the public at large if it were held to a fiduciary standard of conduct for one group among many. Moreover, the Province is not responsible for the class members, who will generally still be competent to manage their own affairs, or will be beneficiaries of duties owed by their own guardians and trustees. The plea of breach of fiduciary duty should be struck from the statement of claim.

The pleadings do not support a negligence claim. While the pleadings arguably evoke negligence in auditing, supervising, monitoring and administering the funds related to the accommodation charges, the legislative scheme does not impose a duty of care on Alberta. While the Minister has a general duty, under the *Alberta Health Care Insurance Act*, to provide insured health care services, the plaintiffs have failed to point to any duty to audit, supervise, monitor or administer the funds related to the accommodation charges. Similarly, the *Nursing Homes Act* and its regulations impose no positive duty on the Crown, but grant only permissive monitoring powers. The same is true of the *Regional Health Authorities Act* and the *Hospitals Act* and their accompanying regulations. Furthermore, in the absence of a statutory duty, the fact that Alberta may have audited, supervised, monitored and generally administered the accommodation fees objected to does not create sufficient proximity to impose a *prima facie* duty of care. The specific acts alleged fall under the rubric of administration of the scheme. The mere supplying of a service is insufficient, without more, to establish a relationship of proximity between the government and the claimants.

The allegation of bad faith, as pleaded, is bootstrapped to the duty of care claim, and cannot survive on its own when the plea of negligence is struck. The facts necessary to support an allegation that the plea of bad faith discloses the tort of misfeasance in a public office cannot be extricated from the pleas of negligence and fiduciary duty, and the issue was not raised before the courts below.

It is not plain and obvious that the claim for unjust enrichment does not disclose a cause of action. The

droit d'être facturé à un prix raisonnable pour recevoir des soins — n'est pas suffisant pour faire naître une obligation fiduciaire. Les décisions quant à la façon de financer et de mettre en œuvre des services de soins de santé assurés exigent le maintien constant de l'équilibre des intérêts opposés des différentes parties de la population. L'État ne serait pas en mesure de remplir ses obligations envers l'ensemble de la population s'il était astreint à une norme de conduite de nature fiduciaire envers un seul groupe parmi tant d'autres. Qui plus est, la province n'est pas responsable des membres du groupe, qui sont généralement encore capables de gérer leurs propres affaires ou seront bénéficiaires des obligations de leurs propres tuteurs et fiduciaires. L'allégation de manquement à une obligation fiduciaire doit être radiée de la déclaration.

Les actes de procédure n'étaient pas une allégation de négligence. Bien qu'on puisse soutenir que les actes de procédure évoquent la négligence dans la vérification, la supervision, le contrôle et la gestion des fonds associés aux frais d'hébergement, le régime législatif n'impose pas une obligation de diligence à l'Alberta. La *Alberta Health Care Insurance Act* impose au ministre l'obligation générale de fournir des services de soins de santé assurés, mais les demandeurs n'ont pu établir l'existence d'une obligation de vérifier, de superviser, de contrôler ou de gérer les fonds associés aux frais d'hébergement. Dans la même veine, la *Nursing Homes Act* et ses règlements d'application n'imposent à l'État aucune obligation positive, elle ne lui confère que des pouvoirs de contrôle facultatifs. Il en va de même pour la *Regional Health Authorities Act*, la *Hospitals Act* et leurs règlements d'application. De plus, en l'absence d'une obligation d'origine législative, le fait que l'Alberta peut avoir vérifié, supervisé, contrôlé et généralement géré les frais d'hébergement contestés ne crée pas un lien de proximité suffisant pour imposer une obligation de diligence *prima facie*. Les actes allégués relèvent de l'administration du régime. La simple prestation d'un service ne suffit pas, à elle seule, pour établir une relation de proximité entre le gouvernement et les demandeurs.

L'allégation de mauvaise foi, telle qu'elle est invoquée, est liée au manquement allégué à l'obligation de diligence et doit être écartée si l'allégation de négligence est radiée. Les faits nécessaires pour étayer l'argument que l'allégation de mauvaise foi révèle l'existence du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique ne peuvent se dégager des allégations de négligence et d'obligation fiduciaire, et la question n'a pas été soulevée devant les tribunaux inférieurs.

Il n'est pas clair et évident que l'allégation d'enrichissement injustifié ne révèle aucune cause d'action.

claim stands on different legal footing than the claims for breach of fiduciary duty and negligence. While public law remedies are the proper route for claims relating to restitution of taxes levied under an *ultra vires* statute, it may be possible to sue for unjust enrichment in other circumstances. Here, the claim pleaded is not for taxes paid under an *ultra vires* statute, and it should be allowed to proceed to trial, where its propriety may be explored more fully in the context of the evidence adduced.

The claim that the imposition on the class members of an obligation to pay health care costs violates s. 15(1) of the *Charter* is not directly challenged by the Province. In light of the survival of the plea of unjust enrichment especially, the s. 15 claim should be permitted to proceed as part of the class action.

The action should not be decertified since a class proceeding remains the preferable procedure. The claim as pleaded does not require an individual assessment of the nexus between specific accommodation and meal charges in order to ground any potential liability to the class, and the *Class Proceedings Act* provides sufficient remedial flexibility to address any potential difficulties in assessing, awarding, and distributing damages.

### Cases Cited

**Distinguished:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2000), 53 O.R. (3d) 221, aff'd (2002), 58 O.R. (3d) 417, rev'd on other grounds, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 25; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; **referred to:** *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)* (2000), 183 D.L.R. (4th) 225; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Sagharian (Litigation Guardian of) v. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105; *Harris v. Canada*, 2001 FCT 1408, [2002] 2 F.C. 484; *K.L.B. v. British*

L'allégation repose sur un fondement juridique différent des allégations de manquement à l'obligation fiduciaire ou de négligence. Bien que les recours de droit public constituent la démarche à suivre pour présenter une demande de restitution de taxes perçues en vertu d'une loi *ultra vires*, il est possible d'intenter une action en enrichissement injustifié dans d'autres circonstances. En l'espèce, on ne réclame pas des taxes payées en vertu d'une loi *ultra vires*, et il faudrait permettre que la demande fasse l'objet d'un procès où son bien-fondé pourra être examiné de façon plus approfondie en fonction de la preuve présentée.

La province ne conteste pas directement l'allégation que l'obligation faite aux membres du groupe de payer les frais de soins de santé contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Compte tenu du maintien de l'allégation d'enrichissement injustifié en particulier, il faut permettre que l'allégation fondée sur l'art. 15 soit examinée dans le cadre du recours collectif.

On ne doit pas annuler le recours parce qu'un recours collectif demeure la meilleure procédure. L'allégation, telle que formulée, n'exige pas que l'on apprécie individuellement le lien entre des frais d'hébergement et de repas précis pour qu'il soit possible de conclure à une quelconque responsabilité envers le groupe dans son ensemble, et la *Class Proceedings Act* prévoit, en matière de réparation, suffisamment de souplesse pour régler tout problème éventuel dans l'appréciation, l'octroi et la répartition des dommages-intérêts.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Authorson c. Canada (Attorney General)* (2000), 53 O.R. (3d) 221, conf. par (2002), 58 O.R. (3d) 417, inf. pour d'autres motifs, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)* (2000), 183 D.L.R. (4th) 225; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Sagharian (Litigation Guardian of) c. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R.

*Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *Bennett v. British Columbia*, 2009 BCSC 1358 (CanLII); *Drady v. Canada*, 2007 CanLII 27970, aff'd 2008 ONCA 659, 300 D.L.R. (4th) 443, leave to appeal refused, [2009] 1 S.C.R. viii; *Gorecki v. Canada (Attorney General)* (2006), 208 O.A.C. 368; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Reference re Broome v. Prince Edward Island*, 2010 SCC 11, [2010] 1 S.C.R. 360; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762.

#### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. A-20, ss. 3, 4.  
*Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, ss. 2, 19(2).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15, 24(1).  
*Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5, ss. 30 to 33.  
*Constitution Act, 1982*.  
*Hospitalization Benefits Regulation*, Alta. Reg. 244/90, s. 5(1)(d).  
*Hospitals Act*, R.S.A. 2000, c. H-12, ss. 1(c), 25 to 27, 28(2), 29, 37, 38(1), 41, 43(1).  
*Nursing Homes Act*, R.S.A. 2000, c. N-7, ss. 1(a) "accommodation charge", 8, 10(2), 12, 19, 24.  
*Nursing Homes General Regulation*, Alta. Reg. 232/85, s. 4.  
*Nursing Homes Operation Amendment Regulation*, Alta. Reg. 260/2003, s. 2.  
*Nursing Homes Operation Regulation*, Alta. Reg. 258/85, ss. 3(1), 8, 9.  
*Regional Health Authorities Act*, R.S.A. 2000, c. R-10, ss. 5, 9, 13, 14, 21.  
*Royal Proclamation (1763)*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1.

(2d) 105; *Harris c. Canada*, 2001 CFPI 1408, [2002] 2 C.F. 484; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Bennett c. British Columbia*, 2009 BCSC 1358 (CanLII); *Drady c. Canada*, 2007 CanLII 27970, conf. par 2008 ONCA 659, 300 D.L.R. (4th) 443, autorisation d'appel refusée, [2009] 1 R.C.S. viii; *Gorecki c. Canada (Attorney General)* (2006), 208 O.A.C. 368; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Renvoi relatif à Broome c. Île-du-Prince-Édouard*, 2010 CSC 11, [2010] 1 R.C.S. 360; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762.

#### Lois et règlements cités

*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. A-20, art. 3, 4.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15, 24(1).  
*Class Proceedings Act*, S.A. 2003, ch. C-16.5, art. 30 à 33.  
*Hospitalization Benefits Regulation*, Alta. Reg. 244/90, art. 5(1)d).  
*Hospitals Act*, R.S.A. 2000, ch. H-12, art. 1c), 25 à 27, 28(2), 29, 37, 38(1), 41, 43(1).  
*Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, art. 2, 19(2).  
*Loi constitutionnelle de 1982*.  
*Nursing Homes Act*, R.S.A. 2000, ch. N-7, art. 1a) « accommodation charge », 8, 10(2), 12, 19, 24.  
*Nursing Homes General Regulation*, Alta. Reg. 232/85, art. 4.  
*Nursing Homes Operation Amendment Regulation*, Alta. Reg. 260/2003, art. 2.  
*Nursing Homes Operation Regulation*, Alta. Reg. 258/85, art. 3(1), 8, 9.  
*Proclamation royale (1763)*, L.R.C. 1985, app. II, n° 1.  
*Regional Health Authorities Act*, R.S.A. 2000, ch. R-10, art. 5, 9, 13, 14, 21.

**Authors Cited**

- Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2011, release 1).
- Finn, P. D. “The Fiduciary Principle”, in T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989, 1.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Berger and Rowbotham JJ.A.), 2009 ABCA 403, 16 Alta. L.R. (5th) 1, 469 A.R. 270, 315 D.L.R. (4th) 59, [2010] 2 W.W.R. 197, 203 C.R.R. (2d) 344, 79 C.P.C. (6th) 19, 70 C.C.L.T. (3d) 30, 470 W.A.C. 270, [2009] A.J. No. 1336 (QL), 2009 CarswellAlta 1986, reversing in part a decision of Greckol J., 2008 ABQB 490, 94 Alta. L.R. (4th) 10, 453 A.R. 1, [2008] 11 W.W.R. 70, 59 C.C.L.T. (3d) 23, 59 C.P.C. (6th) 243, [2008] A.J. No. 909 (QL), 2008 CarswellAlta 1104. Appeal allowed in part.

*G. Alan Meikle, Q.C., Ward K. Branch and Michael Sobkin*, for the appellant.

*Allan A. Garber and Nathan J. Whitling*, for the respondents.

*Christine Mohr*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Anthony Fraser*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — It is a sad reality of life that as people age they may become unable to care for themselves and be obliged to live in special facilities providing greater or lesser degrees of assistance and medical care. In Alberta, chronic care for the elderly is provided through nursing homes and auxiliary hospitals. In principle, the government of Alberta is responsible for the costs of residents’ medical care, but residents may be

**Doctrine citée**

- Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Toronto : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2011, release 1).
- Finn, P. D. « The Fiduciary Principle », in T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto : Carswell, 1989, 1.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Conrad, Berger et Rowbotham), 2009 ABCA 403, 16 Alta. L.R. (5th) 1, 469 A.R. 270, 315 D.L.R. (4th) 59, [2010] 2 W.W.R. 197, 203 C.R.R. (2d) 344, 79 C.P.C. (6th) 19, 70 C.C.L.T. (3d) 30, 470 W.A.C. 270, [2009] A.J. No. 1336 (QL), 2009 CarswellAlta 1986, qui a infirmé en partie une décision de la juge Greckol, 2008 ABQB 490, 94 Alta. L.R. (4th) 10, 453 A.R. 1, [2008] 11 W.W.R. 70, 59 C.C.L.T. (3d) 23, 59 C.P.C. (6th) 243, [2008] A.J. No. 909 (QL), 2008 CarswellAlta 1104. Pourvoi accueilli en partie.

*G. Alan Meikle, c.r., Ward K. Branch et Michael Sobkin*, pour l’appelante.

*Allan A. Garber et Nathan J. Whitling*, pour les intimés.

*Christine Mohr*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Anthony Fraser*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Une triste réalité sociale attend les personnes qui, lorsqu’elles avancent en âge, deviennent incapables de prendre soin d’elles-mêmes et doivent vivre dans des établissements spéciaux qui fournissent, dans une mesure plus ou moins grande, de l’aide et des soins de santé. En Alberta, des soins de longue durée sont prodigués aux personnes âgées dans des foyers de soins infirmiers et des hôpitaux de soins prolongés.

asked to contribute to the costs of their housing and meals through the payment of accommodation charges. In this case, 12,500 residents of Alberta's long-term care facilities ("LTCFs") sue as a class, alleging that the government artificially elevated the required resident contributions to subsidize medical expenses that are properly the responsibility of government.

[2] The class has filed a statement of claim in which it alleges that the government's conduct constitutes a breach of fiduciary duty, negligence, bad faith in the exercise of discretion and/or unjust enrichment. The class seeks the return of monies or damages equivalent to the amount of any overpayment of the permitted accommodation charges. It is on the basis of these allegations that the action was certified. The class also brings an equality claim under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which Alberta does not seek to have struck but argues should not proceed by way of class action.

[3] At certification, the Province of Alberta challenged the claims of fiduciary duty, negligence, and bad faith in the exercise of discretion. The certification judge struck out the plea of breach of fiduciary duty and partially limited the duty of care alleged in negligence (2008 ABQB 490, 94 Alta. L.R. (4th) 10). The Court of Appeal upheld the entitlement of the plaintiff class to pursue all three causes of action (2009 ABCA 403, 16 Alta. L.R. (5th) 1). The Crown in Right of Alberta now appeals to this Court, contending that all the claims should be struck out and the action decertified.

En principe, le gouvernement de l'Alberta prend à sa charge les frais médicaux des pensionnaires, mais on peut demander aux pensionnaires de payer des frais d'hébergement pour défrayer le coût de leur logement et de leurs repas. En l'espèce, 12 500 pensionnaires d'établissements de soins de longue durée (« ESLD ») de l'Alberta intentent un recours collectif et allèguent que le gouvernement a artificiellement augmenté la contribution des pensionnaires en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement.

[2] Le groupe a déposé une déclaration dans laquelle il allègue que, par sa conduite, le gouvernement a manqué à son obligation fiduciaire, a fait preuve de négligence et de mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou s'est enrichi de façon injustifiée. Le groupe demande le remboursement des sommes payées en sus des frais d'hébergement permis, ou des dommages-intérêts équivalant à ces sommes. L'action a été autorisée sur le fondement de ces allégations. Le groupe présente également une demande fondée sur le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'Alberta ne sollicite pas la radiation de cette dernière demande, mais prétend que le groupe n'est pas justifié de présenter cette demande dans le cadre d'un recours collectif.

[3] À l'étape de l'autorisation du recours collectif, la province de l'Alberta a contesté les allégations d'obligation fiduciaire, de négligence et de mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La juge saisie de la demande d'autorisation du recours a radié l'allégation relative au manquement à l'obligation fiduciaire, et a partiellement limité l'application de l'obligation de diligence procédant du droit de la négligence (2008 ABQB 490, 94 Alta. L.R. (4th) 10). La Cour d'appel a confirmé le droit du groupe de demandeurs d'invoquer les trois causes d'action (2009 ABCA 403, 16 Alta. L.R. (5th) 1). La Couronne du chef de l'Alberta forme maintenant un appel devant notre Cour et prétend que toutes les allégations devraient être radiées et que l'autorisation accordée devrait être annulée.

[4] This is not a decision on the merits of the action, but on whether the causes of action pleaded are supportable at law. The question is whether the pleadings, assuming the facts pleaded to be true, disclose a supportable cause of action. If it is plain and obvious that the claim cannot succeed, it should be struck out.

[5] I conclude that the pleas of fiduciary duty, negligence and bad faith in the exercise of discretion disclose no cause of action and should be struck out in their entirety, but that the claim of unjust enrichment should survive. It follows that the certification of the class is upheld, and the unjust enrichment claim may proceed to trial, together with the claim for discrimination under s. 15(1) of the *Charter*.

### I. Background

[6] Since this action is at a preliminary stage and the facts as pleaded are assumed true for our purposes, it is unnecessary to exhaustively review the factual and statutory background. Nevertheless, a brief overview is helpful to understand the context of the claims made.

[7] When this action was commenced, the Province of Alberta and nine Regional Health Authorities (“RHAs”) administered and operated Alberta’s health care regime under a number of interlocking statutes and regulations, including the *Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. A-20, the *Nursing Homes Act*, R.S.A. 2000, c. N-7, and the *Hospitals Act*, R.S.A. 2000, c. H-12. The RHAs received block funding from the Province to deliver health care services, and the RHAs were responsible for managing the provision of health services: *Regional Health Authorities Act*, R.S.A. 2000, c. R-10, s. 5. Alberta Health Services is the successor to the nine former RHAs. Although this action was brought against the RHAs as well as the Crown in Right of Alberta, the RHAs took no part in this appeal, and an action remains pending

[4] La présente décision ne tranche pas le bien-fondé de l’action mais examine le caractère justifiable en droit des causes d’action invoquées. La question est celle de savoir si les actes de procédure, à supposer que les faits invoqués soient vrais, révèlent une cause d’action défendable. S’il est évident et manifeste que la demande ne peut être accueillie, elle devrait être radiée.

[5] Je conclus que les allégations relatives à l’obligation fiduciaire, à la négligence et à la mauvaise foi dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ne révèlent aucune cause d’action et devraient être radiées en entier, mais que l’allégation d’enrichissement injustifié devrait subsister. Ainsi, l’autorisation du recours collectif est confirmée et la réclamation fondée sur l’enrichissement injustifié peut être instruite conjointement avec la demande relative à la discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*.

### I. Contexte

[6] Puisque la présente action en est à l’étape préliminaire et que, pour les besoins du présent pourvoi, les faits invoqués sont tenus pour avérés, il est inutile d’examiner exhaustivement le contexte factuel et législatif. Un bref aperçu est néanmoins opportun pour comprendre le contexte des demandes.

[7] Lorsque cette action a été intentée, la province de l’Alberta et neuf autorités régionales de la santé (« ARS ») administraient le régime de soins de santé de l’Alberta et en assuraient la mise en œuvre en application de certaines lois et règlements interdépendants, dont la *Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. A-20, la *Nursing Homes Act*, R.S.A. 2000, ch. N-7, et la *Hospitals Act*, R.S.A. 2000, ch. H-12. Les ARS recevaient de la province du financement de base afin d’assurer des services de soins de santé, et il leur incombait de gérer la prestation de services de santé : *Regional Health Authorities Act*, R.S.A. 2000, ch. R-10, art. 5. Alberta Health Services est le successeur des neuf anciennes ARS. La présente action a été intentée contre les ARS et la Couronne du chef de l’Alberta, mais les ARS n’ont pas participé au



against them. The relief sought in this Court relates only to the Crown in Right of Alberta.

[8] Under the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, a province does not qualify for contribution from the federal government for health care expenditures if the province permits user charges under its health care insurance plan, with certain exceptions. For example, user charges for “accommodation or meals provided to an in-patient who . . . requires chronic care and is more or less permanently resident in a hospital or other institution” are allowed: *Canada Health Act*, s. 19(2). As a condition of funding, chronic care must be provided as an insured hospital service: *Canada Health Act*, s. 2.

[9] In Alberta, the Province must pay for “benefits in respect of health services provided to residents [of the province]”, unless exempted by statute or regulation: *Alberta Health Care Insurance Act*, s. 4(1). Generally, persons attending hospitals in Alberta are not liable for services insured under the *Canada Health Act*. User charges are permitted for accommodation and meals: *Hospitals Act*, ss. 38(1) and 43(1).

[10] Nursing homes, or LTCFs, are regulated by the *Nursing Homes Act* and receive funding from both the Alberta government, by way of the RHAs, and the nursing home residents themselves. Nursing home operations — which are run by either private operators or the RHAs, not by the Province — may impose on residents an accommodation charge for housing and meals, not to exceed a maximum daily amount prescribed by regulation: *Nursing Homes Act*, ss. 8 and 24; *Nursing Homes Operation Regulation*, Alta. Reg. 258/85, s. 3(1). An “accommodation charge” is a “charge in respect of nursing home care payable by a resident for accommodation and meals in a nursing home

présent pourvoi et font l’objet d’une action actuellement en instance. La réparation sollicitée devant notre Cour vise uniquement la Couronne du chef de l’Alberta.

[8] Selon la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, une province n’a pas droit à la contribution du gouvernement fédéral pour des dépenses relatives aux soins de santé si elle permet l’imposition de frais modérateurs en vertu de son régime d’assurance-santé, sous réserve de certaines exceptions. Par exemple, les frais modérateurs « imposés pour l’hébergement ou les repas fournis à une personne hospitalisée qui [. . .] souffre d’une maladie chronique et séjourne de façon plus ou moins permanente à l’hôpital ou dans une autre institution » sont autorisés : *Loi canadienne sur la santé*, par. 19(2). Le financement est accordé pour les soins de longue durée s’ils sont prodigués à titre de service hospitalier assuré : *Loi canadienne sur la santé*, art. 2.

[9] En Alberta, la province doit payer pour [TRADUCTION] « les prestations à l’égard des services de soins de santé offerts aux résidents [de la province] », sauf disposition contraire d’une loi ou d’un règlement : *Alberta Health Care Insurance Act*, par. 4(1). En général, les personnes soignées dans des hôpitaux en Alberta n’ont pas à payer les services assurés en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*. Des frais modérateurs peuvent être imposés pour l’hébergement et les repas : *Hospitals Act*, par. 38(1) et 43(1).

[10] Les foyers de soins infirmiers, ou les ESLD, sont régis par la *Nursing Homes Act* et reçoivent du financement tant du gouvernement de l’Alberta, par l’intermédiaire des ARS, que des pensionnaires. Ces foyers — tenus par des exploitants privés ou les ARS et non par la province — peuvent imposer aux pensionnaires des frais d’hébergement pour le logement et les repas, sans dépasser le montant quotidien maximal prescrit par règlement : *Nursing Homes Act*, art. 8 et 24; *Nursing Homes Operation Regulation*, Alta. Reg. 258/85, par. 3(1). Les [TRADUCTION] « frais d’hébergement » s’entendent des « frais relatifs aux soins de santé imposés aux pensionnaires pour l’hébergement et les repas

or an approved [hospital that provides nursing home care]”: *Nursing Homes Act*, ss. 1(a) and 10(2). “Basic care” costs remain the fiscal responsibility of the Province: *Alberta Health Care Insurance Act*, ss. 3 and 4.

[11] Auxiliary hospitals, which also provide for the care of long-term or chronic patients, are funded and operated in the same way: *Hospitals Act*, ss. 1(c), 28(2) and 37, and Ministerial Order #1/2006. The accommodation charges paid by residents of auxiliary hospitals are governed by the *Hospitals Act*, s. 41, and the *Hospitalization Benefits Regulation*, Alta. Reg. 244/90, s. 5(1)(d).

[12] Collectively, these accommodation charges are the subject of the present action.

[13] The representative plaintiffs are James Darwish, in his capacity as the personal representative of the estate of his mother, Johanna Darwish, and the Elder Advocates of Alberta Society, a non-profit group. Mr. Darwish was his mother’s guardian and trustee when she lived in an LTCF; he is now her executor. When preparing her estate tax returns, he was advised by the local RHA that approximately two thirds of the monthly accommodation charge his mother had been paying was for a “care component”. He concluded that the remaining one third had been allotted to accommodation and meals. Mr. Darwish contends that the allocation for accommodation and meals that residents must pay is more than required, and in effect requires residents to subsidize medical care costs that are entirely the responsibility of the Province, and for which Alberta is not entitled to charge residents under the legislative scheme. Together with the Elder Advocates, he commenced an action to recover the amount of the overpayment.

[14] On August 1, 2003, Alberta’s Minister of Health and Wellness promulgated the *Nursing*

offerts dans un foyer de soins infirmiers ou dans un [hôpital approuvé qui prodigue des soins infirmiers] » : *Nursing Homes Act*, al. 1a) et par. 10(2). Les frais relatifs aux « soins de base » relèvent de la province : *Alberta Health Care Insurance Act*, art. 3 et 4.

[11] Les hôpitaux de soins prolongés, qui dispensent également des soins de longue durée aux patients qui souffrent d’une maladie chronique, sont subventionnés et gérés de la même façon : *Hospitals Act*, al. 1c), par. 28(2) et art. 37, et Ministerial Order #1/2006. Les frais d’hébergement payés par les pensionnaires des hôpitaux de soins prolongés sont régis par l’art. 41 de la *Hospitals Act* et par l’al. 5(1)d) du *Hospitalization Benefits Regulation*, Alta. Reg. 244/90.

[12] Collectivement, ces frais d’hébergement font l’objet du présent litige.

[13] Les représentants des demandeurs sont James Darwish, en sa qualité de représentant personnel de la succession de sa mère, Johanna Darwish, et la Elder Advocates of Alberta Society, un organisme à but non lucratif. M. Darwish était le tuteur et le fiduciaire de sa mère lorsqu’elle vivait dans un ESLD; il est maintenant son exécuteur. Lorsqu’il a préparé pour sa mère la déclaration d’impôt sur les biens transmis par décès, l’ARS de la région l’a informé qu’environ les deux tiers des frais d’hébergement mensuels que sa mère payait visaient une [TRADUCTION] « partie des soins ». Il a conclu que le dernier tiers avait été alloué à l’hébergement et aux repas. M. Darwish prétend que l’allocation pour l’hébergement et les repas que les pensionnaires doivent payer excède le montant prescrit et oblige les pensionnaires à financer les frais médicaux qui relèvent entièrement de la province. Il prétend également que le régime législatif n’autorise pas l’Alberta à facturer ces frais médicaux aux pensionnaires. Conjointement avec la société Elder Advocates, M. Darwish a intenté une action pour recouvrer le versement excédentaire.

[14] Le 1<sup>er</sup> août 2003, le ministre de la Santé et du Bien-être de l’Alberta a édicté l’art. 2 du *Nursing*

*Homes Operation Amendment Regulation*, Alta. Reg. 260/2003, s. 2, which raised the maximum accommodation charge payable by residents of the province's nursing homes and auxiliary hospitals. The plaintiffs' contention is that the Minister increased the permissible charge even though he was aware of a "past practice" on the part of LTCFs to apply the accommodation fees "to subsidize health care and off set care funding", and that, despite this knowledge, the Province instructed operators to charge the maximum allowable.

[15] The representative plaintiffs sought to certify a class action under the *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5, maintaining that the Crown and the RHAs have failed to ensure that the monies paid by the residents of LTCFs for "accommodation and meals" are used exclusively for that purpose. The pleadings allege that the Province is only allowed to charge for the *actual* cost of accommodation and meals, and not to use funds collected at the maximum level to subsidize basic care costs. They claim the residents of Alberta's chronic care facilities have been overcharged and seek return of the overpayment or damages.

## II. The Decisions of the Alberta Courts

[16] The class consists of about 12,500 residents who are institutionalized in LTCFs in Alberta. More than half are 85 years of age or older, and all have some form of chronic disability or incapacity. They are not capable of living on their own and require varying degrees of care, including help with feeding, toileting and other fundamental aspects of daily life.

[17] The representative plaintiffs pleaded numerous causes of action: (i) breach of fiduciary duty; (ii) breach of duty of care; (iii) breach of contract; (iv) unjust enrichment; (v) *ultra vires*

*Homes Operation Amendment Regulation*, Alta. Reg. 260/2003, lequel a augmenté le montant maximum des frais d'hébergement que doivent payer les pensionnaires des foyers de soins infirmiers et des hôpitaux de soins prolongés de la province. Les demandeurs prétendent que le ministre a augmenté les frais admissibles même s'il savait que les ESLD avaient [TRADUCTION] « pris l'habitude » d'appliquer les frais d'hébergement « pour financer les soins de santé et pour compenser le financement pour les soins » et que, malgré cela, la province a enjoint aux exploitants de facturer le montant maximal permis.

[15] Les représentants des demandeurs ont sollicité l'autorisation d'un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, ch. C-16.5, affirmant que la province et les ARS n'ont pas veillé à ce que les sommes payées par les pensionnaires des ESLD pour [TRADUCTION] « l'hébergement et les repas » soient utilisées exclusivement à cette fin. Les demandeurs allèguent que la province est uniquement autorisée à facturer le coût *réel* de l'hébergement et des repas, et non à utiliser les montants perçus au taux maximal afin de financer le coût des soins de base. Ils affirment que les pensionnaires des établissements de soins de longue durée de l'Alberta ont été facturés en trop et sollicitent le remboursement du versement excédentaire ou des dommages-intérêts.

## II. Les décisions des tribunaux de l'Alberta

[16] Le groupe est composé d'environ 12 500 pensionnaires placés dans des ESLD en Alberta. Plus de la moitié sont âgés de 85 ans ou plus, et tous sont atteints d'une quelconque forme de maladie chronique ou d'une invalidité permanente. Ils ne sont pas en mesure de vivre seuls et nécessitent différents niveaux de soins, notamment de l'aide pour se nourrir, pour aller aux toilettes et pour d'autres aspects fondamentaux de la vie quotidienne.

[17] Les représentants des demandeurs ont invoqué de nombreuses causes d'action : (i) manquement à l'obligation fiduciaire; (ii) manquement à l'obligation de diligence; (iii) rupture de contrat;

action; (vi) *ultra vires* tax; and (vii) breach of s. 15(1) of the *Charter*. “[B]ad faith in the exercise of discretion” was also pleaded. I refer throughout to the pleas contained in the plaintiffs’ Fresh Statement of Claim No. 2, issued March 1, 2010.

[18] The certification judge approved the class definition and 67 common questions (2008 ABQB 490, 94 Alta. L.R. (4th) 10). In deciding to certify those questions, Justice Greckol declined to certify others based on fiduciary duty and *ultra vires* tax, striking them from the claim as they were bound to fail. She also struck a claim for a duty of care with respect to *setting* the accommodation charges, but permitted the plea of negligence in monitoring the collection and management of accommodation charges to stand. Finding that the requirements of certification were made out, Greckol J. concluded that a class action was the preferable procedure.

[19] The Court of Appeal dismissed an appeal by the Province and permitted a cross-appeal by the representative plaintiffs (2009 ABCA 403, 16 Alta. L.R. (5th) 1). In unanimous reasons, the court reinstated the plaintiffs’ claim that Alberta owed and had breached a fiduciary duty to the class. The Province now appeals to this Court.

### III. Analysis

[20] The test for striking out pleadings is not in dispute. The question at issue is whether the disputed claims disclose a cause of action, assuming the facts pleaded to be true. If it is plain and obvious that a claim cannot succeed, then it should be struck out: see *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980.

[21] The issue we must decide on each of the disputed claims is whether this test is met and,

(iv) enrichissement injustifié; (v) mesure *ultra vires*; (vi) taxe *ultra vires*; et (vii) violation du par. 15(1) de la *Charte*. Ils ont également plaidé la [TRADUCTION] « mauvaise foi dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ». Je renvoie tout au long des présents motifs aux allégations figurant dans la deuxième nouvelle déclaration des demandeurs, déposée le 1<sup>er</sup> mars 2010.

[18] La juge saisie de la demande d’autorisation du recours collectif a approuvé la définition du groupe ainsi que 67 questions communes (2008 ABQB 490, 94 Alta. L.R. (4th) 10). Lorsqu’elle a décidé d’autoriser ces questions, la juge Greckol a refusé d’autoriser celles fondées sur l’obligation fiduciaire et sur la taxe *ultra vires*, les radiant de la demande parce que vouées à l’échec. Elle a également radié l’allégation d’obligation de diligence à l’égard de la *fixation* des frais d’hébergement, mais a autorisé l’allégation de négligence dans le contrôle de la perception et de la gestion des frais d’hébergement. En statuant que les demandeurs avaient respecté les exigences de l’autorisation, la juge Greckol a conclu qu’un recours collectif était la procédure qui convenait le mieux.

[19] La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par la province et a accueilli un appel incident des représentants des demandeurs (2009 ABCA 403, 16 Alta. L.R. (5th) 1). À l’unanimité, la cour a rétabli l’allégation des demandeurs selon laquelle l’Alberta avait, envers le groupe, une obligation fiduciaire et ne l’a pas respectée. La province se pourvoit maintenant en appel devant notre Cour.

### III. Analyse

[20] Le critère applicable à la radiation des actes de procédure n’est pas en litige. La question en litige est celle de savoir si les allégations contestées révèlent une cause d’action, à supposer que les faits invoqués soient vrais. S’il est manifeste et évident qu’une demande ne peut être accueillie, elle devrait être radiée : voir *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980.

[21] La question que nous devons trancher relativement à chaque allégation contestée est celle de

separately, whether the class action should be decertified.

A. *The Claim for Breach of Fiduciary Duty*

[22] The question is whether the pleading of breach of fiduciary duty discloses a supportable cause of action, taking all the facts pleaded as true: *Hollick*, at para. 25; *Hunt*, at p. 991. Fiduciary duty is a doctrine originating in trust. It requires that one party, the fiduciary, act with absolute loyalty toward another party, the beneficiary or *cestui que trust*, in managing the latter's affairs.

[23] The plaintiff class argues that the categories of fiduciary duty are not closed and that basic principle supports their claim. The representative plaintiffs contend that they have pleaded sufficient facts to make it at least arguable that such a duty is owed to the vulnerable members of the class. In their view, fiduciary duty is a flexible principle aimed at protecting the vulnerable from abuses of power and should not be burdened by high hurdles or confined to limited categories.

[24] Alberta, by contrast, argues that it does not owe the plaintiff class a fiduciary duty on the facts pleaded. In its view, the doctrine that permits imposition of a fiduciary duty on a government is narrowly confined, and does not extend to a claim such as this. Together with the intervening Attorneys General of Canada and British Columbia, Alberta asks the Court to clarify the approach to identifying fiduciary duties owed by the government to its citizens and to hold that no duty lies in the circumstances before us.

[25] This case thus raises the question of when governments, as opposed to individuals, may be bound by a fiduciary duty. Fiduciary duty originated as a private law doctrine. In the past, state

savoir si ce critère est respecté, puis s'il y a lieu d'annuler le recours collectif.

A. *L'allégation de manquement à une obligation fiduciaire*

[22] La question est celle de savoir si l'allégation de manquement à une obligation fiduciaire révèle une cause d'action justifiable, si l'on considère que tous les faits invoqués sont vrais : *Hollick*, par. 25; *Hunt*, p. 991. L'obligation fiduciaire est une notion issue du droit des fiducies. Elle exige qu'une partie, le fiduciaire, fasse preuve de loyauté absolue envers une autre partie, le bénéficiaire ou le *cestui que trust*, dans la gestion des affaires de ce dernier.

[23] Le groupe de demandeurs prétend que les catégories d'obligations fiduciaires ne sont pas exhaustives et que ce principe fondamental appuie leur demande. Les représentants des demandeurs prétendent qu'ils ont invoqué suffisamment de faits pour faire valoir à tout le moins que l'obligation en question existe envers les membres vulnérables du groupe. À leur avis, l'obligation fiduciaire est un principe souple conçu pour la protection des personnes vulnérables contre l'abus de pouvoir et ne devrait pas présenter des obstacles insurmontables ni se confiner à des catégories limitées.

[24] À l'opposé, l'Alberta fait valoir qu'au vu des faits invoqués, elle n'a pas d'obligation fiduciaire envers le groupe de demandeurs. Selon elle, la doctrine qui permet l'imposition d'une obligation fiduciaire au gouvernement est étroitement circonscrite et ne s'applique pas à une demande comme celle visée en l'espèce. Conjointement avec les intervenants, le procureur général du Canada et le procureur général de la Colombie-Britannique, l'Alberta prie notre Cour de préciser la démarche permettant de reconnaître l'existence d'obligations fiduciaires du gouvernement envers ses citoyens et de conclure que le gouvernement n'a aucune obligation dans les circonstances de l'espèce.

[25] Cette affaire soulève ainsi la question de savoir à quel moment les gouvernements, par opposition aux personnes physiques, peuvent être liés par une obligation fiduciaire. L'obligation fiduciaire est

actors have been held to be under a fiduciary duty in limited circumstances, namely, in discharging the Crown's special responsibilities towards Aboriginal peoples and where the Crown is acting in a private capacity, as in its role as the public guardian and trustee. This claim does not fall within either of these situations.

[26] In my view, the same broad principles apply to private actors and governments, though they may play out differently where the alleged fiduciary is a public authority. I will therefore proceed by examining the requirements of imposing fiduciary duty generally, and then turn to examine how those requirements apply in the governmental context.

(1) The General Requirements for Imposition of a Fiduciary Duty

[27] The plaintiff class argues that, in addition to traditionally recognized categories like trustee or solicitor-client relationships, a fiduciary duty more broadly may arise whenever one person exercises power over another “vulnerable” person. They rely on *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, where Wilson J., in dissenting reasons later adopted and applied in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, outlined the hallmarks of a fiduciary duty:

Relationships in which a fiduciary obligation has been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. [p. 136]

issue d'une doctrine de droit privé. Dans le passé, on a conclu à l'existence d'une obligation fiduciaire des représentants de l'État dans des circonstances restreintes, à savoir lorsqu'ils s'acquittent des responsabilités particulières de l'État envers les peuples autochtones et lorsque l'État agit en son nom personnel, comme dans son rôle de tuteur et de curateur public. La présente allégation ne fait pas partie de l'une ou l'autre de ces situations.

[26] À mon avis, les mêmes principes généraux s'appliquent aux entités privées et aux gouvernements, bien qu'ils puissent produire des effets différents lorsque la partie que l'on dit être le fiduciaire est une autorité publique. Par conséquent, je procéderai à l'examen des conditions nécessaires à l'imposition d'une obligation fiduciaire en général, et j'examinerai ensuite comment ces conditions s'appliquent dans le contexte gouvernemental.

(1) Les conditions générales d'une obligation fiduciaire

[27] Le groupe de demandeurs prétend que, en plus des catégories traditionnellement reconnues, comme la relation fiduciaire ou la relation avocat-client, une obligation fiduciaire peut, en général, naître lorsqu'une personne exerce un pouvoir sur une autre personne « vulnérable ». Il s'appuie sur l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, où la juge Wilson, dont les motifs dissidents ont plus tard été adoptés et appliqués dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, a énoncé les caractéristiques d'une obligation fiduciaire :

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales :

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. [p. 136]

[28] It is now clear that vulnerability alone is insufficient to support a fiduciary claim. As Cromwell J. explained in *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 67:

An important focus of fiduciary law is the protection of one party against abuse of power by another in certain types of relationships or in particular circumstances. However, to assert that the protection of the vulnerable is the role of fiduciary law puts the matter too broadly. The law seeks to protect the vulnerable in many contexts and through many different doctrines.

Cromwell J. concluded, at para. 68, that

while vulnerability in the broad sense resulting from factors external to the relationship is a relevant consideration, a more important one is the extent to which vulnerability arises from the relationship: *Hodgkinson*, at p. 406. [Emphasis added.]

[29] As useful as the three “hallmarks” referred to in *Frame* are in explaining the source fiduciary duties, they are not a complete code for identifying fiduciary duties. It is now clear from the foundational principles outlined in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, and *Galambos*, that the elements outlined in the paragraphs that follow are those which identify the existence of a fiduciary duty in cases not covered by an existing category in which fiduciary duties have been recognized.

[30] First, the evidence must show that the alleged fiduciary gave an undertaking of responsibility to act in the best interests of a beneficiary: *Galambos*, at paras. 66, 71 and 77-78, and *Hodgkinson*, per La Forest J., at pp. 409-10. As Cromwell J. wrote in *Galambos*, at para. 75, “what is required in all cases is an undertaking by the fiduciary, express or implied, to act in accordance with the duty of loyalty reposed on him or her.”

[31] The existence and character of the undertaking is informed by the norms relating to

[28] Il est désormais clair que la vulnérabilité, à elle seule, ne suffit pas à justifier l’existence d’une obligation fiduciaire. Le juge Cromwell a donné l’explication qui suit au par. 67 de l’arrêt *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247 :

Le droit des fiducies se préoccupe notamment de la protection d’une partie contre l’exercice abusif du pouvoir par une autre partie dans certains types de relations ou dans des circonstances particulières. Toutefois, on donne une portée trop large au droit des fiducies si on affirme qu’il vise à protéger la partie ou les personnes vulnérables. Le droit vise à protéger les personnes vulnérables dans divers contextes et grâce à différentes doctrines.

Le juge Cromwell a conclu ce qui suit au par. 68 :

. . . bien que la vulnérabilité au sens large découlant de facteurs étrangers à la relation soit une considération pertinente, il importe avant tout de savoir dans quelle mesure elle résulte de la relation : *Hodgkinson*, p. 406. [Je souligne.]

[29] Si utiles que puissent être les trois « caractéristiques » mentionnées dans l’arrêt *Frame* pour expliquer la source des obligations fiduciaires, elles ne constituent pas un code complet permettant de reconnaître les obligations fiduciaires. Il ressort maintenant clairement des principes fondamentaux énoncés dans les arrêts *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, et *Galambos*, que les éléments indiqués dans les paragraphes qui suivent sont ceux qui permettent de reconnaître l’existence d’une obligation fiduciaire dans les cas non visés par une catégorie existante de cas dans lesquels l’existence d’une obligation fiduciaire a été reconnue.

[30] D’abord, la preuve doit démontrer que le fiduciaire s’est engagé délibérément à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire : *Galambos*, par. 66, 71 et 77-78, et *Hodgkinson*, le juge La Forest, p. 409-410. Comme le juge Cromwell l’a écrit dans *Galambos*, au par. 75 : « . . . il faut, dans tous les cas, un engagement du fiduciaire, exprès ou implicite, d’agir dans le respect du devoir de loyauté qui lui incombe. »

[31] L’existence et la nature de l’engagement reposit sur les normes relatives au rapport particulier :

the particular relationship: *Galambos*, at para. 77. The party asserting the duty must be able to point to a forsaking by the alleged fiduciary of the interests of all others in favour of those of the beneficiary, in relation to the specific legal interest at stake.

[32] The undertaking may be found in the relationship between the parties, in an imposition of responsibility by statute, or under an express agreement to act as trustee of the beneficiary's interests. As stated in *Galambos*, at para. 77:

The fiduciary's undertaking may be the result of the exercise of statutory powers, the express or implied terms of an agreement or, perhaps, simply an undertaking to act in this way. In cases of *per se* fiduciary relationships, this undertaking will be found in the nature of the category of relationship in issue. The critical point is that in both *per se* and *ad hoc* fiduciary relationships, there will be some undertaking on the part of the fiduciary to act with loyalty. [Emphasis added.]

[33] Second, the duty must be owed to a defined person or class of persons who must be vulnerable to the fiduciary in the sense that the fiduciary has a discretionary power over them. Fiduciary duties do not exist at large; they are confined to specific relationships between particular parties. *Per se*, historically recognized, fiduciary relationships exist as a matter of course within the traditional categories of trustee-*cestui que trust*, executor-beneficiary, solicitor-client, agent-principal, director-corporation, and guardian-ward or parent-child. By contrast, *ad hoc* fiduciary relationships must be established on a case-by-case basis.

[34] Finally, to establish a fiduciary duty, the claimant must show that the alleged fiduciary's power may affect the legal or substantial practical interests of the beneficiary: *Frame*, per Wilson J., at p. 142.

[35] In the traditional categories of fiduciary relationship, the nature of the relationship itself defines the interest at stake. However, a party

*Galambos*, par. 77. La partie invoquant l'obligation doit pouvoir démontrer que, relativement à l'intérêt juridique particulier en jeu, le fiduciaire a renoncé aux intérêts de toutes les autres parties en faveur de ceux du bénéficiaire.

[32] L'engagement peut découler de la relation entre les parties, d'une responsabilité imposée par une loi, ou d'une entente expresse que le fiduciaire agira en tant que fiduciaire des intérêts du bénéficiaire. Suivant l'arrêt *Galambos* au par. 77 :

L'engagement du fiduciaire peut résulter de l'exercice de pouvoirs conférés par la loi, des conditions — expresses ou implicites — d'une entente, ou, peut-être, simplement de l'engagement d'agir ainsi. Lorsque la relation est en soi fiduciaire, cet engagement sera fonction de la nature de la catégorie à laquelle la relation en question appartient. Le point central demeure qu'il y aura, tant dans les relations fiduciaires en soi que dans les relations fiduciaires *ad hoc*, un engagement du fiduciaire d'agir loyalement. [Je souligne.]

[33] Ensuite, l'obligation doit exister envers une personne ou un groupe de personnes définies, qui doivent être vulnérables par rapport au fiduciaire en ce sens que ce dernier exerce un pouvoir discrétionnaire sur eux. Les obligations fiduciaires n'existent pas en général; elles sont limitées à des relations précises entre des parties précises. En soi, les relations fiduciaires, historiquement reconnues, existent systématiquement dans les catégories de relations habituelles, comme celles entre le fiduciaire et le *cestui que trust*, l'exécuteur et le bénéficiaire, l'avocat et son client, le mandataire et le mandant, l'administrateur et la société, ainsi que le tuteur et le pupille ou le parent et l'enfant. À l'opposé, les relations fiduciaires *ad hoc* doivent être établies selon les circonstances de chaque cas.

[34] Enfin, pour établir l'existence d'une obligation fiduciaire, le demandeur doit démontrer que le pouvoir du fiduciaire peut avoir un effet sur les intérêts juridiques du bénéficiaire ou sur ses intérêts pratiques essentiels : *Frame*, la juge Wilson, p. 142.

[35] Dans les catégories habituelles de relation fiduciaire, la nature de la relation même définit l'intérêt en jeu. Toutefois, la partie cherchant à



seeking to establish an *ad hoc* duty must be able to point to an identifiable legal or vital practical interest that is at stake. The most obvious example is an interest in property, although other interests recognized by law may also be protected.

[36] In summary, for an *ad hoc* fiduciary duty to arise, the claimant must show, in addition to the vulnerability arising from the relationship as described by Wilson J. in *Frame*: (1) an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interests of the alleged beneficiary or beneficiaries; (2) a defined person or class of persons vulnerable to a fiduciary's control (the beneficiary or beneficiaries); and (3) a legal or substantial practical interest of the beneficiary or beneficiaries that stands to be adversely affected by the alleged fiduciary's exercise of discretion or control.

## (2) Fiduciary Duties in the Governmental Context

[37] The general principles discussed above apply not only to relationships between private actors, but also to cases where it is alleged that the government owes a fiduciary duty to an individual or class of individuals. However, the special characteristics of governmental responsibilities and functions mean that governments will owe fiduciary duties only in limited and special circumstances. As Dickson J., as he then was, wrote for the majority in *Guerin*, at p. 385:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. [Emphasis added.]

établir une obligation *ad hoc* doit être en mesure d'indiquer qu'un intérêt juridique ou un intérêt pratique essentiel identifiable est en jeu. L'exemple le plus évident est celui de l'intérêt à l'égard des biens, bien que d'autres intérêts reconnus par la loi puissent également être protégés.

[36] En bref, pour prouver l'existence d'une obligation fiduciaire *ad hoc*, le demandeur doit démontrer, en plus de la vulnérabilité découlant du rapport décrit par la juge Wilson dans l'arrêt *Frame* : (1) un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires; (2) l'existence d'une personne ou d'un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire (le bénéficiaire ou les bénéficiaires); et (3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires sur lequel l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable.

## (2) Les obligations fiduciaires dans le contexte gouvernemental

[37] Les principes généraux précédemment analysés s'appliquent non seulement aux relations entre des particuliers, mais aussi dans les cas où il est allégué que le gouvernement a une obligation fiduciaire envers une personne ou un groupe de personnes. Or, les caractéristiques précises des responsabilités et des fonctions du gouvernement signifient que le gouvernement aura des obligations fiduciaires seulement dans des circonstances restreintes et particulières. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a écrit au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Guerin*, à la p. 385 :

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'accomplissement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les « fiducies politiques », on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. [Je souligne.]

[38] Binnie J., for the Court, made the same point in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at para. 96: “The Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting”. *Guerin* exceptionally recognized that the Crown was under a fiduciary duty in the management of Indian lands for their benefit. But the Court there noted, at p. 385, that the fiduciary duty owed to the Aboriginal peoples of Canada is unique and grounded in analogy to private law:

The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians’ behalf does not of itself remove the Crown’s obligation from the scope of the fiduciary principle. As was pointed out earlier, the Indians’ interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown’s obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary. [Emphasis added.]

Noting the unique nature of the fiduciary duty owed by the Crown in the Aboriginal context, courts have suggested that this duty must be distinguished from other relationships: *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)* (2000), 183 D.L.R. (4th) 225 (Nfld. C.A.), at paras. 66-67.

[39] In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, the Court confirmed that the fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal peoples with respect to their lands is *sui generis*, at p. 1108:

The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather

[38] Au nom de la Cour, le juge Binnie a réitéré ce principe dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, au par. 96 : « La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés ». L’arrêt *Guerin* a exceptionnellement reconnu une obligation fiduciaire de Sa Majesté lorsqu’elle gère les terres des Indiens pour leur bénéfice. Or, dans cette affaire, la Cour a indiqué à la p. 385 que l’obligation fiduciaire envers les peuples autochtones du Canada est unique et fondée par analogie sur le droit privé :

Cependant, ce n’est pas parce que c’est à Sa Majesté qu’incombe l’obligation d’agir pour le compte des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l’avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L’obligation qu’a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n’est donc pas une obligation de droit public. Bien qu’il ne s’agisse pas non plus d’une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d’une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire. [Je souligne.]

Soulignant la nature unique de l’obligation fiduciaire de Sa Majesté dans le contexte autochtone, les tribunaux ont indiqué qu’il faut établir une distinction entre cette obligation et d’autres rapports : *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)* (2000), 183 D.L.R. (4th) 225 (C.A.T.-N.), par. 66-67.

[39] Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour a confirmé que l’obligation fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones à l’égard de leurs terres est *sui generis*, à la p. 1108 :

La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l’arrêt *Guerin*, conjugué avec l’arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d’interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d’agir en qualité de fiduciaire à l’égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les Autochtones sont de nature

than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

Similarly, in *Wewaykum*, Binnie J. suggested that the fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal peoples is not restricted to instances where the facts raise “considerations ‘in the nature of a private law duty’” (para. 74).

[40] The unique and historic nature of Crown-Aboriginal relations described in these cases negates the plaintiff class’ assertion that they serve as a template for the duty of the government to citizens in other contexts. The same applies to the only other situation where a Crown fiduciary duty has been recognized — such as where the Crown acts as the public guardian and trustee.

[41] The special nature of the governmental context impacts on the requirements of a fiduciary relationship just discussed.

[42] First, the requirement of an undertaking to act in the alleged beneficiary’s interest will typically be lacking where what is at issue is the exercise of a government power or discretion.

[43] The duty is one of utmost loyalty to the beneficiary. As Finn states, the fiduciary principle’s function “is not to mediate between interests. It is to secure the paramountcy of *one side’s* interests . . . . The beneficiary’s interests are to be protected. This is achieved through a regime designed to secure loyal service of those interests” (P. D. Finn, “The Fiduciary Principle”, in T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), 1, at p. 27 (underlining added); see also *Hodgkinson*, at p. 468, *per Sopinka J. and McLachlin J.* (as she then was), dissenting).

[44] Compelling a fiduciary to put the best interests of the beneficiary before their own is

fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

De même, dans *Wewaykum*, le juge Binnie a indiqué que l’obligation fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones n’est pas restreinte aux cas où les faits soulèvent des « considérations participant “de la nature d’une obligation de droit privé” » (par. 74).

[40] La nature unique et historique des relations entre Sa Majesté et les peuples autochtones décrites dans ces arrêts annule la prétention du groupe de demandeurs selon laquelle elles servent de modèle quant à l’obligation du gouvernement envers ses citoyens dans d’autres contextes. Il en est de même à l’égard de la seule autre situation où une obligation fiduciaire de l’État a été reconnue — soit lorsque celui-ci agit en qualité de tuteur et de curateur public.

[41] La nature particulière du contexte gouvernemental a une incidence sur les conditions d’une relation fiduciaire dont on vient de discuter.

[42] D’abord, la condition selon laquelle le fiduciaire doit s’engager à agir dans l’intérêt du bénéficiaire sera généralement absente si l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire du gouvernement est en cause.

[43] L’obligation est une obligation de loyauté absolue envers le bénéficiaire. Comme l’indique Finn, le principe fiduciaire [TRADUCTION] « n’a pas pour fonction de concilier les intérêts. Il doit garantir la suprématie des intérêts de *l’une* des parties [. . .] Les intérêts du bénéficiaire doivent être protégés. Pour ce faire, il faut appliquer un régime conçu pour garantir que ces intérêts seront servis avec loyauté » (P. D. Finn, « The Fiduciary Principle », dans T. G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), 1, p. 27 (je souligne); voir également l’arrêt *Hodgkinson*, p. 468, les juges Sopinka et McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidents).

[44] Obliger un fiduciaire à faire passer les intérêts du bénéficiaire avant les siens est donc

thus essential to the relationship. Imposing such a burden on the Crown is inherently at odds with its duty to act in the best interests of society as a whole, and its obligation to spread limited resources among competing groups with equally valid claims to its assistance: *Sagharian (Litigation Guardian of) v. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105, at paras. 47-49. The circumstances in which this will occur are few. The Crown's broad responsibility to act in the public interest means that situations where it is shown to owe a duty of loyalty to a particular person or group will be rare: see *Harris v. Canada*, 2001 FCT 1408, [2002] 2 F.C. 484, at para. 178.

[45] If the undertaking is alleged to flow from a statute, the language in the legislation must clearly support it: *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at para. 40; *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2000), 53 O.R. (3d) 221 (S.C.J.), at para. 28, aff'd (2002), 58 O.R. (3d) 417 (C.A.), at para. 73, rev'd on other grounds, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40. The mere grant to a public authority of discretionary power to affect a person's interest does not suffice. A thorough examination of the provisions in issue is mandatory: *Guerin* addressed the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1) (which confirms the Crown's duty to manage Indian lands for their use and benefit); *Authorson* dealt with the *Pension Act*, R.S.C. 1970, c. P-7, the *War Veterans Allowance Act*, R.S.C. 1985, c. W-3, s. 15(2), and the *Pension Act*, R.S.C. 1927, c. 157 (which set out the obligation of the government to hold and administer funds on behalf and for the benefit of incapable veterans and their dependants); and *K.L.B.* found that the language in the *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, c. 303, did not encompass the duty asserted.

[46] If the alleged undertaking arises by implication from the relationship between the parties, the content of the obligation owed by the government will vary depending on the nature

essentiel à la relation. Imposer un tel fardeau à l'État va naturellement à l'encontre de son obligation d'agir au mieux des intérêts de la société dans son ensemble et de répartir les ressources limitées entre les groupes opposés dont les demandes d'aide sont tout aussi valables : *Sagharian (Litigation Guardian of) c. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105, par. 47-49. Cela ne se produira que dans de rares circonstances. Vu la responsabilité générale de l'État d'agir dans l'intérêt public, son obligation de loyauté envers une personne ou un groupe en particulier ne sera démontrée que dans de rares cas : voir *Harris c. Canada*, 2001 CFPI 1408, [2002] 2 C.F. 484, par. 178.

[45] S'il est allégué que l'engagement découle d'une loi, le libellé de la loi doit manifester l'appuyer : *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 40; *Authorson c. Canada (Attorney General)* (2000), 53 O.R. (3d) 221 (C.S.J.), par. 28, conf. (2002), 58 O.R. (3d) 417 (C.A.), par. 73, inf. pour d'autres motifs, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40. Il ne suffit pas simplement de conférer à une autorité publique un pouvoir discrétionnaire ayant une incidence sur les intérêts d'une personne. Un examen minutieux des dispositions en litige est nécessaire : dans *Guerin*, les cours ont analysé le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149 (lequel confirme l'obligation de Sa Majesté de gérer les terres indiennes à l'usage et au profit des Indiens); dans *Authorson*, les cours ont examiné la *Loi sur les pensions*, L.R.C. 1970, ch. P-7, le par. 15(2) de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. W-3, et la *Loi des pensions*, L.R.C. 1927, ch. 157 (laquelle énonce l'obligation du gouvernement de détenir et de gérer les fonds au nom et dans l'intérêt des anciens combattants inaptes et de leurs personnes à charge); et dans l'arrêt *K.L.B.*, la Cour a conclu que la *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 303, ne prévoyait pas l'obligation invoquée.

[46] Si l'engagement allégué découle, par déduction, de la relation entre les parties, le contenu de l'obligation de l'État variera en fonction de la nature de la relation et devrait être fixé en

of the relationship, and should be determined by focussing on analogous cases: *K.L.B.*, at para. 41.

[47] Generally speaking, a strong correspondence with one of the traditional categories of fiduciary relationship — trustee-*cestui que trust*, executor-beneficiary, solicitor-client, agent-principal, director-corporation, and guardian-ward or parent-child — is a precondition to finding an implied fiduciary duty on the government.

[48] In sum, while it is not impossible to meet the requirement of an undertaking by a government actor, it will be rare. The necessary undertaking is met with respect to Aboriginal peoples by clear government commitments from the *Royal Proclamation of 1763* (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1) to the *Constitution Act, 1982* and considerations akin to those found in the private sphere. It may also be met where the relationship is akin to one where a fiduciary duty has been recognized on private actors. But a general obligation to the public or sectors of the public cannot meet the requirement of an undertaking.

[49] For similar reasons, where the alleged fiduciary is the government, it may be difficult to establish the second requirement of a defined person or class of persons vulnerable to the fiduciary's exercise of discretionary power. The government, as a general rule, must act in the interest of all citizens: *Bennett v. British Columbia*, 2009 BCSC 1358 (CanLII), at paras. 61 and 71; and *Drady v. Canada*, 2007 CanLII 27970 (Ont. S.C.J.), at para. 28, aff'd 2008 ONCA 659, 300 D.L.R. (4th) 443, leave to appeal refused, [2009] 1 S.C.R. viii. It is entitled to make distinctions between different groups in the imposition of burdens or provision of benefits, subject to s. 15 of the *Charter*, which forbids discrimination. As stated in *Galambos*, the claimant must point to a deliberate forsaking of the interests of all others in favour of himself or his class. In the Aboriginal context, an exclusive duty in relation to Aboriginal lands is established by the special Crown responsibilities owed to this sector

nous intéressant à des cas analogues : *K.L.B.*, par. 41.

[47] En règle générale, un lien étroit avec l'une des catégories habituelles de relation fiduciaire — entre le fiduciaire et le *cestui que trust*, l'exécuteur et le bénéficiaire, l'avocat et son client, le mandataire et le mandant, l'administrateur et la société, le tuteur et le pupille ou le parent et l'enfant — constitue une condition préalable pour pouvoir conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire implicite de l'État.

[48] En somme, bien qu'il ne soit pas impossible pour un représentant de l'État de remplir les conditions d'un engagement qu'il a pris, ce sera rarement le cas. Ces conditions sont remplies à l'égard des peuples autochtones compte tenu des obligations que la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1) et la *Loi constitutionnelle de 1982* imposent au gouvernement et des facteurs semblables à ceux que l'on trouve dans le secteur privé. Elles peuvent également l'être lorsque la relation est semblable à l'une de celles où l'obligation fiduciaire a été reconnue à l'égard des entités privées. Mais une obligation générale envers le public ou des secteurs du public ne peut remplir les conditions d'un engagement.

[49] Pour les mêmes raisons, lorsque le prétendu fiduciaire est l'État, il pourrait être difficile d'établir la deuxième condition, celle relative à la personne ou au groupe de personnes définies qui sont vulnérables par rapport à l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire. En règle générale, le gouvernement doit agir dans l'intérêt de tous les citoyens : *Bennett c. British Columbia*, 2009 BCSC 1358 (CanLII), par. 61 et 71; et *Drady c. Canada*, 2007 CanLII 27970 (C.S.J. Ont.), par. 28, conf. 2008 ONCA 659, 300 D.L.R. (4th) 443, autorisation d'appel refusée, [2009] 1 R.C.S. viii. Il a le droit d'établir des distinctions entre différents groupes lorsqu'il impose un fardeau ou offre des prestations, sous réserve de l'art. 15 de la *Charte*, lequel interdit la discrimination. Comme l'indique l'arrêt *Galambos*, le demandeur doit démontrer que le fiduciaire a renoncé délibérément aux intérêts de toutes les autres parties en sa faveur ou en faveur de son groupe. Dans le contexte autochtone, une

of the population and none other. Similarly, where the government duty is in effect a private duty being carried out by government, this requirement may be established. Outside such cases, a specific class of persons to whom the government owes an exclusive duty of loyalty is difficult to posit.

[50] No fiduciary duty is owed to the public as a whole, and generally an individual determination is required to establish that the fiduciary duty is owed to a particular person or group. A fiduciary duty can exist toward a class — for example, adults in need of a guardian or trustee, or children in need of a guardian — but for a declaration that an individual is owed a duty, a person must bring himself within the class on the basis of his unique situation. Group duties have not often been found; thus far, only the Crown's duty toward Aboriginal peoples in respect of lands held in trust for them has been recognized on a collective basis.

[51] Finally, it may be difficult to establish the requirement that the government power attacked affects a legal or significant practical interest, where the alleged fiduciary is the government. It is not enough that the alleged fiduciary's acts impact generally on a person's well-being, property or security. The interest affected must be a specific *private law* interest to which the person has a pre-existing distinct and complete legal entitlement. Examples of sufficient interests include property rights, interests akin to property rights, and the type of fundamental human or personal interest that is implicated when the state assumes guardianship of a child or incompetent person. The entitlement must not be contingent on future government action. For example, in *Authorson*, the right to the funds had already fully vested in the veterans' hands *before* the Crown took on the responsibility for administration: *Authorson* (C.A.), at paras. 60, 73(b)

obligation exclusive relativement aux terres indiennes est établie par les responsabilités particulières de Sa Majesté envers cette partie de la population et aucune autre. De même, lorsque l'obligation de l'État est effectivement une obligation privée dont il s'acquitte, cette condition peut être établie. Sauf dans ces cas, il est difficile de démontrer l'existence d'un groupe de personnes précis envers qui le gouvernement a une obligation de loyauté exclusive.

[50] Il n'existe aucune obligation fiduciaire envers le public dans son ensemble et, généralement, il faut examiner chaque cas séparément pour établir l'existence d'une obligation fiduciaire envers une personne ou un groupe en particulier. Une obligation fiduciaire peut exister envers un groupe — par exemple, les adultes qui ont besoin d'un tuteur ou d'un curateur, ou les enfants qui ont besoin d'un tuteur — mais pour que l'on puisse reconnaître l'existence d'une obligation envers une personne, celle-ci doit établir son appartenance au groupe en raison de sa situation unique. On n'a pas souvent conclu à l'existence d'obligations envers des groupes; jusqu'à maintenant, la seule obligation reconnue collectivement est celle de Sa Majesté envers les peuples autochtones à l'égard des terres détenues en fiducie pour eux.

[51] Enfin, lorsque l'on affirme que le gouvernement est le fiduciaire, il peut être difficile d'établir la condition selon laquelle le pouvoir contesté du gouvernement a une incidence sur un intérêt juridique ou un intérêt pratique important. Il ne suffit pas que les mesures qu'aurait prises le fiduciaire aient une incidence d'un caractère général sur le bien-être, les biens ou la sécurité d'une personne. L'intérêt touché doit être un intérêt de *droit privé* précis sur lequel la personne exerçait déjà un droit distinct et absolu. À titre d'exemples de tels intérêts, mentionnons les droits de propriété, les intérêts analogues aux droits de propriété et les intérêts humains fondamentaux ou personnels du genre de ceux qui entrent en jeu lorsque l'État assume la tutelle d'un enfant ou d'une personne incapable. Le droit ne doit pas dépendre d'une mesure ultérieure de l'État. Par exemple, dans *Authorson*, le droit aux fonds avait entièrement été dévolu aux

and 73(h); in the Aboriginal context, see *Guerin*, at p. 385. In other circumstances, a statute that creates a complete legal entitlement might also give rise to a fiduciary duty on the part of government in relation to administering the interest.

[52] Access to a benefit scheme without more will not constitute an interest capable of attracting a fiduciary duty. Although the receipt of a statutory benefit may affect a person's financial welfare, absent evidence that the legislature intended otherwise, the entitlement is a creation of public law and is subject to the government's public law obligations in the administration of the scheme.

[53] Moreover, the degree of control exerted by the government over the interest in question must be equivalent or analogous to direct administration of that interest before a fiduciary relationship can be said to arise. The type of legal control over an interest that arises from the ordinary exercise of statutory powers does not suffice. Otherwise, fiduciary obligations would arise in most day to day government functions making general action for the public good difficult or almost impossible.

[54] It thus emerges that a rigorous application of the general requirements for fiduciary duty will of necessity limit the range of cases in which a fiduciary duty on the government is found. Claims against the government that fail to satisfy the legal requirements of a fiduciary duty should not be allowed to proceed in the speculative hope that they may ultimately succeed. The truism that the categories of fiduciary duty are not closed (as Dickson J. noted in *Guerin*, at p. 384) does not justify allowing hopeless claims to proceed to trial: see M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (loose-leaf), at pp. 19-3 and 19-24.10. Plaintiffs suing for breach of fiduciary duty must be prepared to have

anciens combattants *avant* que Sa Majesté n'assume la responsabilité de l'administration de ces fonds : *Authorson* (C.A.), par. 60, 73b) et 73h); dans le contexte autochtone, voir *Guerin*, p. 385. Dans d'autres circonstances, une loi créant un droit absolu pourrait également donner naissance à une obligation fiduciaire de l'État relativement à l'administration de l'intérêt.

[52] L'accès à un régime de prestations à lui seul ne constituera pas un intérêt susceptible de donner naissance à une obligation fiduciaire. Bien qu'une prestation prévue par la loi puisse avoir une incidence sur le bien-être financier de la personne qui la reçoit, en l'absence de preuve d'une intention autre du législateur, le droit à une telle prestation est une création du droit public et est assujéti aux obligations de droit public du gouvernement dans l'administration du régime.

[53] De plus, avant que l'on puisse conclure à l'existence d'une relation fiduciaire, le niveau de contrôle exercé par le gouvernement sur l'intérêt en question doit être équivalent ou semblable à l'administration directe de cet intérêt. Relativement aux prestations prévues par la loi, il ne suffit pas que le type de contrôle juridique sur un intérêt soit celui qui découle de l'exercice habituel de pouvoirs conférés par la loi. Sinon, le gouvernement serait tenu à des obligations fiduciaires dans la plupart de ses fonctions quotidiennes, ce qui rendrait difficile ou presque impossible la prise de mesures générales pour le bien public.

[54] Il appert donc qu'une application rigoureuse des conditions générales pour imposer une obligation fiduciaire limitera forcément les cas où l'on peut conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire de l'État. Les demandes présentées contre le gouvernement qui ne respectent pas les conditions juridiques d'une obligation fiduciaire ne devraient pas être jugées recevables dans l'espoir qu'elles puissent finalement être accueillies. Le truisme selon lequel les catégories d'obligation fiduciaire ne sont pas exhaustives (comme l'a indiqué le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, p. 384) ne justifie pas que l'on autorise l'inscription des demandes vouées à l'échec : voir

their claims tested at the pleadings stage, as for any cause of action.

### (3) Application to This Case

[55] I turn now to the application of these principles to the appeal before us. The core of the plaintiffs' pleading of fiduciary duty is found at para. 40 of the Fresh Statement of Claim No. 2:

The Crown owed a fiduciary duty to the Class members with respect to the implementation and administration of the Accommodation Charge to ensure that the Accommodation Fee was fair, reasonable and justifiable, that the Accommodation Fee reflects the cost of accommodation and meals, that the Accommodation Fee was in their best interests, and that moneys paid pursuant to the Accommodation Charge would not be used to subsidize Health Care costs. [Emphasis added.]

See also paras. 32-42.

[56] The plaintiffs' pleadings emphasize the vulnerability of the class members:

34. The Class members are frail, elderly, and have chronic disabilities. They are incapable of caring for themselves or living on their own. They are among the most vulnerable members of our society. A physician has determined that each Class member requires long term care.

[57] However, vulnerability alone is insufficient to ground a fiduciary obligation, as discussed earlier. In this case, their state of vulnerability does not arise from their relationship with Alberta: *Galambos*, at paras. 67-68. Moreover, as Alberta points out, class members will generally still be competent to manage their own affairs, or will be beneficiaries of duties owed by their own guardians and trustees; the Province is not responsible for them. They are not being denied care and though their financial situation may be affected by the

M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (feuilles mobiles), p. 19-3 et 19-24.10. Dans les poursuites pour manquement à une obligation fiduciaire, les demandeurs doivent être prêts à accepter que leur réclamation soit examinée au stade du dépôt des actes de procédure, comme pour toute cause d'action.

### (3) Application à l'espèce

[55] J'aborde maintenant l'application de ces principes au pourvoi dont nous sommes saisis. L'allégation d'obligation fiduciaire des demandeurs se trouve pour l'essentiel au par. 40 de la deuxième nouvelle déclaration :

[TRADUCTION] Sa Majesté avait envers les membres du groupe une obligation fiduciaire relativement à la mise en œuvre et à l'administration des frais d'hébergement afin de s'assurer que ces frais soient justes, raisonnables et justifiables, qu'ils reflètent le coût de l'hébergement et des repas et qu'ils servent au mieux leurs intérêts, ainsi que de veiller à ce que les sommes versées au titre des frais d'hébergement ne servent pas à financer le coût des soins de santé. [Je souligne.]

Voir également les par. 32-42.

[56] Dans leurs allégations, les demandeurs mettent l'accent sur la vulnérabilité des membres du groupe :

[TRADUCTION] 34. Les membres du groupe sont frères, âgés et ont des affections chroniques. Ils ne sont pas capables de prendre soin d'eux-mêmes ou de vivre seuls. Ils comptent parmi les membres les plus vulnérables de notre société. Un médecin a déterminé que chaque membre du groupe requiert des soins de longue durée.

[57] Or, comme nous l'avons vu, la vulnérabilité à elle seule ne suffit pas pour établir une obligation fiduciaire. En l'espèce, la vulnérabilité des membres du groupe ne résulte pas de leur relation avec l'Alberta : *Galambos*, par. 67-68. De plus, comme le souligne l'Alberta, les membres du groupe seront généralement encore capables de gérer leurs propres affaires ou seront bénéficiaires des obligations de leurs propres tuteurs et fiduciaires; la province n'est pas responsable d'eux. Les soins ne leur sont pas refusés et bien que leur situation financière



levy of accommodation charges, that alone is not enough to warrant a fiduciary duty.

[58] The plaintiffs do not point to anything in the legislation, or in the factual relationship pleaded, that supports an undertaking by Alberta to act with undivided loyalty toward the claimant class members, in the setting, receipt and administration of the accommodation charges. The *Alberta Health Care Insurance Act* imposes an obligation on the Province to provide medical care, including chronic care, but provides no direction amounting to a statutory undertaking to act in the best interests of residents of Alberta generally, or in the best interests of residents residing in LTCFs in particular. Nor does the statute impose any obligation on the government to take into account anyone's interests in determining the contribution that may be sought from residents. There may be a trust relationship between *operators* and residents with respect to residents' property, but no similar trust relationship is established between the *Province* and residents: *Nursing Homes Act*, s. 8(1); *Nursing Homes General Regulation*, Alta. Reg. 232/85, s. 4; *Nursing Homes Operation Regulation*, ss. 8 and 9.

[59] Nor have the plaintiffs pleaded facts sufficient to establish an implied undertaking on the part of Alberta to act with undivided loyalty to the residents of LTCFs. They point to no analogous duty in private law. The facts pleaded do not assert any undertaking or any basis upon which such an undertaking could be posited.

[60] Indeed, it is not clear that the pleadings allege that the Crown, as distinguished from individual actors, is under a fiduciary duty. Although the action was brought against Her Majesty the Queen in Right of Alberta, the allegations in the pleadings are against the Minister of Seniors and Community Supports and the Department of Alberta Health and Wellness. This makes it difficult to determine the second and third requirements of an undertaking to a defined group in relation to any legal or vital practical interests. The separate pleas against the

puisse être touchée par l'imposition des frais d'hébergement, ce facteur, à lui seul, ne suffit pas pour justifier une obligation fiduciaire.

[58] Les demandeurs ne renvoient pas à une disposition législative, ni à quoi que ce soit dans les rapports de fait invoqués, qui étaye un engagement de l'Alberta de faire preuve, envers les membres du groupe de demandeurs, d'une loyauté exclusive pour ce qui est de la fixation, de la perception et de l'administration des frais d'hébergement. La *Alberta Health Care Insurance Act* oblige la province à fournir des soins de santé, dont des soins de longue durée, mais ne l'oblige pas à s'engager à agir au mieux des intérêts des résidents de l'Alberta en général, ou au mieux des intérêts des pensionnaires d'un ESLD en particulier. La loi n'oblige pas non plus le gouvernement à tenir compte des intérêts de quiconque lorsqu'il détermine la contribution qui peut être demandée aux pensionnaires. Il peut exister une relation fiduciaire entre les *exploitants* et les pensionnaires en ce qui a trait aux biens de ces derniers, mais aucune relation semblable n'est établie entre la *province* et les pensionnaires : *Nursing Homes Act*, par. 8(1); *Nursing Homes General Regulation*, Alta. Reg. 232/85, art. 4; *Nursing Homes Operation Regulation*, art. 8 et 9.

[59] Les demandeurs n'ont pas non plus invoqué suffisamment de faits pour établir que l'Alberta s'est engagée implicitement, envers les pensionnaires d'un ESLD, à agir avec une loyauté exclusive. Ils ne font référence à aucune obligation analogue en droit privé. Les faits invoqués n'établissent aucun engagement ni aucun fondement sur lequel un tel engagement pourrait être établi.

[60] En effet, les allégations n'indiquent pas clairement que l'État, par opposition à une personne physique, a une obligation fiduciaire. Bien que l'action ait été intentée contre Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, les allégations dans les actes de procédure visent le ministre du Soutien aux aînés et aux collectivités ainsi que le ministère de la Santé et du Bien-être de l'Alberta. Ainsi, il est difficile de déterminer les deuxième et troisième conditions d'un engagement envers un groupe défini à l'égard d'un intérêt juridique ou d'un

RHAs may support a cause of action for breach of fiduciary duty, a matter not before us, but the pleas against the Crown do not. Absent pleadings fixing a specific undertaking on the Crown, how can we know to whom such a duty would be owed or indeed what duty is owed? Put simply, the pleadings against the Crown are too vague to permit the inference of a fiduciary duty on the Crown toward the plaintiff class.

[61] Apart from these difficulties, the legal or substantial practical interests alleged in the pleadings to be affected by the Crown's exercise of authority is insufficient to attract a fiduciary duty. The pleadings speak of the right to chronic care and the right to be assessed a reasonable fee for the receipt of care. The entitlement to chronic care flows exclusively from statute, and no one contests that Alberta continues to provide such care. The allegation, at base, is that the plaintiffs are paying more than their meal and accommodation cost, with the result that the Province is offsetting its obligation to meet medical costs and thus pocketing money it is not entitled to pocket. The situation is not unlike that in *Gorecki v. Canada (Attorney General)* (2006), 208 O.A.C. 368, where Sharpe J.A. wrote, at para. 6:

I agree with the motion judge's conclusion that it is plain and obvious that the action cannot succeed on the allegations of breach of fiduciary duty. The relationship between the Crown and the appellant flows entirely from the terms of the [Canada Pension Plan] and the statutory definition of that relationship bears none of the hallmarks of a fiduciary duty. The CPP confers no discretion on the Crown to act for the benefit of the appellant. The Crown does not undertake to administer CPP funds for the appellant's benefit. The only duty that the CPP imposes on the Crown or that the Crown assumes is the public law duty to fulfill the statutory terms of the CPP. This cannot be the source of a fiduciary duty owed to the appellant.

intérêt pratique essentiel. Les allégations distinctes contre les ARS peuvent soutenir une cause d'action pour manquement à une obligation fiduciaire, une question dont nous ne sommes pas saisis, mais pas les allégations contre l'État. En l'absence d'allégations établissant que l'État a pris un engagement précis, comment pouvons-nous savoir qui bénéficierait d'une telle obligation ou même connaître la nature de l'obligation? Autrement dit, les allégations contre l'État sont trop vagues pour permettre d'inférer qu'il a une obligation fiduciaire envers les demandeurs.

[61] Outre ces difficultés, l'intérêt juridique ou l'intérêt pratique essentiel, que les demandeurs décrivent dans les actes de procédures comme étant touché par l'exercice du pouvoir de l'État n'est pas suffisant pour faire naître une obligation fiduciaire. Les allégations portent sur le droit à des soins de longue durée et sur le droit d'être facturé à un prix raisonnable pour recevoir des soins. Le droit aux soins de longue durée découle exclusivement des textes législatifs, et nul ne conteste que l'Alberta continue de prodiguer ces soins. À la base, les demandeurs allèguent qu'ils paient un montant supérieur aux frais de repas et d'hébergement, de sorte que la province compense son obligation de payer les frais médicaux et empêche ainsi de l'argent auquel elle n'a pas droit. La situation n'est pas différente de celle dans *Gorecki c. Canada (Attorney General)* (2006), 208 O.A.C. 368, où le juge Sharpe s'est exprimé ainsi au par. 6 :

[TRADUCTION] Je conviens avec le juge des requêtes qu'il est évident et manifeste que l'action ne peut être accueillie sur le fondement des allégations de manquement à une obligation fiduciaire. La relation entre l'État et l'appellant découle entièrement des modalités du [Régime de pension du Canada], et la définition de cette relation prévue dans ses dispositions ne contient aucune caractéristique d'une obligation fiduciaire. Le RPC ne confère à l'État aucun pouvoir discrétionnaire d'agir dans l'intérêt de l'appellant. L'État ne s'engage pas à gérer les fonds du RPC dans l'intérêt de l'appellant. La seule obligation que le RPC impose à l'État ou que l'État assume est l'obligation de droit public de respecter les modalités du RPC. Cette obligation ne peut être à l'origine d'une obligation fiduciaire envers l'appellant.

[62] Finally, I note that the specific fiduciary duty that the plaintiffs seek to establish relates primarily to *setting* the accommodation charges by regulation. This is a *legislative* function of government. Where the government acts in the exercise of its legislative functions, courts have consistently held that a fiduciary duty does not arise: *Guerin*, at p. 385; *Wewaykum*, at para. 74. Deciding how to fund and implement insured health care services requires constant balancing of competing interests between all segments of the population, since everyone receives health care. The Crown would be unable to meet its obligations to the public at large if we were to hold it to a fiduciary standard of conduct for one group among so many others. This aspect of the claim is doomed to fail.

[63] In my view, the facts as pleaded, which are accepted as true for the purpose of the instant motion, do not establish a fiduciary duty on the Crown. Accordingly, I would strike the plea of breach of fiduciary duty.

#### B. *The Negligence Claim*

[64] The plaintiff class pleads that Alberta is in breach of a duty of care to its members to act with due care, i.e. without negligence. It pleads:

43. The Defendants owed the Class members a duty to exercise all reasonable care, skill, and diligence with respect to auditing, supervising, monitoring and administering (i) the Health Care benefits paid by the Crown to the Health Authorities, (ii) the Health Care benefits provided by the Health Authorities to Long Term Care Facilities and (iii) the Accommodation Fee paid by the Class members, to ensure that the Accommodation Fee was fair, just, and reasonable, to ensure that the Accommodation Fee reflected the actual cost of accommodation and meals, and that Accommodation Fees paid pursuant to the Accommodation Charge would not be used to subsidize Health Care costs. [Emphasis added.]

[62] Enfin, je souligne que l'obligation fiduciaire précise que les demandeurs cherchent à établir se rapporte principalement à la *fixation* par règlement des frais d'hébergement. Il s'agit d'une fonction *législativ*e du gouvernement. Lorsque le gouvernement agit dans l'exercice de ses fonctions législatives, les tribunaux ont systématiquement conclu que cela ne donne lieu à aucune obligation fiduciaire : *Guerin*, p. 385; *Wewaykum*, par. 74. Les décisions quant à la façon de financer et de mettre en œuvre des services de soins de santé assurés exigent le maintien constant de l'équilibre des intérêts opposés des différentes parties de la population, puisque tous ont droit aux soins de santé. L'État ne serait pas en mesure de remplir ses obligations envers l'ensemble de la population si nous devions lui imposer une norme de conduite de nature fiduciaire envers un seul groupe parmi tant d'autres. Cet aspect de la demande est voué à l'échec.

[63] À mon avis, les faits tels qu'ils sont invoqués, et qui sont tenus pour avérés pour les besoins de la requête en cause, n'établissent pas une obligation fiduciaire de l'État. Par conséquent, je suis d'avis de radier l'allégation de manquement à une obligation fiduciaire.

#### B. *L'allégation de négligence*

[64] Le groupe de demandeurs plaide que l'Alberta a manqué à son obligation envers les membres du groupe d'agir avec la diligence requise, c'est-à-dire sans négligence. Il allègue ce qui suit :

[TRANSLATION] 43. Les défendeurs ont envers les membres du groupe une obligation de faire preuve de diligence, d'habileté et de prudence raisonnables à l'égard de la vérification, de la supervision, du contrôle et de la gestion (i) des prestations pour soins de santé versées par l'État aux autorités de la santé, (ii) des prestations pour soins de santé fournies par les autorités de la santé à des établissements de soins de longue durée et (iii) des frais d'hébergement payés par les membres du groupe, pour s'assurer que les frais d'hébergement soient équitable, justes et raisonnables, qu'ils reflètent les coûts réels de l'hébergement et des repas et qu'ils ne servent pas à financer en partie le coût des soins de santé. [Je souligne.]

[65] I note at the outset that the claim of negligence sits uncomfortably with the general thrust of the plaintiff class' grievance. That grievance, viewed broadly, appears mainly concerned with deliberate legislative and policy decisions. Hints of this remain in the way the negligence claim is cast: the duty is said to be "to ensure" rather than merely to take reasonable care. That said, the pleadings arguably evoke negligence in "auditing, supervising, monitoring and administering the health care benefit". The duty of care asserted with respect to setting the accommodation fees has been struck and is not appealed. It is therefore unnecessary to consider whether this pleading raises a triable cause of action in negligence.

[66] The first and central question is whether the pleadings, assuming the facts alleged to be true, support a duty of care on Alberta to members of the plaintiff class. This requires us to determine first whether Alberta and the class members were in a relationship that gave rise to a *prima facie* duty of care, based on foreseeability and proximity. If a *prima facie* duty of care is established, the second step is to ask whether it is negated by policy considerations: see *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 30; and *Reference re Broome v. Prince Edward Island*, 2010 SCC 11, [2010] 1 S.C.R. 360, at para. 14.

[67] The claim raised in this case has not been previously recognized as giving rise to a duty of care. Therefore, we must examine whether it meets the foregoing requirements for imposing a duty of care in negligence: *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 15.

[68] In this case, as in *Broome*, the plaintiff class relies on provincial statutory obligations as the

[65] Je fais remarquer d'emblée que l'allégation de négligence s'accorde mal avec la portée générale du grief des demandeurs. Ce grief, considéré dans son ensemble, semble porter principalement sur des décisions législatives délibérées et des décisions de politique générale. La façon dont l'allégation de négligence est formulée le laisse entendre, car il est indiqué que l'obligation impose à l'État de « s'assurer » plutôt que de simplement agir avec diligence raisonnable. Cela dit, on pourrait soutenir que l'allégation évoque la négligence dans « la vérification, la supervision, le contrôle et la gestion des prestations de soins de santé ». L'obligation de diligence invoquée à l'égard de la fixation des frais d'hébergement a été radiée et cette décision n'a pas été portée en appel. Par conséquent, il est inutile d'examiner si cette allégation de négligence soulève une cause d'action donnant matière à procès.

[66] La question initiale et primordiale est celle de savoir si les allégations, à supposer que les faits invoqués soient vrais, emportent une obligation de diligence de la part de l'Alberta envers les membres du groupe de demandeurs. Il faut d'abord se demander si l'Alberta et les membres du groupe entretenaient une relation ayant donné lieu à une obligation de diligence *prima facie*, fondée sur la prévisibilité et la proximité. Si une obligation de diligence *prima facie* est établie, la deuxième étape consiste à se demander si elle est écartée par des considérations de politique générale : voir *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 30; et *Renvoi relatif à Broome c. Île-du-Prince-Édouard*, 2010 CSC 11, [2010] 1 R.C.S. 360, par. 14.

[67] L'allégation soulevée en l'espèce n'a pas été reconnue précédemment comme donnant naissance à une obligation de diligence. Par conséquent, il nous faut examiner si elle remplit les conditions susmentionnées pour qu'une obligation de diligence soit reconnue : *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 15.

[68] En l'espèce, comme dans l'arrêt *Broome*, le groupe de demandeurs s'appuie sur les obligations

source of a private duty of care. The allegation, in essence, is that statutory and regulatory duties brought Alberta into a relationship of proximity with members of the class, whom it was reasonably foreseeable would be affected by failure to discharge these duties in a non-negligent manner. The *Cooper* analysis applies to claims grounded in statutory duties. As the Court, *per* Cromwell J., stated in *Broome*, at para. 13:

[The *Anns/Kamloops*] test is the appropriate one even though the appellants mainly rely on statutory duties. Such duties do not generally, in and of themselves, give rise to private law duties of care. The *Anns/Kamloops* test determines whether public as well as private actors owe a private law duty of care to individuals enabling them to sue the public actors in a civil suit . . .

[69] Determining whether a duty of care lies on the government proceeds by “review of the relevant powers and duties of the [government body] under the Act”: *Cooper*, at para. 45. See also *Broome*, at para. 20; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83, at para. 27.

[70] In this case, the legislative scheme does not impose a duty on the Crown to act in relation to the class members with respect to the accommodation charges. A review of the relevant provisions discloses a general duty on the Minister to provide insured health care services: *Alberta Health Care Insurance Act*, s. 3. However, the plaintiffs have failed to point to any duty to audit, supervise, monitor or administer the funds related to the accommodation charges in the provisions. The *Nursing Homes Act* imposes no positive duty on the Crown, but grants only permissive monitoring powers. Reporting requirements are discretionary (i.e. at the demand of the Minister). While they flow up the chain of command (i.e. the RHA or

que la loi impose à la province pour établir l’existence d’une obligation de diligence de droit privé. Essentiellement, ils allèguent que les obligations d’origine législative et réglementaire ont fait en sorte que l’Alberta entretient une relation de proximité avec les membres du groupe, et qu’il était raisonnablement prévisible que ces derniers soient touchés par le défaut du gouvernement de s’acquitter de ces obligations sans négligence. L’analyse prévue dans l’arrêt *Cooper* s’applique aux demandes fondées sur des obligations d’origine législative. Comme le juge Cromwell l’a affirmé au nom de notre Cour dans *Broome*, au par. 13 :

C’est [le critère *Anns/Kamloops*] qu’il convient d’appliquer en l’espèce, même si les appelants invoquent principalement des obligations d’origine législative. De telles obligations n’engendrent généralement pas, à elles seules, des obligations de diligence de droit privé. Le critère *Anns/Kamloops* sert à déterminer si des entités publiques, comme des entités privées, ont envers des particuliers une obligation de diligence de droit privé habilitant ces derniers à poursuivre les entités publiques au civil . . .

[69] Pour déterminer si une obligation de diligence repose sur le gouvernement, il faut procéder à un « examen des attributions pertinentes que la Loi confère » à l’entité gouvernementale : *Cooper*, par. 45. Voir également *Broome*, par. 20; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83, par. 27.

[70] En l’espèce, le régime législatif n’impose pas à l’État l’obligation d’agir pour le bénéfice des membres du groupe à l’égard des frais d’hébergement. Un examen des dispositions pertinentes révèle que le ministre a l’obligation générale de fournir des services de soins de santé assurés : *Alberta Health Care Insurance Act*, art. 3. Or, les demandeurs n’ont pu appuyer sur les dispositions l’existence d’une obligation de vérifier, de superviser, de contrôler ou de gérer les fonds liés aux frais d’hébergement. La *Nursing Homes Act* n’impose à l’État aucune obligation positive, elle ne lui confère que des pouvoirs de contrôle facultatifs. Les exigences de rendre compte sont discrétionnaires (c.-à-d. à la demande du ministre). Bien

operator must report to the Minister), the *Minister* need not respond: *Nursing Homes Act*, ss. 12 and 19. The same is true of the Act's regulations (*Nursing Homes General Regulation* and *Nursing Homes Operation Regulation*) and the *Regional Health Authorities Act*, ss. 9, 13, 14 and 21, and accompanying regulations; as in the *Hospitals Act*, ss. 25-27 and 29, and its regulations. This case is distinguishable from *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 25 (C.A.), relied on by the plaintiffs, where the statute in question imposed on the public authority a *positive duty to act*.

[71] For these reasons, I conclude that the legislative scheme does not impose a duty of care on Alberta. However, the claimant class also argues that Alberta's conduct established a relationship of a sufficient proximity to support a duty of care. They rely generally on the fact that Alberta supervised, monitored and administered the accommodation fees. More particularly, they emphasize that Alberta directed the health authorities to charge the class members the maximum accommodation charge, without regard to the actual cost of accommodation and meals, and that information about the rates was communicated by the health authorities directly to the class members at the direction of Alberta. This, they argue, is sufficient to create a relationship of proximity.

[72] In the absence of a statutory duty, the fact that Alberta may have audited, supervised, monitored and generally administered the accommodation fees objected to does not create sufficient proximity to impose a *prima facie* duty of care. As stated in *Broome*, at para. 40:

Even if the statute ought to be interpreted so that there was a duty to inspect the Home, on the record before me, the statute gives no direction as to the purpose or scope of such inspections, imposes no standards to be applied and requires no action to be taken as a result of

que ces exigences remontent la voie hiérarchique (c.-à-d. que l'ARS ou l'exploitant doit rendre compte au ministre), le *ministre* n'est pas tenu de répondre : *Nursing Homes Act*, art. 12 et 19. Il en va de même pour les règlements d'application de cette Loi (le *Nursing Homes General Regulation* et le *Nursing Homes Operation Regulation*), pour la *Regional Health Authorities Act*, art. 9, 13, 14 et 21, et ses règlements d'application, ainsi que pour la *Hospitals Act*, art. 25-27 et 29, et ses règlements d'application. Il y a lieu d'établir une distinction entre l'espèce et *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25 (C.A.), sur lequel s'appuient les demandeurs, où la loi en question imposait à l'autorité publique une *obligation positive d'agir*.

[71] Pour ces motifs, je conclus que le régime législatif n'impose pas une obligation de diligence à l'Alberta. Toutefois, le groupe de demandeurs prétend également que par sa conduite, l'Alberta a établi un rapport suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence. Les demandeurs invoquent, d'une façon générale, le fait que l'Alberta supervisait, contrôlait et gérait les frais d'hébergement. Plus précisément, ils insistent sur le fait que l'Alberta a ordonné aux autorités de la santé de facturer aux membres du groupe le montant maximum des frais d'hébergement, sans tenir compte des coûts réels de l'hébergement et des repas, et que les renseignements concernant les taux ont été transmis par les autorités de la santé directement aux membres du groupe sur l'ordre de l'Alberta. Selon eux, ces éléments sont suffisants pour faire naître une relation de proximité.

[72] En l'absence d'une obligation d'origine législative, le fait que l'Alberta peut avoir vérifié, supervisé, contrôlé et généralement géré les frais d'hébergement contestés ne crée pas un lien de proximité suffisant pour imposer une obligation de diligence *prima facie*. Comme la Cour l'a affirmé dans *Broome*, au par. 40 :

Même dans l'hypothèse où il y aurait lieu de retenir l'interprétation selon laquelle il existait une obligation d'inspecter le Children's Home, la loi ne donne, d'après le dossier dont je suis saisi, aucune indication quant à l'objet ou à la portée de telles inspections, elle

an inspection. No authority is cited for the proposition that such a bare duty of inspection would be sufficient to support a finding of proximity between the Director and the children. [Emphasis added.]

The specific acts alleged — that Alberta directed the charges and that the health authorities communicated them to members of the claimant class — fall under the rubric of administration of the scheme. As in *Broome*, the mere supplying of a service is insufficient, without more, to establish a relationship of proximity between the government and the claimants.

[73] I therefore conclude that, assuming the facts pleaded to be true, the negligence claim is bound to fail at the first step of the *Anns/Cooper* inquiry. Absent a statutory obligation to do the things that the plaintiffs claim were done negligently, the necessary relationship of proximity between Alberta and the claimants cannot be made out.

[74] Were the pleadings to satisfy the first step of the *Anns/Cooper* test, they would fail at the second step, which asks whether the *prima facie* duty of care is negated by policy considerations. Where the defendant is a public body, inferring a private duty of care from statutory duties may be difficult, and must respect the particular constitutional role of those institutions: *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, *per* Laskin J., as he then was, for the Court. Related to this concern is the fear of virtually unlimited exposure of the government to private claims, which may tax public resources and chill government intervention. It is arguable that to impose a duty of care on the plaintiff class on the facts pleaded would open the door to a claim in negligence by *any* patient in the health care system with an entitlement to receive funding for health services, whether primary or extended. This raises the spectre of unlimited liability to an unlimited class, decried by Cardozo C.J. in *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444: *see Design Services Ltd. v.*

ne prescrit aucune norme à appliquer et elle n'exige la prise d'aucune mesure à la suite de l'inspection. Aucune source n'est invoquée à l'appui de la proposition suivant laquelle une obligation d'inspection ainsi réduite au minimum pourrait permettre de conclure à l'existence d'un lien de proximité entre le directeur et les enfants. [Je souligne.]

Les actes allégués, à savoir que l'Alberta a fixé les frais et que les autorités de la santé ont transmis ce renseignement aux membres du groupe de demandeurs, relèvent de l'administration du régime. Comme dans l'arrêt *Broome*, la simple prestation d'un service ne suffit pas, à elle seule, pour établir une relation de proximité entre le gouvernement et les demandeurs.

[73] Par conséquent, à supposer que les faits invoqués soient vrais, je conclus que l'allégation de négligence est vouée à l'échec à la première étape du critère retenu dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. En l'absence d'une obligation d'origine législative de prendre les mesures qui, selon les demandeurs, ont été prises négligemment, la relation de proximité nécessaire entre l'Alberta et les demandeurs ne peut être établie.

[74] Si les allégations franchissaient avec succès la première étape du critère *Anns/Cooper*, elles devraient être rejetées à la deuxième étape, où il faut se demander si l'obligation de diligence *prima facie* est écartée par des considérations de politique générale. Si le défendeur est une entité publique, il peut être difficile d'inférer une obligation de diligence de droit privé en se fondant sur des obligations d'origine législative. Cette inférence doit respecter le rôle constitutionnel particulier de ces institutions : *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, le juge Laskin (plus tard Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour. Se rattache à cette préoccupation la crainte que le gouvernement soit constamment exposé à des recours privés, ce qui peut grever les ressources publiques et freiner l'intervention du gouvernement. Il est possible de soutenir que l'imposition d'une obligation de diligence envers le groupe de demandeurs, au vu des faits allégués, autorisait à invoquer la négligence *tout* patient du système de santé ayant droit au financement des services de

*Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, at paras. 59-66.

[75] For these reasons, I would find that the pleadings do not disclose a duty of care and that the cause of action as pleaded is bound to fail. I would therefore strike the plea of negligence in its entirety.

### C. *The Bad Faith Claim*

[76] The plaintiff class pleads that the instruction by the Minister of Health and Wellness to the LTCF operators to charge the maximum fee allowable under the regulations for accommodation and meals is a bad faith exercise of discretion. The plaintiffs say the Minister gave his instructions knowing full well of the past practice of certain LTCF operators of using surplus accommodation charges to subsidize basic care and operating costs properly the responsibility of the operator and the Province. This recklessness and breakdown of the orderly exercise of authority, they say, is sufficient to establish a distinct cause of action for bad faith.

[77] I agree with the Province's submissions that the allegation of bad faith, as pleaded, is bootstrapped to the duty of care claim, and cannot survive on its own when the plea of negligence is struck. The pleadings disclose the explicit link between bad faith and negligence:

**Negligence: Breach of Duty of Care and Bad Faith**

. . .

44. In breach of their duty of care, the Defendants, acting recklessly, arbitrarily, and in bad faith, failed to

santé, qu'ils soient primaires ou complémentaires. Cela évoque le risque d'une responsabilité illimitée envers un groupe indéterminé, ce que déploierait le juge en chef Cardozo dans *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 444 : voir *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, par. 59-66.

[75] Pour ces motifs, je suis d'avis que les allégations ne révèlent pas une obligation de diligence et que la cause d'action telle qu'elle a été plaidée est vouée à l'échec. Par conséquent, je suis d'avis de radier en totalité l'allégation de négligence.

### C. *L'allégation de mauvaise foi*

[76] Le groupe de demandeurs fait valoir qu'en demandant aux exploitants des ESLD de facturer, relativement à l'hébergement et aux repas, le montant maximum que permettaient les règlements, le ministre de la Santé et du Bien-être a fait preuve de mauvaise foi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Les demandeurs affirment que le ministre a donné ses directives en sachant très bien que certains exploitants des ESLD avaient l'habitude d'employer le surplus des frais d'hébergement pour financer les soins de base et les frais d'exploitation qui sont normalement la responsabilité de l'exploitant et de la province. Selon eux, cette insouciance et ce dérèglement dans l'exercice du pouvoir est suffisant pour établir une cause d'action distincte fondée sur la mauvaise foi.

[77] Je souscris aux observations de la province selon lesquelles l'allégation de mauvaise foi, telle qu'elle est invoquée, est liée au manquement allégué à l'obligation de diligence et doit être écartée si l'allégation de négligence est radiée. Les allégations révèlent le lien explicite entre la mauvaise foi et la négligence :

[TRADUCTION]

**Négligence : manquement à l'obligation de diligence et mauvaise foi**

. . .

44. En violation de leur obligation de diligence et en agissant de façon imprudente, arbitraire et de mauvaise



exercise any, or any sufficient, care, skill, and diligence with respect to auditing, supervising, monitoring and administering (i) the Health Care benefits paid by the Crown to the Health Authorities, (ii) the Health Care benefits provided by the Health Authorities to Long Term Care Facilities and (iii) the Accommodation Fees paid by the Class members. In particular, the Defendants, acting recklessly, arbitrarily and in bad faith:

- (a) Had no rational basis for determining what accommodation and meals consist of;
- (b) Had no rational basis for calculating the actual cost of accommodation and meals or the Accommodation Fee;
- (c) Had no rational basis for separating or distinguishing Health Care costs, which are the responsibility of the Defendants, from Accommodation Fees, which are the responsibility of the Class members;
- (d) Failed to conduct any analysis to determine the actual cost of accommodation and meals and levied, either directly or through their agents, the maximum Accommodation Charge across the Province of Alberta (save for a very few exceptions[]);
- (e) Failed to account or require an accounting to be provided to the Class members with respect to the disposition of monies paid by the Class members as Accommodation Fees;
- (f) Failed to put in place any, or any proper, reporting, accounting and financial records and systems;
- (g) Permitted or alternatively failed to prevent the Class members from being charged for Health Care costs which are the responsibility of the Defendants including but not limited to [a detailed list follows]; and
- (h) By letter dated August 1, 2003, the Crown, by its Minister of Seniors and Community Supports, did unlawfully [list of particular actions omitted].

foi, les défendeurs n'ont fait aucunement preuve, ou n'ont pas fait suffisamment preuve, de diligence, d'habileté et de prudence dans la vérification, la supervision, le contrôle et la gestion (i) des prestations pour soins de santé versées par l'État aux autorités de la santé, (ii) des prestations pour soins de santé fournies par les autorités de la santé à des établissements de soins de longue durée et (iii) des frais d'hébergement payés par les membres du groupe. En particulier, les manquements suivants sont reprochés aux défendeurs, lesquels ont agi imprudemment, arbitrairement et de mauvaise foi :

- a) ils ne se sont appuyés sur aucun fondement rationnel pour déterminer en quoi consistent l'hébergement et les repas;
- b) ils ne se sont appuyés sur aucun fondement rationnel pour calculer le coût réel de l'hébergement et des repas ou les frais d'hébergement;
- c) ils ne se sont appuyés sur aucun fondement rationnel pour séparer ou distinguer le coût de soins de santé, lesquels relèvent des défendeurs, des frais d'hébergement, lesquels relèvent des membres du groupe;
- d) ils n'ont effectué aucune analyse pour déterminer le coût réel de l'hébergement et des repas et ont perçu, directement ou par l'intermédiaire de leurs mandataires, le montant maximum des frais d'hébergement dans la province de l'Alberta (à quelques exceptions près[]);
- e) ils n'ont pas rendu compte ni exigé qu'on rende compte aux membres du groupe de l'utilisation faite des sommes payées par les membres du groupe à titre de frais d'hébergement;
- f) ils n'ont mis en place aucun dossier ou système de déclaration, de comptabilité ou financier, ou n'ont pas mis en place un dossier ou système de déclaration, de comptabilité ou financier adéquat;
- g) ils ont permis que l'on réclame aux membres du groupe le coût de soins de santé qui relèvent des défendeurs, y compris notamment [une liste détaillée suit] ou, subsidiairement, n'ont pas empêché que ces coûts leurs soient réclamés;
- h) par lettre datée du 1<sup>er</sup> août 2003, l'État, par l'intermédiaire de son ministre du Soutien aux aînés et aux collectivités, a illégalement [liste des mesures particulières omise].

**Policy Decisions: Breach of Duty of Care and Bad Faith****Décisions de politique générale : manquement à une obligation de diligence et mauvaise foi**

49. In breach of its duty of care and acting recklessly, arbitrarily and in bad faith, the Crown, pursuant to the Letters, did unlawfully and improperly direct and instruct the Predecessor Health Authorities and their agents to charge the maximum Accommodation Charge, notwithstanding the permissive and discretionary language of s. 3(1) of the *Nursing Homes Operation Regulation* and s. 8(2) of the *Nursing Homes Act*, as a result of which the Class members, save for a limited number of exceptions, were charged the maximum Accommodation Charge without regard to the actual cost of accommodation and meals.

49. En violation de son obligation de diligence et en agissant de façon imprudente, arbitraire et de mauvaise foi, l'État a, conformément à ces lettres, illégalement et indûment demandé aux autorités de la santé prédécesseures et à leurs mandataires d'exiger le montant maximum des frais d'hébergement, malgré le libellé facultatif et discrétionnaire du par. 3(1) du *Nursing Homes Operation Regulation* et du par. 8(2) de la *Nursing Homes Act*, de sorte que les membres du groupe, à quelques exceptions près, ont dû payer le montant maximum des frais d'hébergement sans égard au coût réel de l'hébergement et des repas.

50. In further breach of its duty of care and acting recklessly, arbitrarily and in bad faith, the Crown, pursuant to the Letters, unlawfully and improperly directed and instructed the Predecessor Health Authorities and their agents to charge the Class members for Health Care costs set out in paragraph 44(g) herein in circumstances where:

50. De plus, en violation de son obligation de diligence et en agissant de façon imprudente, arbitraire et de mauvaise foi, l'État a, conformément à ces lettres, illégalement et indûment demandé aux autorités de la santé prédécesseures et à leurs mandataires de facturer aux membres du groupe le coût des soins de santé fixés à l'alinéa 44g) ci-dessus dans les cas suivants :

- (a) Such costs are Health Care costs pursuant to the *Nursing Homes Act* and regulations, the *Hospitals Act* and regulations, and Ministerial Directive D-317;
- (b) The Crown understood and has since acknowledged that such costs and services were the responsibility of the Defendants; and
- (c) The Crown understood and has since acknowledged that such costs were included as part of the block funding for Health Care provided by the Crown to the Health Authorities.

- a) lorsque ces coûts constituent des coûts de soins de santé prévus par la *Nursing Homes Act* et ses règlements d'application, par la *Hospitals Act* et ses règlements d'application, ainsi que par la directive ministérielle D-317;
- b) lorsque, selon l'État — lequel l'a depuis reconnu —, ces coûts et services relevaient des défendeurs;
- c) lorsque, selon l'État — lequel l'a depuis reconnu —, ces coûts faisaient partie du financement de base pour les soins de santé qu'il fournissait aux autorités de la santé.

51. As a result of the negligent, ultra vires and bad faith actions of the Defendants:

51. En raison de la négligence, de la prise de mesures ultra vires et de la mauvaise foi des défendeurs :

- (a) There was no reasonable nexus between the Accommodation Fee and the cost of accommodation and meals;
- (b) The Class members paid an Accommodation Fee that was contrary to the *Hospitals Act* and the *Nursing Homes Act*;
- (c) The Class members' right and entitlement to publicly funded Health Care services and benefits was violated; [and]

- a) il n'existait aucun lien raisonnable entre les frais d'hébergement et le coût de l'hébergement et des repas;
- b) les membres du groupe ont payé des frais d'hébergement contraires à la *Hospitals Act* et à la *Nursing Homes Act*;
- c) le droit des membres du groupe aux services de soins de santé et aux avantages en matière de santé financés par l'État a été enfreint;

(d) Under the guise of the Accommodation Charge, the Class members paid an Accommodation Fee that included the cost of Health Care services and benefits the Class members were entitled to receive at no cost as described in paragraph 41(i) herein.

d) sous le couvert des frais d'hébergement, les membres du groupe ont payé des frais d'hébergement comprenant le coût des services de soin de santé et des avantages en matière de santé qu'ils avaient le droit de recevoir gratuitement, comme l'indique l'alinéa 41i) ci-dessus.

52. As a result of the negligent and bad faith actions of the Defendants, the Class members have suffered damage and loss. [Emphasis added.]

52. En raison de la négligence et de la mauvaise foi des défendeurs, les membres du groupe ont subi des dommages et des pertes. [Je souligne.]

[78] The law does not recognize a stand-alone action for bad faith. As the certification judge noted, at para. 408, the bad faith exercise of discretion by a government authority is properly a ground for judicial review of administrative action. In tort, it is an element of misfeasance in public office and, in employment law, relevant to the manner of dismissal. The simple fact of bad faith is not independently actionable.

[78] Le droit ne reconnaît pas la possibilité d'intenter une action indépendante pour mauvaise foi. Comme la juge saisie de la demande d'autorisation du recours collectif l'a indiqué au par. 408, lorsqu'une autorité gouvernementale fait preuve de mauvaise foi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cet exercice peut, à juste titre, faire l'objet d'un contrôle judiciaire. En matière de responsabilité délictuelle, cet exercice constitue une faute dans l'exercice d'une charge publique et, en droit du travail, il est pertinent aux circonstances du congédiement. Le simple fait d'avoir agi de mauvaise foi ne donne pas lui-même ouverture à un droit d'action.

[79] At the hearing, counsel for the plaintiffs sought to argue that we should read the plea of bad faith as disclosing the tort of misfeasance in public office: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263. Notwithstanding the difficulty of raising this interpretation of the pleadings for the first time in response during oral hearing, I do not see how this claim is sustainable at law: The facts necessary to support such an allegation cannot be extricated from the pleas of negligence and fiduciary duty, and a court is not obliged to divine causes of action apart from those deliberately pleaded and argued by a party. Misfeasance in a public office was not raised before the courts below, and I would not now accede to this submission.

[79] À l'audience, l'avocat des demandeurs a cherché à plaider que nous devrions interpréter l'allégation de mauvaise foi comme révélant l'existence du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263. Malgré la difficulté que comporte le fait d'avoir soulevé cette interprétation des allégations pour la première fois en réponse durant l'audition, je ne vois pas comment cette demande peut être accueillie en droit : les faits nécessaires pour étayer une telle allégation ne peuvent se dégager des allégations de négligence et d'obligation fiduciaire, et le tribunal n'est pas obligé de deviner des causes d'action autres que celles délibérément invoquées et plaidées par une partie. La faute dans l'exercice d'une charge publique n'a pas été soulevée devant les tribunaux inférieurs, et je n'accepterais pas d'examiner une telle prétention aujourd'hui.

[80] For these reasons, the plea of bad faith should be struck.

[80] Pour ces motifs, l'allégation de mauvaise foi devrait être radiée.

#### D. *The Unjust Enrichment Claim*

[81] The representative plaintiffs advanced a claim in restitution. Essentially, they plead that by overcharging them for accommodation and food, the government used their money to partially offset its obligations under the scheme, without being entitled to do so. The government, they plead, was thus unjustly enriched, and should be ordered to return the excess money thus obtained. They pleaded the following with respect to unjust enrichment:

##### Restitution

54. The Class members, with very limited exceptions, paid the maximum rates permitted by s. 3(1) of the *Nursing Homes Operation Regulation*, A.R. 258/85 as amended, such that the Class members experienced a deprivation equal to the amount of the Accommodation Fees.

55. The payment of the Accommodation Fees constituted a corresponding benefit to the Defendants in that the payments relieved the Defendants from inevitable expenses they were required to incur pursuant to the *Hospitals Act*, the *Nursing Homes Act*, and *Ministerial Directive D-317*.

56. There exists no juristic reason for the Class members' deprivation and the Defendants' corresponding benefit because:

- (a) Section 19(2) of the *Canada Health Act*, R.S. 1985, c. C-6, s. 3(1) of the *Nursing Homes Operation Regulation* as amended, s. 8(2) of the *Nursing Homes Act*, ss. 5(1)(d) and 5(8) of the *Hospitalization Benefits Regulation*, and the Letters, are of no force or effect in that they violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Charter*") in that they authorize the imposition of Accommodation Charges upon the Class members which may not be imposed upon other patients solely on the basis of the Class members' age and/or mental and/or physical disabilities, are not justified under s. 1 of the *Charter*, and are of

#### D. *L'allégation d'enrichissement injustifié*

[81] Les représentants des demandeurs ont présenté une demande de restitution. Essentiellement, ils allèguent qu'en les facturant en trop pour l'hébergement et les repas, le gouvernement s'est servi de leur argent pour compenser partiellement ses obligations en vertu du régime de la santé, ce qu'il n'avait pas le droit de faire. Ils ont affirmé que le gouvernement s'était donc injustement enrichi et qu'on devrait lui ordonner de rembourser le surplus d'argent ainsi obtenu. Voici ce qu'ils ont invoqué à l'égard de l'enrichissement injustifié :

[TRADUCTION]

##### Restitution

54. Les membres du groupe, à de rares exceptions près, ont payé le montant maximal permis par le par. 3(1) du *Nursing Homes Operation Regulation*, A.R. 258/85 et ses modifications, de sorte que les membres du groupe ont subi un appauvrissement égal au montant des frais d'hébergement.

55. Le paiement des frais d'hébergement constituait un avantage correspondant pour les défendeurs en ce que les paiements leur ont permis de ne pas payer les dépenses qu'ils devaient inévitablement payer conformément à la *Hospitals Act*, à la *Nursing Homes Act* et à la *Ministerial Directive D-317*.

56. Aucun motif juridique ne justifie l'appauvrissement des membres du groupe et l'avantage correspondant qu'ont tiré les défendeurs, et ce, pour les raisons suivantes :

- a) Le paragraphe 19(2) de la *Loi canadienne sur la santé*, L.R. 1985, ch. C-6, le par. 3(1) du *Nursing Homes Operation Regulation*, le par. 8(2) de la *Nursing Homes Act*, l'al. 5(1)d) et le par. 5(8) du *Hospitalization Benefits Regulation*, et les lettres, sont inopérants en ce qu'ils contreviennent à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte* »), puisqu'ils permettent l'imposition aux membres du groupe de frais d'hébergement qui ne peuvent pas être imposés à d'autres patients uniquement sur le fondement de l'âge ou des incapacités mentales ou physiques des membres du groupe, qui ne sont pas justifiables au

no force or effect by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*;

- (b) Section 3(1) of the *Nursing Homes Operation Regulation* as amended, ss. 5(1)(d) and 5(8) of the *Hospitalization Benefits Regulation*, and the Letters are *ultra vires* and inoperative in that contrary to the *Nursing Homes Act*, and the *Hospitals Act*, they purport to authorize the imposition of charges or fees against the Class members for goods and services other than accommodation and meals, including but not limited to [list of specific goods and services omitted], all of which are the financial responsibility of the Defendants;
- (c) The Letters are *ultra vires* and inoperative in that there was in fact no obligation on the part of the Long Term Care Facilities to impose the maximum Accommodation Charges, [and] there was no obligation on the part of the Class members to pay them;
- (d) The Crown's Minister of Seniors and Community Supports had no lawful authority in August of 2003 with respect to setting and monitoring the Accommodation Charge; . . . [Emphasis added.]

[82] These pleadings mirror the test for unjust enrichment set out in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 30:

As a general matter, the test for unjust enrichment is well established in Canada. The cause of action has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment . . .

The savings of an inevitable expense can constitute an enrichment of the defendant: *Garland*, at para. 31.

[83] The thrust of Alberta's argument on this point is that the claim of unjust enrichment is bound to fail because the doctrine does not apply to a public authority in a case such as this. Governments enact laws and regulations that require citizens to pay monies to government in a variety of situations, and as a general rule, the citizen should have no right to recover such payments. It argues that this position

regard de l'article premier de la *Charte* et qui sont inopérants par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

- b) Le paragraphe 3(1) du *Nursing Homes Operation Regulation*, l'al. 5(1)(d) et le par. 5(8) du *Hospitalization Benefits Regulation*, et les lettres, sont *ultra vires* et inopérants en ce qu'ils sont contraires à la *Nursing Homes Act* et à la *Hospitals Act*, ils visent à autoriser l'imposition aux membres du groupe de frais pour des produits et services autres que l'hébergement et les repas, y compris notamment [liste des produits et services omise], qui relèvent tous des défendeurs;
- c) Les lettres sont *ultra vires* et inopérantes en ce que les établissements de soins de longue durée n'avaient aucunement l'obligation d'exiger le montant maximal des frais d'hébergement, et les membres du groupe n'avait aucunement l'obligation de payer le montant maximal;
- d) En août 2003, aucune loi n'accordait au ministre du Soutien aux aînés et aux collectivités un pouvoir à l'égard de la fixation et du contrôle des frais d'hébergement; . . . [Je souligne.]

[82] Ces allégations reflètent le critère applicable en matière d'enrichissement injuste énoncé au par. 30 de l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629 :

En général, le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause est bien établi au Canada. La cause d'action comporte trois éléments : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement . . .

Les économies réalisées en ne payant pas une dépense inévitable peuvent constituer un enrichissement du défendeur : *Garland*, par. 31.

[83] À cet égard, l'Alberta affirme essentiellement que l'allégation d'enrichissement injuste est vouée à l'échec parce que la doctrine ne s'applique pas à une autorité publique dans un cas comme celui en l'espèce. Les gouvernements édictent des lois et des règlements qui obligent les citoyens à verser de l'argent au gouvernement dans diverses situations et, en règle générale, le citoyen ne devrait pas avoir

is justified in terms of public policy; governments should not be required to endlessly defend levies made under valid statutes and regulations.

[84] In reality, the situation is not so simple. As one writer delicately puts it, the application of restitutionary principles to public authorities in Canada “is a matter of some subtlety”: P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf), at p. 22-1. Under the traditional common law doctrine, recovery from public authorities was recognized only on the grounds of *colore officii* (demands for unlawful payment from citizens by government officials for the receipt of benefits to which the citizen had a lawful entitlement) or duress (actual or implied). Payments made pursuant to *intra vires* statutory schemes were potentially recoverable; those made pursuant to *ultra vires* legislation were not necessarily so.

[85] The traditional doctrine, though workable in some circumstances, has been criticized on the ground that it produced inconsistent and inequitable results. A series of judicial decisions, responding to these concerns, has narrowed the ambit of the doctrine.

[86] It has been held that benefits received by the government because of a mistake of law may be recovered, so long as the mistake caused the payment in question: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at pp. 1200-1201, *per* La Forest J., for three of the six members of the Court, in *obiter*. Thus, where payments are made to a government under an *intra vires* law pursuant to an unlawful demand for payment which was based on a misinterpretation of the governing legislation, the payments may be subject to restitution.

[87] It has also been held that benefits received by the government pursuant to *ultra vires* legislation

le droit de recouvrer ces versements. L'Alberta prétend que cette position est justifiée eu égard à la politique générale de l'État; les gouvernements ne devraient pas être tenus de justifier indéfiniment la perception des frais effectuée conformément à des lois ou des règlements valides.

[84] En réalité, la situation n'est pas si simple. Comme l'indique habilement un auteur, au Canada, l'application aux autorités publiques des principes en matière de restitution [TRADUCTION] « est une question de subtilité » : P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles), p. 22-1. Selon la règle classique de la common law, le recouvrement d'une somme auprès des autorités publiques n'a été reconnu que sur le fondement du *colore officii* (les représentants du gouvernement demandent illégalement aux citoyens de payer des sommes pour recevoir des avantages auxquels ils ont légalement droit) ou de la contrainte (réelle ou implicite). Les paiements effectués conformément à des textes législatifs valides étaient potentiellement recouvrables; ceux effectués conformément à des lois *ultra vires* ne l'étaient pas nécessairement.

[85] La doctrine traditionnelle, bien qu'elle s'applique dans certaines circonstances, a suscité des critiques parce qu'elle engendre des résultats incohérents et inéquitables. En réponse à ces préoccupations, une série de décisions judiciaires a restreint la portée de la doctrine.

[86] Ainsi, notre Cour a conclu que les avantages dont profite le gouvernement en raison d'une erreur de droit peuvent être recouverts, pourvu que le paiement en question soit attribuable à l'erreur : *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1200-1201, le juge La Forest, au nom de trois des six membres de la Cour, en *obiter*. Le gouvernement peut donc être tenu de restituer les paiements qu'il a illégalement exigés en raison d'une mauvaise interprétation d'une loi valide.

[87] Notre Cour a également statué que les avantages reçus par le gouvernement conformément

may be recoverable where the payment is made under practical compulsion or actual duress: *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, at p. 587, *per* Major J., for the majority. In that decision, the Court left open the question of the recoverability of payments made under *ultra vires* legislation *in the absence of compulsion*: *Eurig Estate*.

[88] Again, courts have held that benefits conferred under an *agreement* with a public authority that is beyond the power of the state actor to make are recoverable in a restitutionary claim: *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575.

[89] Most recently, this Court in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, *per* Bastarache J., held that taxes collected by public authorities on the basis of an *ultra vires* statute are recoverable where the law is found to be unconstitutional. Restitution is generally “available for the recovery of monies collected under legislation that is subsequently declared to be *ultra vires*”: para. 12. Bastarache J. suggested that where the claim is for unconstitutional taxes, the claim should be brought under public law principles, and not the private law rules of unjust enrichment. However, he added that “[c]laims of unjust enrichment against the government may still be appropriate in certain circumstances”: para. 34. Although the Court rejected Justice La Forest’s *obiter* proposal in *Air Canada*, at pp. 1203-4, that recovery of payments made under *ultra vires* legislation should never be possible, Bastarache J. did not go so far as to embrace Justice Wilson’s dissent on this point (at pp. 1214-15), which would have permitted recovery in cases where unjust enrichment is applied.

[90] Alberta argues that *Kingstreet* stands for the proposition that an action for unjust enrichment cannot be brought against the government. The only

à une loi *invalide* peuvent être recouvrables si le paiement résulte d’une obligation pratique ou de la contrainte : *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, p. 587, le juge Major, au nom des juges majoritaires. Dans cet arrêt, la Cour ne s’est pas prononcée sur la possibilité de recouvrer des paiements effectués en vertu d’une loi *valide en l’absence de contrainte* : *Succession Eurig*.

[88] En outre, les tribunaux ont statué que les avantages conférés en vertu d’un *accord* conclu avec une autorité publique sont recouvrables dans une demande de restitution si cet accord outre-passe les pouvoirs de l’institution publique : *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575.

[89] Tout récemment, dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, le juge Bastarache a conclu au nom de notre Cour que les taxes perçues par les autorités publiques sur le fondement d’une loi *ultra vires* sont recouvrables lorsque la loi est jugée inconstitutionnelle. Il est généralement possible « d’invoquer les règles relatives à la restitution pour recouvrer des sommes perçues en vertu de dispositions législatives ultérieurement déclarées *ultra vires* » : par. 12. Le juge Bastarache a indiqué que si la demande vise des taxes inconstitutionnelles, elle doit être intentée sur le fondement des principes de droit public et non des règles de droit privé en matière d’enrichissement injuste. Toutefois, il a ajouté que les « actions en enrichissement sans cause contre le gouvernement peuvent tout de même être indiquées dans certains cas » : par. 34. Bien que la Cour ait rejeté l’*obiter* du juge La Forest dans *Air Canada*, p. 1203-1204, selon lequel il ne devrait jamais être possible de recouvrer des sommes versées en vertu d’une loi *ultra vires*, le juge Bastarache n’est pas allé jusqu’à faire siens les motifs dissidents de la juge Wilson à cet égard (p. 1214-1215), qui aurait permis le recouvrement dans les cas d’enrichissement injustifié.

[90] L’Alberta prétend que selon l’arrêt *Kingstreet*, une action en enrichissement injustifié ne peut être intentée contre le gouvernement. Selon

recourse, it argues, is under public law principles, such as a claim for misfeasance in public office. The plaintiff class, in response, argues that Alberta interprets *Kingstreet* too narrowly. It fastens on Bastarache J.'s statement that "[c]laims of unjust enrichment against the government may still be appropriate in certain circumstances".

[91] In my view, *Kingstreet* stands for the proposition that public law remedies, rather than unjust enrichment, are the proper route for claims relating to restitution of taxes levied under an *ultra vires* statute, on the ground that the framework of unjust enrichment is ill-suited to dealing with issues raised by a claim that a measure is *ultra vires*. However, *Kingstreet* leaves open the possibility of suing for unjust enrichment in other circumstances. The claim pleaded in this case is not for taxes paid under an *ultra vires* statute. It is not therefore precluded by this Court's decisions in *Kingstreet*. The pleading should be allowed to go to trial, at which point the propriety of the claim for unjust enrichment may be explored more fully in the context of the evidence adduced.

[92] With respect to whether or not a juristic reason exists, Alberta argues that the regulation setting the maximum allowable accommodation charge is a complete answer to any claim in restitution. However, the claim that the regulation is itself invalid is a *Charter* claim, subject to *Charter* remedies.

[93] Alberta argues that the cause of action for unjust enrichment must fail because there is a nexus between the levy and the cost of making the service or benefit available, and therefore that the applicable regulations are not *ultra vires*. However, the sufficiency of the nexus is a matter of reasonableness: see *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008]

la province, la seule voie de recours relève des principes de droit public, par exemple une demande fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique. Le groupe de demandeurs rétorque que l'Alberta interprète l'arrêt *Kingstreet* de manière trop restrictive. Il se fonde sur la déclaration du juge Bastarache selon laquelle les « actions en enrichissement sans cause contre le gouvernement peuvent tout de même être indiquées dans certains cas ».

[91] À mon sens, la Cour a indiqué dans l'arrêt *Kingstreet* que les recours de droit public, plutôt que l'action en enrichissement injustifié, constituent la démarche à suivre pour présenter une demande de restitution de taxes perçues en vertu d'une loi *ultra vires* parce que le cadre de l'enrichissement injustifié n'est pas approprié s'il faut traiter les questions que soulève le caractère *ultra vires* d'une mesure. Toutefois, l'arrêt *Kingstreet* n'écarte pas la possibilité d'une action en enrichissement injustifié dans d'autres circonstances. En l'espèce, on ne réclame pas des taxes payées en vertu d'une loi *ultra vires*. La décision de notre Cour dans l'arrêt *Kingstreet* ne fait donc pas obstacle à la demande. Il y a lieu de permettre que la demande fasse l'objet d'un procès, et le bien-fondé de l'allégation d'enrichissement injustifié pourra y être examiné de façon plus approfondie en fonction de la preuve présentée.

[92] Pour la question de savoir s'il existe un motif juridique, l'Alberta prétend que le règlement fixant le montant maximum des frais d'hébergement permis répond entièrement à toute demande de restitution. Toutefois, la prétention selon laquelle le règlement est lui-même invalide est fondée sur la *Charte* et assujettie aux réparations que prévoit la *Charte*.

[93] L'Alberta prétend que la cause d'action pour enrichissement injustifié doit être rejetée parce qu'il existe un lien entre la perception et ce qu'il en coûte pour fournir les services ou les avantages. La province prétend que les règlements applicables ne sont donc pas *ultra vires*. Toutefois, le caractère suffisant du lien est une question de raisonabilité : voir *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur*



1 S.C.R. 131, at para. 19, *per* Rothstein J., for the Court. It is better explored at trial than on a motion to strike.

[94] Finally, Alberta argues that the claim for unjust enrichment is simply another way of asserting breach of fiduciary duty and negligence, and therefore should be struck. I cannot accept this argument. The claim for unjust enrichment stands on different legal footing than the claims for breach of fiduciary duty or negligence. On the law just reviewed, it should be allowed to proceed. I further note that the restrictions set out in *Welbridge* on suing governments (as opposed to government actors) in tort do not apply to actions for restitution: *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762.

[95] In summary, the plaintiffs plead the three elements of unjust enrichment — benefit, deprivation, and absence of juristic reason for the deprivation. Whatever its chances of ultimate success, it is not plain and obvious that the claim does not disclose a cause of action, and it should be allowed to proceed to trial. As the trial judge correctly observed, at para. 443:

I am satisfied that the cause of action based on unjust enrichment with the remedy of restitution is not hopeless, but rather analytically defensible, *albeit* novel, even dubious. I cannot say that it is “plain and obvious” that no claim exists; nor that the pleadings do not disclose a cause of action based on unjust enrichment with any hope of success. [Emphasis in original.]

[96] I would permit the plea of unjust enrichment to proceed.

E. *The Section 15(1) Claim of Discrimination*

[97] The plaintiffs plead that the imposition on the class members of an obligation to pay health

*général*), 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131, par. 19, le juge Rothstein au nom de la Cour. Il convient mieux d’examiner cette question au procès plutôt que dans le cadre d’une requête en radiation.

[94] Enfin, l’Alberta plaide que la réclamation pour enrichissement injustifié constitue simplement une autre façon d’invoquer le manquement à l’obligation fiduciaire et la négligence, et devrait donc être radiée. Je ne puis accepter cet argument. L’allégation d’enrichissement injustifié repose sur un fondement juridique différent des allégations de manquement à l’obligation fiduciaire ou de négligence et selon les principes de droit que nous venons d’examiner, elle devrait être conservée. Je signale en outre que les restrictions énoncées dans *Welbridge* en ce qui concerne les poursuites en responsabilité délictuelle contre les gouvernements (par opposition aux acteurs gouvernementaux) ne s’appliquent pas aux actions en restitution : *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762.

[95] En résumé, les demandeurs plaident les trois éléments de l’enrichissement injustifié — l’avantage, l’appauvrissement et l’absence de motifs juridiques justifiant l’appauvrissement. Peu importe si la demande a des chances d’être accueillie ou non, il n’est pas clair et évident qu’elle ne révèle aucune cause d’action et il faudrait permettre qu’elle soit instruite. Comme la juge de première instance l’a fait observer à juste titre au par. 443 :

[TRADUCTION] Je suis convaincue que la cause d’action fondée sur l’enrichissement injustifié ainsi que la demande de restitution ne sont pas vouées à l’échec; elles sont plutôt analytiquement défendables, *bien que* novatrices, voire discutables. Je ne saurais affirmer qu’il est « évident et manifeste » qu’il n’y a lieu à aucune réclamation, ni que les allégations ne révèlent aucune cause d’action fondée sur l’enrichissement injustifié qui pourrait être accueillie. [En italique dans l’original.]

[96] Je suis d’avis que l’allégation d’enrichissement injustifié peut être instruite.

E. *L’allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1)*

[97] Les demandeurs font valoir que l’obligation faite aux membres du groupe de payer les frais

care costs violates s. 15(1) of the *Charter*. They say the charges were imposed solely on the basis of the class members' age, mental disability, physical disability, or some combination thereof, and the consequent infringement of their equality rights is not demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. They seek restoration of the accommodation charges and damages under s. 24(1) of the *Charter*, and a declaration that the listed provisions are of no force or effect to the extent of their inconsistency with s. 15(1).

[98] My understanding is that the plea for relief under s. 15(1) is not directly challenged by the Province. Although the Province argues that a class action is not the preferable procedure for the *Charter* claim or its remedy, the Crown does not seek to strike the plea of discrimination itself; instead, it asks that we order it to proceed in another form. In light of my other conclusions, especially the survival of the plea of unjust enrichment, and without commenting on its merits, I would permit the s. 15 claim to proceed as part of the class action.

#### F. *Whether the Claim Should Be Decertified*

[99] Although the claims for unjust enrichment and breach of s. 15(1) of the *Charter* survive, Alberta nevertheless argues that the action should be decertified because a class proceeding is not the preferable procedure. Alberta submits that an individualized cost review would have to be conducted for each proposed class member, to determine whether particular charges for individual residents of specific LTCFs did not reflect the actual cost of accommodation and meals. Alberta argues that the charges will vary by time, regions, operator and resident, and — on the plaintiffs' theory — there is no wrong done unless it can be shown that the costs of accommodation and meals

de soins de santé contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Ils affirment que les frais ont été imposés uniquement sur le fondement de l'âge, de l'incapacité mentale et de la déficience physique des membres du groupe, ou d'une combinaison de ces facteurs, et que la violation de leur droit à l'égalité ne peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Ils cherchent à obtenir le remboursement des frais d'hébergement ainsi que des dommages-intérêts sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* et sollicitent un jugement déclarant que les dispositions susmentionnées sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec le par. 15(1).

[98] Je crois comprendre que la province ne conteste pas directement la réparation sollicitée sur le fondement du par. 15(1). Bien que la province prétende qu'un recours collectif n'est pas la meilleure façon de procéder pour invoquer la *Charte* ou demander une réparation fondée sur la *Charte*, la province ne demande pas la radiation de l'allégation de discrimination elle-même; elle nous demande plutôt d'ordonner aux demandeurs de présenter leur demande sous une autre forme. Compte tenu de mes autres conclusions, en particulier le maintien de l'allégation d'enrichissement injustifié, et sans commenter sur le bien-fondé de l'allégation fondée sur l'art. 15, je suis d'avis de permettre que cette allégation soit examinée dans le cadre du recours collectif.

#### F. *Le recours doit-il être annulé?*

[99] Bien que les allégations d'enrichissement injustifié et de violation du par. 15(1) de la *Charte* subsistent, l'Alberta prétend que le recours doit être annulé parce qu'un recours collectif n'est pas la procédure qui convient le mieux. L'Alberta prétend qu'un examen des coûts devrait être effectué pour chacun des membres du groupe afin de déterminer si des frais particuliers réclamés à des résidents de certains ESLD ne reflétaient pas les coûts réels de l'hébergement et des repas. L'Alberta prétend que les frais varient selon l'époque, les régions, l'exploitant et le résident et, selon la thèse des demandeurs, aucun tort n'a été causé sauf s'il peut être démontré que les coûts de l'hébergement et des repas pour

for a particular resident did not reflect the actual costs of providing those services.

[100] I would reject Alberta's argument: The common questions certified by the judge at first instance ask whether the accommodation charges, *as a practice carried out on a class-wide basis*, resulted in unjust enrichment. The claim as pleaded does not require an individual assessment of the nexus between *specific* accommodation and meal charges in order to ground any potential liability to the class. The *Class Proceedings Act* provides sufficient remedial flexibility — by means of the aggregate assessment of damages (ss. 30-33) — to address any potential difficulties in assessing, awarding, and distributing damages.

[101] For these reasons, I find that a class proceeding remains the preferable procedure and I decline to decertify the action.

#### IV. Conclusion

[102] Based on the foregoing, I would allow the appeal in part and strike the pleas of breach of fiduciary duty, negligence and bad faith. Without endorsing them, I would leave untouched the claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter* and the plea of unjust enrichment, along with any other pleas which survived in the lower courts and were not appealed to this Court. Certification of the class and the unaffected common questions will remain, since the action, in truncated form, survives.

[103] Costs will be in the cause.

*Appeal allowed in part.*

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

*Solicitors for the respondents: Parlee McLaws, Edmonton.*

un pensionnaire donné ne reflétaient pas les coûts réels de la prestation de ces services.

[100] Je suis d'avis de rejeter l'argument de l'Alberta. Les questions communes autorisées par la juge en première instance portaient sur la question de savoir si les frais d'hébergement, à titre de pratique appliquée dans l'ensemble du groupe, ont occasionné un enrichissement injustifié. L'allégation, telle que formulée, n'exige pas que l'on apprécie individuellement le lien entre des frais d'hébergement et de repas précis pour qu'il soit possible de conclure à une quelconque responsabilité envers le groupe. La *Class Proceedings Act* prévoit, en matière de réparation, suffisamment de souplesse — grâce à l'évaluation globale des dommages (art. 30-33) — pour régler tout problème éventuel dans l'appréciation, l'octroi et la répartition des dommages-intérêts.

[101] Pour ces motifs, je conclus qu'un recours collectif demeure la meilleure procédure et je refuse d'annuler le recours.

#### IV. Conclusion

[102] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de radier les allégations relatives au manquement à l'obligation fiduciaire, à la négligence et à la mauvaise foi. Sans les approuver, je laisserais telles quelles l'allégation relative à la discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* et l'allégation relative à l'enrichissement injustifié, ainsi que toute autre allégation qui n'a pas été radiée par les tribunaux inférieurs et n'a pas été portée en appel devant notre Cour. La détermination de la composition du groupe et les questions communes qui n'ont pas été touchées subsisteront, puisque l'action, bien que tronquée, subsiste.

[103] Les dépens suivront l'issue de la cause.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs des intimés : Parlee McLaws, Edmonton.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Information Commissioner of  
Canada** *Appellant*

v.

**Minister of National Defence** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
Canadian Newspaper Association,  
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association and Canadian Association of  
Journalists** *Interveners*

- and -

**Information Commissioner of  
Canada** *Appellant*

v.

**Prime Minister of Canada** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
Canadian Newspaper Association,  
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association and Canadian Association of  
Journalists** *Interveners*

- and -

**Information Commissioner of  
Canada** *Appellant*

v.

**Minister of Transport Canada** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
Canadian Newspaper Association,**

**Commissaire à l'information du  
Canada** *Appelant*

c.

**Ministre de la Défense nationale** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Association canadienne des journaux,  
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association et Association canadienne des  
journalistes** *Intervenantes*

- et -

**Commissaire à l'information du  
Canada** *Appelant*

c.

**Premier ministre du Canada** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Association canadienne des journaux,  
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association et Association canadienne des  
journalistes** *Intervenantes*

- et -

**Commissaire à l'information du  
Canada** *Appelant*

c.

**Ministre des Transports du Canada** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Association canadienne des journaux,**

**Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association and Canadian Association of  
Journalists** *Intervenors*

- and -

**Information Commissioner of  
Canada** *Appellant*

v.

**Commissioner of the Royal Canadian  
Mounted Police** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
Canadian Newspaper Association,  
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association and Canadian Association of  
Journalists** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (INFORMATION  
COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF  
NATIONAL DEFENCE)**

**2011 SCC 25**

File No.: 33300, 33299, 33296, 33297.

2010: October 7; 2011: May 13.

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

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

*Access to information — Access to records — Request  
for Ministers' records located in ministerial offices —  
Whether records “under control of government  
institution” as provided in legislation — Access to  
Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 3, 4(1).*

*Access to information — Exemptions — Privacy —  
Personal information — Request for Prime Minister's  
agenda — Whether agenda constitutes “personal  
information” as defined in legislation — If so, whether  
agenda should nonetheless be disclosed because Prime  
Minister is “officer” of government institution — Access*

**Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association et Association canadienne des  
journalistes** *Intervenantes*

- et -

**Commissaire à l'information du  
Canada** *Appelant*

c.

**Commissaire de la Gendarmerie royale du  
Canada** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Association canadienne des journaux,  
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers  
Association et Association canadienne des  
journalistes** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFOR-  
MATION) c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE  
NATIONALE)**

**2011 CSC 25**

N° du greffe : 33300, 33299, 33296, 33297.

2010 : 7 octobre; 2011 : 13 mai.

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

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

*Accès à l'information — Accès à des documents —  
Demande de documents ministériels situés dans les  
bureaux de ministres — Les documents « relèvent-ils  
d'une institution fédérale » aux termes de la loi? — Loi  
sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 3,  
4(1).*

*Accès à l'information — Exceptions — Protection  
des renseignements personnels — Renseignements per-  
sonnels — Demande de communication de l'agenda du  
premier ministre — L'agenda constitue-t-il des « rensei-  
gnements personnels » au sens de la loi? — Dans l'affir-  
mative, l'agenda doit-il malgré tout être communiqué*

to *Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3.

These appeals bring together four applications by the Information Commissioner of Canada for judicial review of refusals to disclose certain records, requested almost a decade ago, under the *Access to Information Act*. The first three applications concern refusals to disclose records located within the offices of then Prime Minister Chrétien, then Minister of Defence Eggleton, and then Minister of Transport Collenette, respectively. The fourth application concerns the refusal to disclose those parts of the Prime Minister's agenda in the possession of the RCMP and PCO. The applications judge refused disclosure on the first three applications, but ordered it on the fourth. The Federal Court of Appeal overturned his decision on the fourth application only.

*Held*: The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Any refusal to disclose requested documents is subject to independent review by the courts on a standard of correctness. In turn, the standard of appellate review of the applications judge's decision on questions of statutory interpretation is also correctness. However, the standard of review of his decision on whether the requested documents were in fact under the control of the government institution is one of deference, provided the decision is not premised on a wrong legal principle and absent palpable and overriding error.

On the first three applications, the applications judge's reasons demonstrate that he conducted a full analysis of the statutes guided by well-established principles of statutory interpretation. At the conclusion of his analysis, the applications judge held that the words in s. 4(1) of the *Access to Information Act* mean that the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the "government institution" for which they are responsible. The Federal Court of Appeal rightly held that the applications judge's analysis contains no error. The meaning of "government institution" is clear. No contextual consideration warrants the Court interpreting Parliament to have intended that

*parce que le premier ministre est le « cadre » d'une institution fédérale? — Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3.

Les pourvois regroupent quatre demandes présentées par la Commissaire à l'information du Canada en vue d'obtenir la révision judiciaire d'un refus de communiquer certains documents réclamés il y a une dizaine d'années en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les trois premières demandes concernent le refus de communiquer des documents qui se trouvaient respectivement au cabinet du premier ministre de l'époque, M. Chrétien, au cabinet du ministre de la Défense nationale de l'époque, M. Eggleton, et au cabinet du ministre des Transports de l'époque, M. Collenette. La quatrième demande concerne le refus de communiquer les parties de l'agenda du premier ministre qui se trouvent en la possession de la GRC et du BCP. Le juge de première instance a refusé la communication dans le cas des trois premières demandes, mais il l'a ordonnée dans le cas de la quatrième. La Cour d'appel fédérale n'a infirmé que sa décision relative à la quatrième demande.

*Arrêt* : Les pourvois sont rejetés.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le refus de communiquer les documents demandés est susceptible de recours indépendants devant les tribunaux selon la norme de la décision correcte. La norme de révision en appel applicable à la décision du juge de première instance relative aux questions d'interprétation des lois est également celle de la décision correcte. La norme de contrôle de sa décision quant à savoir si les documents demandés relèvent effectivement de l'institution fédérale est empreinte de déférence, pourvu que la décision ne soit pas fondée sur un principe juridique erroné ni entachée d'une erreur manifeste et dominante.

Dans le cas des trois premières demandes, les motifs du juge de première instance démontrent qu'il a procédé à une analyse approfondie des lois en se guidant sur des principes bien établis d'interprétation des lois. Au terme de son analyse, le juge a affirmé qu'il ressort des termes employés au par. 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* que le CPM et les cabinets ministériels en cause ne font pas partie de l'« institution fédérale » dont ils sont responsables. La Cour d'appel fédérale a conclu à bon droit que l'analyse du juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur. Le sens de l'expression « institution fédérale » est clair. Aucune considération d'ordre contextuel ne justifie la Cour de penser que le

the definition of “government institution” include ministerial offices.

The question then becomes whether the requested records held within the respective ministerial offices are nonetheless “under the control” of their related government institutions within the meaning of s. 4(1) of the Act. The word “control” is an undefined term in the statute. As the applications judge made clear, the word must be given a broad and liberal meaning in order to create a meaningful right of access to government information. While physical control over a document will obviously play a leading role in any case, it is not determinative of the issue of control. Thus, if the record requested is located in a Minister’s office, this does not end the inquiry. Rather, this is the point at which a two-step inquiry commences. Step one acts as a useful screening device. It asks whether the record relates to a departmental matter. If it does not, that indeed ends the inquiry. If the record requested relates to a departmental matter, however, the inquiry into control continues. Under step two, all relevant factors must be considered in order to determine whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy upon request. These factors include the substantive content of the record, the circumstances in which it was created, and the legal relationship between the government institution and the record holder. The reasonable expectation test is objective. If a senior official of the government institution, based on all relevant factors, reasonably should be able to obtain a copy of the record, the test is made out and the record must be disclosed, unless it is subject to any specific statutory exemption. There is no presumption of inaccessibility for records in a minister’s office. Further, this test does not lead to the wholesale hiding of records in ministerial offices. Rather, it is crafted to answer the concern. In addition, Parliament has included strong investigatory provisions that guard against intentional acts to hinder or obstruct an individual’s right to access.

Applying this test to the material before him, the applications judge concluded that none of the requested records was in the control of a government institution. The conclusions he reached on the issue of control were open to him on the record and entitled to deference.

législateur voulait que les cabinets ministériels soient inclus dans la définition de l’expression « institution fédérale ».

Il s’agit alors de savoir si les documents demandés qui se trouvent dans les cabinets ministériels en question « relèvent » malgré tout de l’institution fédérale concernée au sens du par. 4(1) de la Loi. L’expression « relevant de » n’est pas définie dans la Loi. Ainsi que le juge de première instance l’a bien précisé, l’expression doit être interprétée d’une manière large et libérale pour assurer un droit d’accès efficace aux documents de l’administration fédérale. Bien que la possession matérielle du document joue de toute évidence un rôle important dans chaque cas, elle ne constitue pas un facteur déterminant sur la réponse à la question de savoir de qui ce document relève. Ainsi, si le document demandé se trouve au cabinet du ministre, l’analyse ne s’arrête pas là. C’est en fait à ce point qu’il convient d’entamer une analyse en deux étapes. La première étape se veut un mécanisme de tamisage utile. À cette étape, on se demande si le document se rapporte à une affaire ministérielle. Si tel n’est pas le cas, on ne pousse pas l’analyse plus loin. Si, toutefois, le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle, l’analyse se poursuit. À la seconde étape, il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer si l’institution fédérale pouvait raisonnablement s’attendre à obtenir sur demande une copie du document. Parmi ces facteurs, mentionnons la teneur réelle du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu’entretiennent l’institution fédérale et le détenteur du document. Le critère de l’attente raisonnable est objectif. Si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, le cadre supérieur de l’institution fédérale devrait raisonnablement être en mesure d’obtenir une copie du document, le critère est satisfait et le document doit être communiqué, à moins qu’il ne soit assujéti à une exemption spécifique prévue par la loi. Il n’existe aucune présomption d’inaccessibilité des documents se trouvant au cabinet d’un ministre. De plus, ce critère ne conduit pas à une mise au secret générale des documents se trouvant dans les cabinets ministériels. Le critère est plutôt conçu de manière à éviter ce problème. Qui plus est, le législateur a prévu des dispositions d’enquête solides pour éviter toute tentative délibérée d’entraver le droit d’accès des citoyens.

Applicant ce critère aux documents qui lui étaient soumis, le juge de première instance a conclu qu’aucun des documents demandés ne relevait d’une institution fédérale. Compte tenu du dossier, il lui était loisible de tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé sur la question de savoir si les documents relevaient ou non d’une institution fédérale et il y a lieu de faire preuve de déférence envers ces conclusions.



On the fourth application, it is agreed that the Prime Minister's agendas in the possession of the RCMP and the PCO were under the control of a "government institution". Records under the control of these institutions must be disclosed, subject to certain statutory exemptions. Section 19(1) of the *Access to Information Act* prohibits the head of a government institution from releasing any record that contains personal information as defined in s. 3 of the *Privacy Act*. However, s. 3(j) creates an exception by allowing for the disclosure of personal information where such information pertains to an individual who is or was an officer or employee of a government institution and where the information relates to the position or function of the individual. The applications judge held that the Prime Minister was an officer of PCO. In doing so, he relied upon the definitions of public officer found in the *Financial Administration Act* and the *Interpretation Act*. The Federal Court of Appeal rightly held that the applications judge erred in relying upon these definitions. It would be inconsistent with Parliament's intention to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister as an officer of a government institution. Had Parliament intended the Prime Minister to be treated as an "officer" of the PCO pursuant to the *Privacy Act*, it would have said so expressly. Thus, the relevant portions of the Prime Minister's agenda under the control of the RCMP and the PCO fall outside the scope of the access to information regime.

*Per LeBel J.*: Ministers' offices are not listed in Schedule I of the Act, and accordingly they should not be considered "government institutions". Nonetheless, this conclusion cannot be the basis for an implied exception for political records. The fact that Ministers' offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister's office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head of the government institution must facilitate access to it on the basis of the two-part control test as stated in the reasons of Charron J. If the record holder is the Minister, the fact that his or her office is not part of the government institution he or she oversees may weigh in the balance. The reality that Ministers wear many hats must also be taken into account. A Minister is a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration

Pour ce qui est de la quatrième demande, il est acquis aux débats que les agendas du premier ministre qui se trouvaient en la possession de la GRC et du BCP relevaient d'une « institution fédérale ». Les documents relevant de ces institutions doivent donc être communiqués, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* prescrit au responsable d'une institution fédérale de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'alinéa j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de cette dernière loi prévoit toutefois une exception en permettant la communication de renseignements personnels qui concernent un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et qui portent sur son poste ou ses fonctions. Le juge de première instance a affirmé que le premier ministre était un cadre du BCP. Pour ce faire, il s'est fondé sur les définitions de l'expression « fonctionnaire public » que l'on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* et la *Loi d'interprétation*. La Cour d'appel fédérale a jugé à juste titre que le juge avait commis une erreur en se fondant sur ces définitions. Il irait à l'encontre de la volonté du législateur d'interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de manière à assimiler le premier ministre à un cadre d'une institution fédérale. Si le législateur fédéral avait voulu que le premier ministre soit assimilé à un « cadre » du BCP pour l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il l'aurait dit explicitement. Ainsi, les passages pertinents de l'agenda du premier ministre relevant de la GRC et du BCP échappent à l'application du régime d'accès à l'information.

*Le juge LeBel* : Les cabinets des ministres ne figurent pas à l'annexe I de la Loi, et ils ne doivent donc pas être considérés comme des « institutions fédérales ». Néanmoins, cette conclusion ne saurait justifier la création d'une exception implicite au sujet des documents politiques. Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n'empêche pas un document qui ne se trouve pas dans les locaux d'une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d'un ministre relève d'une institution fédérale, la Loi s'applique à ce document. En pareil cas, le responsable de l'institution fédérale doit faciliter l'accès au document conformément au critère en deux étapes relatif à l'expression « relevant de » formulé par la juge Charron. Si le ministre détient le document, le fait que son cabinet ne fasse pas partie de l'institution fédérale qu'il dirige peut être pris en considération. Il faut aussi tenir compte du fait que les ministres agissent

of a government department, but is usually also a Member of Parliament in addition to being a member of a political party for which he or she performs various functions and, finally, a private person. It is conceivable that many records will not fall neatly into one category or another. The head of a government institution is responsible for determining whether such hybrid documents should be disclosed. The first step in the assessment is to consider whether the records fall within the scope of the Act. If they do, the head must then perform the second step of the assessment process: to determine whether the records fall under any of the exemptions provided for in the Act. Depending on which exemption applies, the head may or may not have the discretion to disclose the document.

A presumption that a Minister's records are beyond the scope of the Act would upset the balance between the head's discretionary powers and the Commissioner's powers of investigation. Such an interpretation of the Act would effectively leave the head of a government institution with the final say as to whether a given document was under the institution's control and would run counter to the purpose of the Act, according to which decisions on the disclosure of government information must be reviewed independently. This is crucial to the intended balance between access to information and good governance.

In the circumstances in which the records at issue in the first three applications were created and managed, a government institution would not have a reasonable expectation of obtaining them. These documents were therefore not under the control of a government institution. As for the records in the possession of the RCMP and PCO, even though they were under the control of a government institution, the heads of those institutions had an obligation to refuse to disclose them.

### Cases Cited

By Charron J.

**Referred to:** *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002]

en plusieurs qualités. Un ministre est non seulement membre du Cabinet et responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère, mais il est aussi — dans la plupart des cas — un député, en plus d'appartenir à un parti politique pour le compte duquel il exerce différentes fonctions et, enfin, il demeure un particulier. Il se peut que bon nombre de documents ne relèvent pas clairement de l'une ou l'autre de ces catégories. Il appartient au responsable d'une institution fédérale de déterminer si ces documents mixtes qui se trouvent au cabinet d'un ministre doivent être communiqués. La première étape de cet examen consiste à établir si les documents tombent dans le champ d'application de la Loi. Si c'est le cas, le responsable doit alors, à la deuxième étape de l'examen, se demander s'ils sont assujettis à l'une des exemptions prévues à la Loi. Selon l'exemption applicable, le responsable peut disposer ou non du pouvoir discrétionnaire de communiquer le document.

Une présomption écartant les documents d'un ministre du champ d'application de la Loi romprait l'équilibre qui existe entre le pouvoir discrétionnaire du responsable et le pouvoir d'enquête du Commissaire. Si elle est retenue, cette interprétation de la Loi laisserait effectivement au responsable d'une institution fédérale le soin de décider en dernier ressort si un document donné relève de l'institution fédérale en cause et irait à l'encontre de l'objet de la Loi, soit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants. La réalisation de cet objet est fondamentale pour le maintien de l'équilibre recherché entre l'accès à l'information et la bonne gouvernance.

Vu les circonstances dans lesquelles les documents en question dans les trois premières demandes ont été rédigés et gérés, une institution fédérale ne pourrait raisonnablement pas s'attendre à les obtenir. Les documents ne relevaient donc pas d'une institution fédérale. Quant aux documents que possèdent le BCP et la GRC, les responsables de ces institutions étaient tenus d'en refuser la communication même s'ils relevaient d'une institution fédérale.

### Jurisprudence

Citée par la juge Charron

**Arrêts mentionnés :** *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Housen c. Nikolaisen*, 2002

2 S.C.R. 235; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; *Privacy Commissioner (Can.) v. Canada Labour Relations Board* (2000), 257 N.R. 66; *Rubin v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2001 FCT 440, 204 F.T.R. 313; *Canada (Attorney General) v. Information Commissioner (Can.)*, 2001 FCA 25, 268 N.R. 328; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, 2004 FCA 286, 328 N.R. 98; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403.

By LeBel J.

**Referred to:** *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1996] 1 S.C.R. 6; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 3 “government institution”, “head”, 4, 6, 7 to 9, 10, 13 to 26, 30(3), 35, 36, 37, 41, 42, 48, 49, 73.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2.  
*Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9.  
*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 2 “public officer”.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 “public officer”, 3(1), 24, 35.  
*Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, s. 2 “government record”, “ministerial record”.

CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, 2000 CanLII 15487; *Rubin c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2001 CFPI 440 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2001 CAF 25 (CanLII); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CAF 286 (CanLII); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1996] 1 R.C.S. 6; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « fonctionnaire public », 3(1), 24, 35.  
*Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2, 3 « institution fédérale », « responsable d'institution fédérale », 4, 6, 7 à 9, 13 à 26, 30(3), 35, 36, 37, 41, 42, 48, 49, 73.  
*Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11, art. 2 « document fédéral », « document ministériel ».

*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3 “head”, “personal information” (j).

#### Authors Cited

*Canadian Oxford Dictionary*. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2001, “control”.

Drapeau, Michel William, and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011*. Toronto: Carswell, 2010.

Levine, Gregory James. *The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2007.

McEldowney, John F. “Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government” (2008), 1 *J.P.P.L.* 203.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Sharlow J.J.A.), 2009 FCA 175, 393 N.R. 51, [2009] F.C.J. No. 692 (QL), 2009 CarswellNat 1521, affirming in part a judgment of Kelen J., 2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] F.C.J. No. 939 (QL), 2008 CarswellNat 1979. Appeals dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Sharlow J.J.A.), 2009 FCA 181, 393 N.R. 54, 310 D.L.R. (4th) 748, [2009] F.C.J. No. 693 (QL), 2009 CarswellNat 1523, reversing in part a judgment of Kelen J., 2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] F.C.J. No. 939 (QL), 2008 CarswellNat 1979. Appeal dismissed.

*Jessica R. Orkin, Marlys A. Edwardh, Laurence Kearley and Diane Therrien*, for the appellant.

*Christopher Rupar, Jeffrey G. Johnston and Mandy Moore*, for the respondents.

*Ryder Gilliland*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Paul Schabas*, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonctionnaire public ».

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » j), « responsable d’institution fédérale ».

#### Doctrine citée

*Canadian Oxford Dictionary*. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2001, « control ».

Drapeau, Michel William, and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011*. Toronto: Carswell, 2010.

*Grand Robert de la langue française* (version électronique), « relever de ».

Levine, Gregory James. *The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2007.

McEldowney, John F. « Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government » (2008), 1 *J.P.P.L.* 203.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Sharlow), 2009 CAF 175, 393 N.R. 51, [2009] A.C.F. n° 692 (QL), 2009 CarswellNat 4766, qui a confirmé en partie un jugement du juge Kelen, 2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] A.C.F. n° 939 (QL), 2008 CarswellNat 3718. Pourvois rejetés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Sharlow), 2009 CAF 181, 393 N.R. 54, 310 D.L.R. (4th) 748, [2009] A.C.F. n° 693 (QL), 2009 CarswellNat 5640, qui a infirmé en partie un jugement du juge Kelen, 2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] A.C.F. n° 939 (QL), 2008 CarswellNat 3718. Pourvoi rejeté.

*Jessica R. Orkin, Marlys A. Edwardh, Laurence Kearley et Diane Therrien*, pour l’appellant.

*Christopher Rupar, Jeffrey G. Johnston et Mandy Moore*, pour les intimés.

*Ryder Gilliland*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Paul Schabas*, pour les intervenantes l’Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian

Media Lawyers Association and the Canadian Association of Journalists.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] These appeals bring together four applications by the Information Commissioner of Canada for judicial review of refusals to disclose certain records to a person who requested them under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1. The records, requested almost a decade ago, generally consist of agendas, notes and emails relating to the activities of then-Prime Minister Jean Chrétien, then-Minister of National Defence Art Eggleton, and then-Minister of Transport David Collenette.

[2] The first three applications concern refusals to disclose records located within the offices of the Prime Minister, the Minister of National Defence, and the Minister of Transport, respectively. Each record holder, jointly called the “Government” in these appeals, takes the position that his office is not subject to the *Access to Information Act*. The fourth application concerns the refusal to disclose those parts of the Prime Minister’s agenda in the possession of the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) and the Privy Council Office (“PCO”). The record holders in this application agree that they are subject to the Act; they argue, however, that the information contained in the requested records is exempt from disclosure under s. 19(1) of the *Access to Information Act*, as it constitutes “personal information” within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

Media Lawyers Association et l’Association canadienne des journalistes.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Aperçu général

[1] Les présents pourvois regroupent quatre demandes présentées par la Commissaire à l’information du Canada en vue d’obtenir la révision judiciaire d’un refus de communiquer certains documents à la personne qui les avait réclamés en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1. Les documents en question, qui ont été demandés il y a une dizaine d’années, consistent de façon générale en des agendas, des notes et des courriels se rapportant aux activités du premier ministre de l’époque, Jean Chrétien, du ministre de la Défense de l’époque, Art Eggleton, et du ministre des Transports de l’époque, David Collenette.

[2] Les trois premières demandes concernent le refus de communiquer des documents qui se trouvaient respectivement au cabinet du premier ministre, au cabinet du ministre de la Défense nationale et au cabinet du ministre des Transports. Les détenteurs des documents, appelés collectivement « le gouvernement » dans les présents pourvois, soutiennent tous que leur cabinet respectif n’est pas assujéti à la *Loi sur l’accès à l’information*. La quatrième demande concerne le refus de communiquer les pages de l’agenda du premier ministre qui se trouvent en la possession de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») et du Bureau du Conseil privé (« BCP »). Dans cette demande, tout en admettant qu’ils sont assujéti à la Loi, les détenteurs des documents affirment toutefois que les renseignements contenus dans les documents demandés sont soustraits à la communication par application du par. 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*, étant donné qu’ils constituent des « renseignements personnels » au sens de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21.

[3] The requester has the right, under s. 4 of the *Access to Information Act*, to be given access to “any record under the control of a government institution”. On the first three applications, there is no issue that, by definition, “government institution” includes the PCO, the Department of National Defence, and the Department of Transport. The question is whether each government institution includes the office of the Minister who presides over it. In other words: Is the Prime Minister’s office (“PMO”) part of the PCO? Is the office of the Minister of National Defence part of the Department of National Defence? Is the office of the Minister of Transport part of the Department of Transport?

[4] Following a detailed analysis, Kelen J. of the Federal Court of Canada answered no to each question, holding that the respective entities were separate (2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86). In his view, the words of the statute read in their ordinary sense, in context, and harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament made this clear. Expert evidence on the functioning of government also supported this interpretation. He concluded that “no contextual consideration could warrant the Court interpreting Parliament to have intended the PMO to be part of the PCO for the purposes of the Act. The same is true with respect to ministers’ offices not being part of the respective government institutions” (para. 77). In a brief oral judgment, Sharlow J.A., speaking for the Federal Court of Appeal, upheld Kelen J.’s interpretation of the statute on this point (2009 FCA 175, 393 N.R. 51 (“Decision 1”)), and again in 2009 FCA 181, 393 N.R. 54 (“Decision 2”).

[5] As the ministerial entities were held to be separate, a second question arose: Are the records requested, despite being physically located in

[3] En vertu de l’art. 4 de la *Loi sur l’accès à l’information*, l’auteur de la demande a droit à l’accès « aux documents relevant d’une institution fédérale ». Dans le cas des trois premières demandes, il est acquis aux débats que, par définition, le Bureau du Conseil privé, le ministère de la Défense nationale et le ministère des Transports sont des « institutions fédérales ». La question qui se pose est de savoir si le cabinet du ministre responsable de chacune de ces institutions fédérales fait lui aussi partie de cette institution fédérale. En d’autres termes, le cabinet du premier ministre (« CPM ») fait-il partie du BCP? Le cabinet du ministre de la Défense nationale fait-il partie du ministère de la Défense nationale? Et le cabinet du ministre des Transports fait-il partie du ministère des Transports?

[4] Au terme d’une analyse fouillée, le juge Kelen de la Cour fédérale du Canada a répondu par la négative à chacune de ces questions, estimant que les entités en cause étaient distinctes (2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86). À son avis, cette conclusion ressortait à l’évidence des termes de la Loi, lorsqu’on les interprète en tenant compte du contexte de la Loi et suivant le sens ordinaire qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi et avec l’intention du législateur. Les témoignages des experts entendus au sujet des rouages du gouvernement appuyaient également cette interprétation. Il a conclu « qu’aucune considération contextuelle n’autorise la Cour à dire que le législateur voulait que le CPM soit considéré comme une partie intégrante du BCP aux fins de la Loi. Il en va de même pour les cabinets des ministres, qui ne font pas partie des institutions fédérales concernées » (par. 77). Dans un bref jugement prononcé à l’audience, la juge Sharlow, qui s’exprimait au nom de la Cour d’appel fédérale, a confirmé sur ce point l’interprétation que le juge Kelen avait faite de la Loi (2009 CAF 175 (CanLII) (« décision 1 »)), et de nouveau à 2009 CAF 181 (CanLII) (« décision 2 »).

[5] Comme les entités ministérielles ont été considérées comme distinctes, une autre question s’est posée, à savoir si les documents demandés

the respective offices of the Prime Minister, the Minister of National Defence, or the Minister of Transport, nonetheless “under the control” of the related government institution within the meaning of s. 4 of the *Access to Information Act*?

[6] After surveying the jurisprudence, Kelen J. concluded that no single factor is determinative of whether a record is under the control of a government institution. However, the relevant factors could usefully be distilled into a two-part test that asks: (1) whether the contents of the document relate to a departmental matter; and (2) whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy of the document upon request. If both questions are answered in the affirmative, the document is under the control of the government institution. Kelen J. considered the contents of the records and the circumstances in which they were created, and concluded that none of the records requested was under the control of the related government institution. The Federal Court of Appeal agreed with the control test proposed by Kelen J. It also upheld his decision regarding the requested records, stating that it was open to him to come to this conclusion “by drawing reasonable inferences from the evidence before him, as he did” (Decision 1, at para. 9).

[7] Thus, the answers provided by the courts below on the meaning of “government institution” and “control” effectively disposed of the first three applications in favour of the Government.

[8] In the fourth application, there is no dispute that the RCMP and the PCO are government institutions and that, subject to any exemption under the *Access to Information Act*, records under their control must be disclosed. While a number of exemptions were at issue in first instance, the question on this appeal is whether the records

« relevaient » de l’institution fédérale concernée au sens de l’art. 4 de la *Loi sur l’accès à l’information* malgré le fait qu’ils se trouvaient matériellement au cabinet du premier ministre ou à celui du ministre de la Défense nationale ou du ministre des Transports.

[6] Le juge Kelen a passé en revue la jurisprudence et a conclu qu’aucun facteur n’était à lui seul déterminant pour répondre à la question de savoir si un document relevait ou non d’une institution fédérale. Il a toutefois estimé que les facteurs pertinents pouvaient être utilement ramenés à un seul critère en deux volets, à savoir : (1) le contenu du document se rapporte-t-il à une affaire ministérielle? (2) L’institution fédérale en cause pourrait-elle raisonnablement s’attendre à obtenir une copie du document sur demande? Si la réponse à ces deux questions était affirmative, le document relevait selon lui de l’institution fédérale. Le juge Kelen a tenu compte du contenu des documents et des circonstances dans lesquelles ils ont été créés et a conclu qu’aucun des documents demandés ne relevait de l’institution fédérale concernée. La Cour d’appel fédérale a accepté le critère proposé par le juge Kelen pour déterminer si un document relevait ou non d’une institution fédérale. Elle a également confirmé la décision du juge Kelen en ce qui a trait aux documents réclamés, estimant qu’il était loisible au juge Kelen d’en arriver à cette conclusion « en tirant des inférences raisonnables à partir des éléments de preuve dont il était saisi, ce qu’il a fait d’ailleurs » (décision 1, par. 9).

[7] Ainsi, les réponses que les juridictions inférieures ont données au sujet du sens des expressions « institution fédérale » et « relevant de » ont eu pour effet de trancher les trois premières demandes en faveur du gouvernement.

[8] En ce qui concerne la quatrième demande, il est acquis aux débats que la GRC et le BCP sont des institutions fédérales et que, sous réserve des exceptions prévues par la *Loi sur l’accès à l’information*, les documents qui relèvent de ces institutions doivent être communiqués. Bien que plusieurs exceptions aient été en litige en première instance,

requested consist of “personal information” within the meaning of s. 19(1) of the *Access to Information Act*. This provision prohibits the head of a government institution from disclosing “any record . . . that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*”. Under this provision, “personal information” “means information about an identifiable individual that is recorded in any form”.

[9] The parties agree that the Prime Minister’s agenda falls within the general definition of “personal information”. However, s. 3 “personal information” (j) of the *Privacy Act* creates an exception by excluding from the scope of protection such information which pertains to “an individual who is or was an officer or employee of a government institution” and the information “relates to the position or functions of the individual”. The exception seemingly reflects the view that federal officers or employees are entitled to less protection when the information requested relates to their position or function within the government. It is this exception that is arguably at play in the fourth application: the disclosure issue turns on the question of whether the Prime Minister is an “officer” of the PCO within the meaning of s. 3 “personal information” (j) of the *Privacy Act*.

[10] Kelen J. held that the Prime Minister was an “officer” of the PCO. In a separate judgment, the Federal Court of Appeal overturned his decision, finding that the conclusion reached in the related appeals about the separate nature of the PMO from the PCO governed here as well. Sharlow J.A. held that it would be “inconsistent with the intention of Parliament to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister within the scope

la question qui se pose dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si les documents demandés constituent des « renseignements personnels » au sens du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cette disposition prévoit que le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication « de documents contenant les renseignements personnels visés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* », qui définit comme suit les « renseignements personnels » : « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ».

[9] Les parties s’entendent pour dire que l’agenda du premier ministre répond à la définition générale des « renseignements personnels ». L’alinéa j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit toutefois une exception à cette règle en soustrayant à l’application de la protection les renseignements concernant « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions ». Cette exception semble refléter l’opinion que les cadres et employés fédéraux ont droit à une protection moins étendue lorsque les renseignements demandés concernent leur poste ou les fonctions qu’ils exercent au sein du gouvernement. C’est cette exception qui serait vraisemblablement en jeu dans la quatrième demande. La réponse à la question de la divulgation dépend de celle que l’on donne à la question de savoir si le premier ministre est un « cadre » du BCP au sens de l’al. j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[10] Le juge Kelen a conclu que le premier ministre était un « cadre » du BCP. Dans un jugement distinct, la Cour d’appel fédérale a infirmé sa décision, estimant que la conclusion tirée dans les appels connexes au sujet du caractère distinct du CPM par rapport au BCP s’appliquait également en l’espèce. La juge Sharlow a conclu « qu’il irait à l’encontre de l’intention du législateur d’interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels*



of the phrase ‘officer of a government institution’” in s. 3 (Decision 2, at para. 8).

[11] The Commissioner appeals from the dismissal of each application. She urges the Court to hold that, as “heads” presiding over departments, the Prime Minister and the Ministers are part of these “government institutions” within the meaning of the *Access to Information Act*, when exercising *departmental functions*. Similarly, she argues that the Prime Minister is an “officer” of the PCO. Alternatively, if ministerial offices are held to be separate entities, the Commissioner argues that any record *relating to a departmental matter* is presumptively under the “control” of the government institution over which the Minister presides, regardless of its creation or location within the ministerial office. Thus, any such record must be disclosed, unless it is specifically exempt under the Act.

[12] While the Commissioner raises some specific issues regarding the interpretation in the courts below in support of her position, her arguments are grounded primarily in broad principles of constitutional law, political theory, democratic accountability, and ministerial responsibility. I note at the outset that these principles unquestionably form part of the context in which the *Access to Information Act* operates. The position advanced by the Commissioner also reflects a policy of democratic governance which Parliament could choose to adopt. However, as Kelen J. aptly noted in the introduction to his judgment:

The question for the Court is not whether the documents should be accessible to the public under Canada’s “freedom to information” law, but whether the documents are currently accessible to the public under Canada’s existing law. The Court does not

de manière à ce que le premier ministre soit visé par l’expression “cadre d’une institution fédérale” telle qu’employée à l’alinéa j) de la définition de “renseignements personnels” figurant à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* » (décision 2, par. 8).

[11] La Commissaire a formé un pourvoi à l’encontre du rejet de chacune des demandes. Elle exhorte la Cour à statuer qu’en tant que « responsables » d’un ministère, le premier ministre et les ministres font partie des « institutions fédérales » en question au sens de la *Loi sur l’accès à l’information* lorsqu’ils exercent des *fonctions ministérielles*. Dans le même ordre d’idées, elle plaide que le premier ministre est un « cadre » du BCP. À titre subsidiaire, la Commissaire fait valoir, pour le cas où il serait jugé que les cabinets ministériels constituent des entités distinctes, que tout document *se rapportant à une affaire ministérielle* est présumé « relever » de l’institution fédérale dont le ministre est responsable, indépendamment de la façon dont le document a été créé ou de l’endroit où il se trouve aux bureaux du ministère en cause. Ce document doit donc être communiqué à moins de faire l’objet d’une exception expressément prévue par la Loi.

[12] Bien que la Commissaire soulève, à l’appui de sa thèse, certaines questions spécifiques au sujet de l’interprétation donnée par les juridictions inférieures, sa thèse repose principalement sur des principes généraux de droit constitutionnel, de théorie politique, de responsabilité démocratique et de responsabilité ministérielle. Je constate, d’entrée de jeu, que ces principes s’inscrivent incontestablement dans le cadre d’application de la *Loi sur l’accès à l’information*. La thèse de la Commissaire évoque également une politique de gouvernance démocratique que le Parlement pourrait choisir d’adopter. Toutefois, ainsi que le juge Kelen le fait observer à juste titre dans le préambule de son jugement :

La question à laquelle la Cour doit répondre n’est pas de savoir si les documents devraient être accessibles au public au titre du droit canadien de la “liberté d’accès à l’information”, mais de savoir si les documents sont actuellement accessibles au public en vertu

legislate or change the law; it interprets the existing law (para. 3).

[13] Much as the courts below have concluded, it is my view that the interpretation advanced by the Commissioner on the meaning of “government institution”, “control” and “officer” cannot be sustained under the existing statutes at issue. As the Government rightly argues, such interpretation would dramatically expand the access to information regime in Canada, a result that can only be achieved by Parliament.

[14] I would dismiss the appeals.

## 2. The Legislative Scheme

[15] As this Court recently stated, “[a]ccess to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance” (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, *per* McLachlin C.J. and Abella J., at para. 1). These general principles are reflected in the federal access regime under the *Access to Information Act*. The purpose of the statute is expressly stated as follows:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

[16] Thus, the statute expressly recognizes that information in the hands of government institutions “should be available to the public”, but the right to access it is subject to “necessary exceptions”.

du droit canadien existant. La Cour ne légifère pas ni ne modifie le droit; elle interprète le droit existant (par. 3).

[13] À l’instar des juridictions inférieures, j’estime que l’interprétation proposée par la Commissaire au sujet du sens des termes « institution fédérale », « relevant de » et « cadre » ne peut être retenue suivant le libellé actuel des lois en cause. Ainsi que le gouvernement l’affirme à juste titre, une telle interprétation aurait pour effet d’élargir considérablement la portée du régime d’accès à l’information au Canada, ce qui demeure l’apanage du législateur.

[14] Je suis d’avis de rejeter les pourvois.

## 2. Le régime législatif

[15] Ainsi que la Cour l’a récemment affirmé : « [l]’accès à l’information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance » (*Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (la juge en chef McLachlin et la juge Abella, par. 1)). Ces principes généraux trouvent un écho dans le régime fédéral d’accès à l’information prévu par la *Loi sur l’accès à l’information*, dont l’objet est expressément formulé comme suit :

2. (1) La présente loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[16] La Loi reconnaît donc explicitement le « droit du public à [la] communication » des renseignements que possèdent les institutions fédérales, tout en assujettissant ce droit à des « exceptions

Before discussing the provisions at issue, I will briefly describe the legislative scheme.

[17] The right to “be given access to any record under the control of a government institution” is provided under s. 4(1). This broad right of access is expressly subject to other provisions of the *Access to Information Act*, but supersedes “any other Act of Parliament”. What constitutes a “government institution” for the purposes of the statute is key to these appeals. The definition is set out in s. 3 and will be discussed more fully below.

[18] The process for accessing government information begins when a member of the public makes a request in writing for a record to a government institution (s. 6). The head of the government institution who receives a request must give written notice to the person who has requested the records as to whether or not access will be given in whole or in part within a reasonable time limit (ss. 7 to 9). Where the government institution refuses to give access to the records requested, it is required to provide notice to the requester that the records do not exist, or to expressly state the exemption it is relying upon in refusing to provide access to the records (ss. 10(1) to (3)). Further, the government institution must inform the requester of his or her “right to make a complaint to the Information Commissioner about the refusal” (s. 10(1)).

[19] If the requester elects to exercise this right and makes a complaint, the Commissioner is entitled to commence an investigation if she is “satisfied that there are reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act” (s. 30(3)). Once the Commissioner commences an investigation, the *Access to Information Act* grants her significant investigatory powers (s. 36). If the Commissioner concludes that the complaint is well founded, a report is sent to the head of the government institution containing the findings of the investigation and any recommendations the Commissioner considers appropriate; the report

indispensables ». Mais avant d’aborder les dispositions en cause, je tiens à décrire brièvement le régime législatif.

[17] Le droit « à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale » est prévu au par. 4(1). Ce droit général d’accès est expressément reconnu, sous réserve des autres dispositions de la *Loi sur l’accès à l’information*, mais prime sur « toute autre loi fédérale ». Ce qui constitue une « institution fédérale » au sens de la Loi devient un point capital dans les présents pourvois. La définition de cette expression est énoncée à l’art. 3. Nous nous y attarderons plus longuement plus loin.

[18] La première démarche à accomplir pour obtenir la communication d’un document d’une institution fédérale consiste pour le simple citoyen à en faire la demande par écrit (art. 6). Le responsable de l’institution fédérale à qui est faite la demande est tenu d’aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu’il sera donné ou non communication totale ou partielle du document dans un délai raisonnable (art. 7 à 9). En cas de refus de communication, le responsable de l’institution fédérale doit aviser l’auteur de la demande que le document n’existe pas ou préciser la disposition sur laquelle il se fonde pour en refuser la communication (par. 10(1) à (3)). De plus, l’institution fédérale doit informer l’auteur de la demande de son droit « de déposer une plainte auprès du Commissaire à l’information » (par. 10(1)).

[19] Si l’auteur de la demande choisit d’exercer son droit de porter plainte, le Commissaire est habilité à ouvrir une enquête s’il « a des motifs raisonnables de croire qu’une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l’obtention de documents en vertu de la présente loi » (par. 30(3)). Lorsque le Commissaire ouvre une enquête, la *Loi sur l’accès à l’information* lui confère de vastes pouvoirs d’enquête (art. 36). Dans les cas où il conclut au bien-fondé de la plainte, le Commissaire adresse au responsable de l’institution fédérale de qui relève le document un rapport dans lequel elle présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu’elle juge

may also include a request to be notified of any action taken to implement the recommendations or reasons why no such action has been or is proposed to be taken (s. 37(1)).

[20] If the government institution elects not to comply with the Commissioner's recommendations, the individual requesting the record may apply for judicial review pursuant to s. 41 of the *Access to Information Act*. The Commissioner may also apply for judicial review of the government's decision with the consent of the individual who initially requested the records (s. 42). The latter is what occurred here. The Government refused to disclose the information, and the requester complained to the Commissioner. Following her investigation, the Commissioner found the complaints to be well founded and made recommendations accordingly. The recommendations were not implemented by the Government, and the Commissioner brought these four applications for judicial review.

### 3. Judicial Review in the Courts Below

[21] The four applications for judicial review were combined in one hearing before the Federal Court. Before reviewing the relevant material, Kelen J. determined the appropriate standard of review in accordance with the principles set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Under *Dunsmuir*, courts may usefully first inquire whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be given to a particular category of questions. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts proceed to analyze the factors that make it possible to identify the proper standard of review (para. 62). Kelen J. ended the inquiry at the first step, holding that this Court's decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66 ("RCMP"), determined in a satisfactory manner

indiquées; elle peut également demander au responsable de lui donner avis soit des mesures prises pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite (par. 37(1)).

[20] Si l'institution fédérale choisit de ne pas donner suite aux recommandations du Commissaire, la personne qui s'est vu refuser la communication du document demandé peut exercer un recours en révision de ce refus en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le Commissaire peut aussi exercer lui-même ce recours en révision avec le consentement de la personne qui avait demandé le document au départ (art. 42). C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Le gouvernement a refusé de communiquer les renseignements demandés et l'auteur de la demande a porté plainte devant la Commissaire. À la suite de son enquête, la Commissaire a conclu au bien-fondé de la plainte et elle a formulé des recommandations en conséquence. Le gouvernement n'a pas donné suite aux recommandations, à la suite de quoi la Commissaire a introduit les quatre présentes demandes de révision judiciaire.

### 3. Révision judiciaire devant les juridictions inférieures

[21] Les quatre demandes de révision judiciaire ont été réunies et ont été instruites ensemble lors d'une même audience devant la Cour fédérale. Avant d'examiner les documents en cause, le juge Kelen a arrêté la norme de contrôle appropriée conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Suivant cet arrêt, le tribunal peut utilement vérifier en premier lieu si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, le tribunal entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle (par. 62). Le juge Kelen a mis fin à l'analyse à la première étape, après avoir estimé que l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale*

that the questions raised in these four applications should be reviewed on a “correctness” standard (para. 36).

[22] The standard for judicial review of refusals by government institutions to disclose any requested documents under the *Access to Information Act* is not at issue in these appeals. Kelen J. rightly concluded that this Court authoritatively determined the matter in *RCMP*. Determining the appropriate standard of review requires courts to discern the intention of the legislature. Of particular note here is the fact that Parliament expressly states in s. 2(1) that one of the purposes of the *Access to Information Act* is to ensure that “decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government”. Moreover, the burden is put on the government to demonstrate on judicial review that it is authorized to refuse to disclose the records that were requested (s. 48). If the court concludes that the head of the institution does not have the legal authority to refuse to disclose the relevant records, the court may substitute its own decision and order the disclosure of the documents, subject to any conditions it may elect to impose (s. 49).

[23] In turn, Kelen J.’s decision is subject to appellate review in accordance with the principles set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8-9 and 31-36. His decision on questions of statutory interpretation is reviewable on a standard of correctness. His decision on whether the requested documents were in fact under the control of the government institution, provided it is not premised on a wrong legal principle and absent palpable and overriding error, is entitled to deference. Although not expressly stated, it is apparent from reading both judgments in the Federal Court of Appeal below that Sharlow J.A. reviewed Kelen J.’s decision in accordance with the proper standard of appellate review. I will review the decisions under appeal using the same approach.

*du Canada*), 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66 (« l’arrêt *GRC* ») établissait de manière satisfaisante que le tribunal devait, pour l’examen des questions soulevées dans les quatre présentes demandes, appliquer la norme de la « décision correcte » (par. 36).

[22] La norme de révision judiciaire applicable au refus d’une institution fédérale de communiquer un document demandé en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* n’est pas en cause dans les présents pourvois. Le juge Kelen a conclu à bon droit que notre Cour avait tranché la question de façon péremptoire dans l’arrêt *GRC*. Pour arrêter la norme de contrôle appropriée, le tribunal doit discerner l’intention du législateur. Il convient en particulier de souligner que le législateur déclare explicitement au par. 2(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* que celle-ci a notamment pour objet de faire en sorte que « les décisions quant à la communication [soient] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif ». En outre, dans le cadre de la révision judiciaire, la charge d’établir le bien-fondé du refus de communiquer le document demandé incombe à l’institution fédérale (art. 48). Si elle conclut que la Loi n’autorise pas le responsable de l’institution fédérale à refuser la communication du document demandé, la cour peut ordonner la communication de ce document aux conditions qu’elle juge indiquées (art. 49).

[23] La décision du juge Kelen peut, à son tour, faire l’objet d’une révision en appel conformément aux principes énoncés dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8-9 et 31-36. La décision du juge Kelen sur les questions d’interprétation législative est susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Sa décision quant à savoir si les documents demandés relèvent effectivement de l’institution fédérale commande la déférence, sauf si elle est fondée sur un principe juridique erroné et si elle n’est pas entachée d’une erreur manifeste et dominante. Bien que cela ne soit pas déclaré expressément, il ressort à l’évidence des deux décisions de la Cour d’appel fédérale que la juge Sharlow a révisé la décision du juge Kelen en appliquant la bonne norme de révision en appel. Je vais examiner les décisions visées par les présents pourvois en suivant la même méthode.

4. Analysis4.1 *Issue 1: Is the Office of the Prime Minister, or a Minister, a "Government Institution" Within the Meaning of the Access to Information Act?*

[24] Subsection 4(1) of the *Access to Information Act* reads as follows:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

- (a) a Canadian citizen, or
- (b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

[25] Under s. 3 of the Act:

“government institution” means

- (a) any department or ministry of state of the Government of Canada, or any body or office, listed in Schedule I, and
- (b) any parent Crown corporation, and any wholly-owned subsidiary of such a corporation, within the meaning of section 83 of the *Financial Administration Act*;

[26] Schedule I sets out a list of entities that are government institutions for the purposes of the *Access to Information Act*. This list includes the PCO, the Department of National Defence, the Department of Transport, and the RCMP. However, the PMO, the office of the Minister of National Defence and the office of the Minister of Transport are *not* expressly listed in Schedule I. The term “government institution” is similarly defined under the *Privacy Act*. The question becomes whether Parliament intended to implicitly include ministerial offices within the *Access to Information Act*.

4. Analyse4.1 *Première question : Les cabinets du premier ministre ou d'un ministre sont-ils des « institutions fédérales » au sens de la Loi sur l'accès à l'information?*

[24] Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* est ainsi libellé :

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

- a) les citoyens canadiens;
- b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[25] L'article 3 de la Loi prévoit la définition suivante :

« institution fédérale »

- a) Tout ministère ou département d'État relevant du gouvernement du Canada, ou tout organisme, figurant à l'annexe I;
- b) toute société d'État mère ou filiale à cent pour cent d'une telle société, au sens de l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[26] On trouve à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information* une liste des entités qui constituent des institutions fédérales au sens de la Loi. On trouve dans cette liste le BCP, le ministère de la Défense nationale, le ministère des Transports et la GRC. Toutefois, le CPM, le cabinet du ministre de la Défense nationale et le cabinet du ministre des Transports *ne* figurent *pas* expressément à l'annexe I. On trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* une définition similaire de l'expression « institution fédérale ». La question qui se pose est donc de savoir si le législateur voulait que la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique implicitement aux cabinets des ministres.

[27] The proper approach to statutory interpretation has been articulated repeatedly and is now well entrenched. The goal is to determine the intention of Parliament by reading the words of the provision, in context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the object of the statute. In addition to this general roadmap, a number of specific rules of construction may serve as useful guideposts on the court's interpretative journey. Kelen J. instructed himself accordingly (paras. 43-49). He then conducted the following analysis:

- First, Kelen J. considered evidence from political scientists about how government actually works to determine the ordinary meaning of the term “government institution” according to the experts. He held that this evidence demonstrated that the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the “government institution” for which they are responsible (paras. 50-52).
- Second, he noted that pursuant to s. 3 of the statute, the Minister is the “head” of his or her department. This fact supported the argument that the Ministers’ offices and the PMO are part of their respective departments. However, he found that the PMO and the Ministers also have many other functions unrelated to the respective departments for which they are responsible (paras. 53-56).
- Third, he considered Hansard debates from 1981, which made it clear that Parliament intended that the *Access to Information Act* apply to information, in any form, held by *specified* government institutions. While the Commissioner agrees that Parliament did not intend the Act to apply to political documents, no exemption or exclusion for such political records is provided for in the Act. Kelen J. therefore reasoned that an interpretation of “government institution” that included the PMO and offices of the Ministers would dramatically extend the right of access. Parliament would not have intended such a “dramatic

[27] La méthode qu’il convient d’appliquer lorsqu’il s’agit d’interpréter une loi a été énoncée à de nombreuses reprises et elle est maintenant solidement établie. Il s’agit de rechercher la volonté du législateur en lisant les termes de la disposition dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la loi. Outre ces indications générales, un tribunal peut compter sur plusieurs règles spécifiques d’interprétation comme points de repère utiles. C’est la démarche qu’a suivie le juge Kelen (par. 43-49) pour ensuite procéder à l’analyse suivante :

- En premier lieu, le juge Kelen a examiné les témoignages de politologues au sujet des rouages de l’appareil gouvernemental afin de déterminer le sens ordinaire que les experts donnent à l’expression « institution fédérale ». Il a estimé que ces témoignages démontreraient que le CPM et les cabinets des ministres concernés ne font pas partie de l’« institution fédérale » dont ils sont responsables (par. 50-52).
- Deuxièmement, le juge Kelen a fait observer que, suivant l’art. 3 de la Loi, le ministre est le « responsable » de son ministère. Ce fait appuyait l’argument voulant que les cabinets des ministres et le CPM font partie de leurs ministères respectifs. Il a toutefois jugé que le CPM et les ministres exercent maintes autres fonctions sans rapport avec les ministères dont ils sont responsables (par. 53-56).
- Troisièmement, il a examiné des extraits des Débats de la Chambre des communes de 1981 qui indiquaient clairement que le législateur voulait que la *Loi sur l’accès à l’information* s’applique à l’information, sous toutes ses formes, détenue par les institutions fédérales *nommément désignées*. Bien que la Commissaire admette que le législateur fédéral ne voulait pas que la Loi s’applique aux documents politiques, on ne trouve dans la Loi aucune exception ou exclusion en ce qui concerne cette catégorie de documents. Le juge Kelen a par conséquent expliqué qu’interpréter l’expression « institution fédérale » de manière à y inclure le CPM et les cabinets

result” without express wording to that effect (paras. 57-60).

- Fourth, following the enactment of the *Access to Information Act*, the Information Commissioner’s 1988-1989 Report to Parliament indicated that Ministers’ offices were *not* subject to the provisions of the Act. The Commissioner adopted the same view in 1991, and again in 1997. These original interpretations confirm that the office of the Information Commissioner itself understood the intent of Parliament was not to include the PMO or a Minister’s office in the government institutions listed in Schedule I of the Act (paras. 61-65).
  - Fifth, since the time the Commissioner publicly urged Parliament to amend the legislation to clarify that the PMO and ministerial offices are subject to the Act, Parliament amended the Act several times, including recent amendments as part of the 2006 *Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9, and has not chosen to make this amendment. While Parliament’s intention may not always be inferred from legislative silence, in this case, the silence is clear and constitutes relevant evidence of legislative intent: *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, at para. 42 (paras. 66-67).
  - Sixth, the Latin maxim of statutory interpretation *expressio unius est exclusio alterius* (“to express one thing is to exclude another”) supports the Government’s view. If Parliament had intended to include the PMO and Ministers’ offices in Schedule I, it would have referred to them expressly (para. 68).
  - Seventh, the evidence at trial demonstrated that there have been many Ministers without a portfolio since Confederation. If the *Access to Information Act* was intended to apply to the offices of Ministers, the Act would not apply to a Minister without a portfolio because he or she
- des ministres concernés élargirait considérablement le droit d’accès. Si le législateur avait voulu qu’il en soit ainsi, il aurait employé des mots explicites en ce sens (par. 57-60).
  - Quatrièmement, à la suite de l’adoption de la *Loi sur l’accès à l’information*, le Commissaire à l’information a déclaré, dans le rapport soumis au Parlement pour 1988-1989, que les cabinets des ministres n’étaient *pas* assujettis aux dispositions de la Loi. Le Commissaire a repris ce point de vue en 1991, puis de nouveau en 1997. Ces interprétations initiales confirment que le bureau même du Commissaire déduisait que le législateur entendait ne pas inclure le CPM ou les cabinets des ministres dans les institutions fédérales énumérées à l’annexe I de la Loi (par. 61-65).
  - Cinquièmement, depuis que le Commissaire a invité publiquement le législateur à modifier la Loi pour préciser que le CPM et les cabinets des ministres sont assujettis à la *Loi sur l’accès à l’information*, le législateur a modifié la Loi à plusieurs reprises, notamment à l’occasion de l’adoption récente de la *Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9, sans toutefois apporter la précision demandée. Bien qu’on ne puisse pas toujours déduire l’intention du législateur du silence de la loi, le silence du législateur constituait en l’espèce une preuve claire et pertinente de son intention : *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, par. 42 (par. 66-67).
  - Sixièmement, la maxime latine d’interprétation des lois *expressio unius est exclusio alterius* (« la mention de l’un implique l’exclusion de l’autre ») appuie la thèse du gouvernement. Si le législateur avait voulu inclure le CPM et les cabinets des ministres dans l’annexe I, il les aurait mentionnés explicitement (par. 68).
  - Septièmement, la preuve présentée au procès démontrait qu’il y avait eu depuis la Confédération de nombreux ministres sans portefeuille. Si l’on avait voulu qu’elle s’applique aux cabinets des ministres, la *Loi sur l’accès à l’information* ne s’appliquerait pas aux ministres sans



would not have a corresponding “government institution” set out in Schedule I. Such a result is absurd (para. 69).

- Eighth, the internal structure of the Act also provides insight on this question. Sections 21(1)(a), (b), (2)(b) and 26 of the *Access to Information Act* demonstrate that Parliament distinguished between a “government institution” and “a minister of the Crown”. When drafting legislation, Parliament is assumed to have used words precisely and carefully, and so Parliament intended the terms to have different meanings (paras. 70-73).
- Ninth, provisions of the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, also draw a distinction between governmental records and ministerial records. The principle of consistent expression in statutory interpretation means that Parliament distinguishes between a “ministerial record” and a “departmental record” (paras. 74-76).

[28] At the conclusion of his analysis, Kelen J. held that the words in s. 4(1) of the *Access to Information Act* mean that the PMO and the relevant ministerial offices are *not* part of the “government institution” for which they are responsible. That is, the PMO cannot be interpreted as part of the PCO, the office of the Minister of National Defence is not part of the Department of National Defence, and the office of the Minister of Transport is not part of the Department of Transport.

[29] The Commissioner presents very little argument on any of the above-noted points. As I understand her submissions, she has only two specific complaints about the approach adopted by Kelen J. and affirmed by the Federal Court of Appeal. First, she argues that the applications judge erred in his use of expert evidence as an interpretative aid. Second, and somewhat related to the first point, she argues that the Federal Court of Appeal erred in relying on a non-existing “constitutional convention” for distinguishing between ministerial offices and their respective government departments. I

portefeuille puisque ceux-ci ne disposent pas d’une « institution fédérale » correspondante énumérée à l’annexe I, ce qui serait absurde (par. 69).

- Huitièmement, l’économie de la Loi donne également une idée sur la question. Il ressort des al. 21(1)a), b) et (2)b) et de l’art. 26 de la *Loi sur l’accès à l’information* que le législateur fait une distinction entre « institution fédérale » et « ministre ». Il faut supposer que, lorsqu’il rédige les lois, le législateur fédéral emploie les mots avec précision et avec soin. Le législateur entendait donc attribuer à ces termes des sens différents (par. 70-73).
- Neuvièmement, la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11, fait aussi une distinction entre un « document ministériel » et un « document fédéral ». La distinction que le législateur établit entre « document fédéral » et « document ministériel » consacre la présomption d’uniformité des expressions en matière d’interprétation des lois (par. 74-76).

[28] Au terme de son analyse, le juge Kelen affirme qu’il ressort des termes employés au par. 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* que le CPM et les cabinets ministériels en cause *ne font pas* partie de l’« institution fédérale » dont ils sont responsables. Autrement dit, on ne saurait considérer que le CPM fait partie du BCP, que le cabinet du ministre de la Défense nationale fait partie du ministère de la Défense nationale et que le cabinet du ministre des Transports fait partie du ministère des Transports.

[29] La Commissaire a présenté très peu d’arguments sur l’un ou l’autre des points susmentionnés. Si j’ai bien compris sa thèse, les seuls reproches précis qu’elle adresse au sujet de la méthode retenue par le juge Kelen et confirmée par la Cour d’appel fédérale sont de deux ordres. Elle affirme tout d’abord que le juge de première instance a commis une erreur en se servant des témoignages des experts comme outil d’interprétation. En second lieu, ce qui se rattache quelque peu au premier point, elle soutient que la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en se fondant sur une « convention constitutionnelle » inexistante pour établir une distinction

will therefore deal specifically with these two arguments.

#### 4.1.1 The Use of Expert Evidence

[30] After setting out the relevant principles of statutory interpretation, Kelen J. briefly considered the evidence tendered from “experts in government machinery” (para. 50). In particular, he examined the evidence of Mr. Nicholas d’Ombain, Mr. Justice John Gomery, and a reference relied upon by Mr. d’Ombain from the Honourable Robert Gordon Robertson, Clerk of the Privy Council and Secretary to the Cabinet from 1963 to 1975. Kelen J. summarized the gist of this evidence as follows, at paras. 50-51:

While the two entities work closely together on some matters, the PMO is responsible for many matters unrelated to the PCO. The same is true with respect to the relationship between a minister’s office and the department over which the minister presides.

Accordingly, the evidence demonstrates that in the ordinary sense of the words in subsection 4(1) of the Act, the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the “government institution” for which they are responsible.

[31] The Commissioner submits that reliance upon such expert evidence to interpret the *Access to Information Act* constitutes an error of law. She maintains that it was entirely appropriate for her office to consider expert political science evidence at the investigatory stage. However, opinion evidence is inadmissible in the courtroom to prove the ordinary meaning of legislative terms, “as the interpretation and articulation of domestic law lies at the very heart of the judicial function” (A.F., at para. 110). She contends that this approach confirms that both courts below “viewed the central issue of the reach of a ‘government institution’ as a question of fact, to be determined primarily if not entirely on the basis of expert evidence” (para. 112). She argues further that the courts below “did not at any point seek to determine what was included within a ‘government institution’ as a matter of law”; rather, they simply accepted the “assertion that a ministerial office is separate from

entre les divers cabinets ministériels et les ministères gouvernementaux respectifs auxquels ces cabinets correspondent. Je vais donc examiner spécifiquement ces deux moyens.

#### 4.1.1 Recours à des témoignages d’experts

[30] Après avoir énoncé les principes d’interprétation législative applicables, le juge Kelen s’est brièvement arrêté sur le témoignage donné par des « experts de l’appareil gouvernemental » (par. 50). Il a notamment examiné le témoignage de M. Nicholas d’Ombain et celui du juge John Gomery, en plus d’examiner les propos de M. Robert Gordon Robertson, greffier du Conseil privé et secrétaire du Cabinet de 1963 à 1975, rapportés par M. d’Ombain. Le juge Kelen résume comme suit l’essentiel de ces témoignages, aux par. 50-51 :

Les deux entités travaillent en étroite collaboration dans certains dossiers, mais le CPM est chargé de nombreuses affaires qui ne concernent pas le BCP. Il en va de même de la relation entre le cabinet d’un ministre et le ministère que dirige ce même ministre.

Par conséquent, la preuve démontre que, selon le sens ordinaire des mots employés au paragraphe 4(1) de la Loi, le CPM et les cabinets des ministres ne font pas partie de l’« institution fédérale » dont ils sont responsables.

[31] La Commissaire affirme qu’en se fondant sur le témoignage de ces experts pour interpréter la *Loi sur l’accès à l’information*, le juge a commis une erreur de droit. Elle maintient qu’il convenait parfaitement que le Commissariat tienne compte du témoignage de politologues à l’étape de l’enquête, mais qu’un témoignage d’opinion n’est pas admissible en justice pour faire la preuve du sens courant des termes de la loi, [TRADUCTION] « étant donné que l’interprétation et l’articulation du droit interne se situent au cœur même de la fonction juridictionnelle » (m.a., par. 110). Elle soutient que cette façon de procéder permet d’affirmer que les deux juridictions inférieures « ont considéré la question centrale de la portée d’une “institution fédérale” comme une question de fait devant être jugée principalement, voire totalement, à la lumière de témoignages d’experts » (par. 112). Elle ajoute que les juridictions inférieures « n’ont jamais cherché à préciser ce que la notion d’“institution

the department over which the Minister presides” (para. 112).

[32] In response, the Government first observes that the Commissioner’s position on this point is “particularly curious”, as the expert evidence generated by the Commissioner’s office and compiled for her investigation was used extensively to support her recommendations and then placed in the record before the Federal Court (R.F., at para. 103). In any event, the Government submits that expert evidence can be properly used as an interpretative aid in discerning the ordinary meaning of words by Parliament when such evidence is relevant and reliable: *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, at para. 35; and *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 47. Further, Kelen J.’s reasons demonstrate that the expert evidence played a limited role in his analysis. He did not rely on any expert opinion on the meaning of the words used by Parliament as contended, given that no such opinion was tendered by the witnesses. He considered this evidence, rather, to situate the interpretative exercise in its proper context, an approach which was then correctly upheld by the Federal Court of Appeal.

[33] I agree with the Government. No objection was raised in respect of this evidence in first instance, not surprisingly in my view, as consideration of expert evidence in the context of these applications was entirely appropriate. It is also apparent from Kelen J.’s reasons that he merely relied upon the expert evidence tendered by both parties to better appreciate the day-to-day workings of the government and to situate his interpretation of the *Access to Information Act* within its proper context. Further, Kelen J.’s meticulous analysis of the law belies any contention that he “viewed the central issue of the reach of a ‘government institution’ as a question of fact”

fédérale” englobait en droit » et qu’elles se sont plutôt contentées d’accepter [TRADUCTION] « l’assertion qu’un cabinet ministériel est distinct du ministère dont le ministre est responsable » (par. 112).

[32] En réponse, le gouvernement fait tout d’abord observer que la thèse de la Commissaire sur ce point est [TRADUCTION] « d’autant plus curieuse » que, pour appuyer ses recommandations, la Commissaire a utilisé abondamment les témoignages d’experts recueillis par le Commissariat à l’information en vue de l’enquête de la Commissaire et qu’elle les a ensuite versés au dossier soumis à la Cour fédérale (m.i., par. 103). En tout état de cause, le gouvernement affirme que l’on peut régulièrement utiliser les témoignages des experts pour faciliter l’interprétation afin de discerner le sens courant des termes employés par le législateur lorsque ces témoignages sont pertinents et fiables : *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, par. 35; et *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 47. Il ressort par ailleurs des motifs du juge Kelen que les témoignages d’experts ont joué un rôle limité dans son analyse. Contrairement à ce qu’on a affirmé, le juge Kelen ne s’est fondé sur aucune opinion d’expert pour déterminer le sens des termes employés par le législateur, puisque les témoins n’ont formulé aucune opinion en ce sens. Il a plutôt tenu compte de ces témoignages pour situer l’exercice d’interprétation dans son contexte, une méthode que la Cour d’appel fédérale a eu raison de confirmer par la suite.

[33] Je suis d’accord avec le gouvernement. Aucune objection n’a été soulevée au sujet de ces témoignages en première instance, ce qui à mon avis n’a rien d’étonnant, puisqu’il était parfaitement acceptable de tenir compte de ces témoignages d’experts dans le contexte des présentes demandes. Il ressort également de ses motifs que le juge Kelen a simplement recouru aux témoignages d’experts présentés par les deux parties pour mieux comprendre les rouages du gouvernement et pour être en mesure de situer son interprétation de la *Loi sur l’accès à l’information* dans le bon contexte. Par ailleurs, l’analyse méticuleuse que le juge Kelen a faite des règles de droit infirme tout argument qu’il

(A.F., at para. 112). His reasons demonstrate, rather, that he conducted a full analysis of the text, guided by well-established principles of statutory interpretation. I see no merit to the Commissioner's argument on the alleged misuse of expert evidence.

#### 4.1.2 Alleged Reliance on a Non-Existing Constitutional Convention

[34] Along the same lines, the Commissioner takes issue with Sharlow J.A.'s characterization of the distinction between ministerial offices and their respective government departments as a "well understood convention" (Decision 1, at para. 7; Decision 2, at para. 7). The Commissioner focuses a significant portion of her argument on the legal criteria for a constitutional convention and takes the position that none is met here. She therefore argues that this phrase demonstrates that the Federal Court of Appeal "erroneously accorded constitutional weight to a disputed, ill-defined and inconsistently followed practice" (A.F., at para. 116).

[35] The Government responds that the Commissioner used the term "convention" in her material in the courts below simply to describe an understanding of the roles and duties of Ministers and government institutions. The Government submits that, similarly, when Sharlow J.A. used the phrase "well understood convention", it is clear from the context that she was simply referring to the day-to-day workings or "conventions" of government.

[36] Again, I agree with the Government on this point. I find no support at all in the record for the suggestion that Sharlow J.A. was actually referring to constitutional conventions in their legal sense.

[TRADUCTION] « considér[ait] la question centrale de la portée d'une "institution fédérale" comme une question de fait » (m.a., par. 112). Ses motifs démontrent plutôt qu'il a procédé à une analyse approfondie du texte, en se guidant sur des principes bien établis d'interprétation des lois. L'argument de la Commissaire au sujet du présumé mauvais usage qui a été fait des témoignages d'experts est mal fondé à mon avis.

#### 4.1.2 Présumé recours à une convention constitutionnelle inexistante

[34] Dans le même ordre d'idées, la Commissaire s'oppose à la conclusion de la juge Sharlow selon laquelle la distinction qui existe entre le cabinet d'un ministre et le ministère correspondant repose sur une « convention bien établie » (décision 1, par. 7; décision 2, par. 7). La Commissaire axe une partie importante de son argumentation sur les critères légaux régissant l'existence d'une convention constitutionnelle et elle adopte le point de vue qu'aucun de ces critères n'a été respecté en l'espèce. Elle soutient par conséquent que cette expression démontre que la Cour d'appel fédérale [TRADUCTION] « a accordé par erreur une valeur constitutionnelle à un usage contesté, mal défini et qui n'est pas suivi de façon constante » (m.a., par. 116).

[35] Le gouvernement rétorque que la Commissaire n'emploie le terme « convention » dans les documents qu'elle a soumis aux juridictions inférieures que pour évoquer une compréhension du rôle et des attributions des ministres et des institutions fédérales. Le gouvernement ajoute, dans le même ordre d'idées, qu'il ressort clairement du contexte que, lorsqu'elle emploie l'expression « convention bien établie », la juge Sharlow fait simplement allusion aux rouages ou aux « conventions » régissant le fonctionnement du gouvernement.

[36] J'abonde là encore dans le sens du gouvernement. Je ne trouve rien au dossier qui appuie l'idée que la juge Sharlow faisait effectivement allusion à des conventions constitutionnelles au sens juridique de cette expression.

#### 4.1.3 “Function-Based” Approach Advocated by the Information Commissioner

[37] Except for the above-noted specific complaints about the use of expert evidence and the reliance on government “conventions”, the Commissioner’s arguments are grounded primarily in broad principles of constitutional law, political theory, democratic accountability, and ministerial responsibility. The Commissioner expounds on these principles in considerable detail and submits that “the right of access and apparatus created by [the *Access to Information Act* was] meant [by Parliament] to be integrated into these legal rules” and “to function as a supplementary mechanism to ensure accountability for the exercise of executive power” (A.F., at para. 102). She therefore urges the Court to adopt a “function-based analysis” so as to create a dividing line between a Minister’s departmental functions on the one hand and non-departmental functions on the other. She explains in her factum that this “analysis is easily translated into the scheme” of the *Access to Information Act* in respect of the ministerial offices at issue in the following manner (A.F., at para. 150):

... a record is subject to [the *Access to Information Act*], regardless of its physical form or location, where it was created by or on behalf of a Minister to document or give effect to a Minister’s exercise of departmental powers, duties or functions, or relies directly on departmental staff in order to exercise the Minister’s departmental powers, duties or functions. By contrast, the record is not subject to [the *Access to Information Act*] if it is created by the Minister or exempt staff for political or non-departmental purposes. Similarly, if the Minister or exempt staff receive information from departmental staff, and then generate further records for political, non-departmental purposes, the additions are not subject to [the *Access to Information Act*].

[38] The Commissioner further submits that a similar analysis could be adopted in relation to Ministers of State “[t]o the extent that a Minister of State exercises the powers, duties and functions of a department”, and also “in relation to government institutions other than departments that fall within

#### 4.1.3 Approche « fonctionnelle » préconisée par la Commissaire à l’information

[37] Hormis les griefs précis déjà mentionnés en ce qui a trait au recours à des témoignages d’experts et à des « conventions » gouvernementales, la thèse de la Commissaire repose principalement sur des principes généraux de droit constitutionnel, de théorie politique, de responsabilité démocratique et de responsabilité ministérielle. La Commissaire disserte longuement sur ces principes et affirme que [TRADUCTION] « le législateur entendait que le droit d’accès et le mécanisme créés par [la *Loi sur l’accès à l’information*] soient intégrés dans ces principes juridiques » et « qu’ils servent de mécanisme supplétif pour assurer que le pouvoir exécutif rende compte de la façon dont il exerce ses pouvoirs » (m.a., par. 102). La Commissaire exhorte par conséquent la Cour à adopter dans son analyse une « approche fonctionnelle » de manière à tracer une ligne de démarcation entre, d’une part, les fonctions ministérielles du ministre et, d’autre part, ses fonctions non ministérielles. Elle explique dans son mémoire qu’[TRADUCTION] « il est facile de transposer cette analyse à l’économie » de la *Loi sur l’accès à l’information* pour ce qui est du cabinet ministériel en litige de la manière suivante (m.a., par. 150) :

[TRADUCTION] ... un document est assujéti à [la *Loi sur l’accès à l’information*] indépendamment de son aspect physique ou du lieu où il se trouve, s’il a été créé par le ministre ou en son nom pour documenter l’exercice que le ministre fait de ses attributions ministérielles ou pour donner effet à cet exercice, ou s’il s’en remet directement au personnel ministériel pour exercer les attributions du ministre. En revanche, un document échappe à l’application de la [Loi sur l’accès à l’information] s’il est créé par le ministre ou par des membres de son personnel exonéré à des fins non politiques ou non ministérielles. De même, si le ministre ou le personnel exonéré reçoit des renseignements du personnel ministériel et crée ensuite d’autres documents à des fins politiques ou non ministérielles, ces nouveaux renseignements ne sont pas assujéti à [la *Loi sur l’accès à l’information*].

[38] La Commissaire plaide qu’on pourrait adopter une analyse similaire dans le cas des ministres d’État [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où un ministre d’État exerce les attributions d’un ministre » de même que « dans le cas des institutions fédérales autres que les ministères qui relèvent

the portfolio responsibilities of a given Minister (or Minister of State)” (A.F., at paras. 152-53).

[39] The Government submits that the “function-based” approach advocated by the Commissioner renders the list of institutions detailed in Schedule I essentially meaningless. Her approach is entirely focused on the nature and content of the record and, as such, conflates the issue of defining “government institution” with the issue of how one determines which entity has “control” of a specific record. Moreover, although the Commissioner recognizes that political and non-departmental matters would not be subject to release under the Act, the statute provides no exemption for such records. Her attempt to remedy this deficiency by conceptually building it into a function-based definition of “government institution” goes “well beyond any concept of statutory interpretation recognized by this or any other Court” (R.F., at para. 129).

[40] I agree with the Government. None of the broad principles relied upon by the Commissioner is contentious in these appeals. In my respectful view, nor are they particularly helpful in answering the questions of statutory interpretation at issue. For example, the Commissioner relies heavily on the quasi-constitutional characterization of the *Access to Information Act*. (See *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, where the Court affirmed this status in respect of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), and the *Privacy Act* (paras. 23-25).) She argues that, as such, the purpose of the Act becomes of paramount importance in the interpretative exercise, and that the legislation should be interpreted broadly in order to best promote the principles of responsible government and democratic accountability. While I agree that the *Access to Information Act* may be considered quasi-constitutional in nature, thus highlighting its important purpose, this does not alter the general principles of statutory interpretation. The fundamental difficulty with the

des responsabilités rattachées au portefeuille d’un ministre (ou ministre d’État) déterminé » (m.a., par. 152-153).

[39] Le gouvernement affirme que l’approche « fonctionnelle » préconisée par la Commissaire vide à toutes fins utiles de son sens la liste des institutions énumérées à l’annexe I. La Commissaire axe entièrement son approche sur la nature et le contenu du document, confondant ainsi la question de la définition d’« institution fédérale » avec celle de savoir comment on s’y prend pour déterminer de quelle entité « relève » un document précis. Qui plus est, bien que la Commissaire reconnaisse que les documents politiques ou non ministériels échappent à l’obligation de communication prévue par la Loi, cette Loi ne prévoit pas d’exceptions dans le cas de ces documents. La tentative que fait la Commissaire pour combler cette lacune en incorporant conceptuellement dans la Loi une définition fonctionnelle de l’expression « institution fédérale » [TRADUCTION] « va bien au-delà de tout concept d’interprétation des lois reconnu par notre Cour ou par toute autre juridiction » (m.i., par. 129).

[40] J’abonde dans le sens du gouvernement. Aucun des principes généraux cités par la Commissaire n’est controversé dans les présents pourvois. À mon humble avis, ces principes ne sont pas non plus particulièrement utiles pour trancher les questions d’interprétation des lois en cause. Par exemple, la Commissaire table fortement sur le fait que la *Loi sur l’accès à l’information* a été qualifiée de loi quasi constitutionnelle (voir l’arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, dans lequel la Cour a reconnu un statut de loi quasi constitutionnelle à la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4<sup>e</sup> suppl.), et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (par. 23-25)). Elle affirme que l’objet de la Loi acquiert de ce fait une importance capitale lorsqu’il s’agit d’interpréter la Loi et que celle-ci devrait être interprétée d’une manière libérale pour mieux promouvoir les principes de gouvernement responsable et de responsabilité démocratique. Bien que je sois d’accord avec l’appelante pour dire que la *Loi sur l’accès à l’information* peut être considérée comme une loi de

Commissioner's approach to the interpretation of the term "government institution" is that she avoids any direct reference to the legislative provision at issue. The Court cannot disregard the actual words chosen by Parliament and rewrite the legislation to accord with its own view of how the legislative purpose could be better promoted.

[41] It is important to recall that Parliament's statement of purpose in s. 2 of the Act recognizes that exceptions to public accessibility are "necessary". For example, in s. 21, Parliament has recognized the need for confidential advice to be sought by and provided to a Minister and, consequently, records in a government institution offering such advice are exempt from disclosure at the discretion of the head of the institution. The advice provided to a Minister may come from a variety of sources and may pertain to a broad range of matters, including matters relating to the department over which the Minister presides. Some of these matters may have a political dimension and some may not. Similarly, the policy rationale for excluding the Minister's office altogether from the definition of "government institution" can be found in the need for a private space to allow for the full and frank discussion of issues. As the Government rightly submits: "It is the process of being able to deal with the distinct types of information, including information that involves political considerations, rather than the specific contents of the records" that Parliament sought to protect by not extending the right of access to the Minister's office (R.F., at para. 82). Of course, not all documents in a Minister's office are excluded from the scope of the Act. As we shall see, despite its physical location in a ministerial office, any document which is "under the control" of the related, or any other, government institution is subject to disclosure.

nature quasi constitutionnelle — ce qui fait ressortir l'importance de son objet —, j'estime que cette qualification ne change en rien les principes généraux d'interprétation des lois. Le problème fondamental que comporte la méthode d'interprétation de l'expression « institution fédérale » que préconise la Commissaire réside dans le fait qu'elle évite de citer directement la disposition législative en cause. La Cour ne peut faire fi des termes que le législateur a effectivement employés et récrire le texte de loi en fonction de sa propre opinion sur la façon dont l'objet de la loi pourrait être mieux favorisé.

[41] Il importe de se rappeler qu'à l'art. 2 de la Loi, le législateur reconnaît, dans l'énoncé de l'objet de la Loi, que les exceptions au droit du public à la communication sont « indispensables ». Par exemple, à l'art. 21, le législateur reconnaît le besoin qu'ont les ministres de solliciter et de recevoir des avis confidentiels de sorte que les documents d'une institution fédérale qui contiennent de tels avis sont soustraits à la communication, à la discrétion du responsable de l'institution. Les avis qui sont fournis à un ministre peuvent provenir de diverses sources et peuvent concerner une vaste gamme de questions, notamment des questions se rapportant au ministère dont le ministre est responsable. Certaines de ces questions peuvent revêtir une dimension politique et d'autres, non. Dans la même veine, la raison de principe qui justifie d'exclure complètement le cabinet d'un ministre de la définition d'« institution fédérale » peut résider dans la nécessité de prévoir un espace privé où il est possible de débattre ouvertement et franchement de certaines questions. Comme le soutient à juste titre le gouvernement, [TRADUCTION] « ce n'est pas le contenu précis des documents, mais bien le processus permettant de traiter divers types de renseignements, y compris ceux qui comportent des considérations politiques », que le législateur a cherché à protéger en s'abstenant d'élargir le droit d'accès au cabinet d'un ministre (m.i., par. 82). Bien entendu, certains documents se trouvant au cabinet d'un ministre n'échappent pas à la portée de la Loi. Comme nous le verrons, un document « relevant de » l'institution fédérale concernée ou de toute autre institution fédérale est sujet à divulgation même s'il se trouve physiquement à l'intérieur du cabinet d'un ministre.

[42] The functional approach advocated by the Commissioner not only creates the problem identified by Kelen J. that some Ministers would be covered by the Act, whereas others would not. It also ignores the practical difficulty of carving out a political class exemption when none is provided in the Act. If a Minister's office is a government institution, all records under its control would be subject to release under the Act, unless expressly exempted or excluded by the Act. The proposal of carving out "political" documents based on an analysis of their content is easier said than done. As the Government notes, "records in a Minister's office are not neatly arranged into clearly defined 'political', 'constituent' and 'departmental' piles. The intermingling of these issues and facts is what makes the Minister's office unique. The simplistic approach of 'carving out' political records is unrealistic" (R.F., at para. 88).

[43] Of course, Parliament could have opted for a different access scheme. However, it did not. Kelen J.'s interpretative analysis contains no error. The meaning of "government institution" is clear. In my view, the courts below rightly concluded that no contextual consideration warrants the Court interpreting Parliament to have intended that the definition of "government institution" include ministerial offices. I would not give effect to this ground of appeal.

4.2 *Issue 2: Are the Records Requested, Despite Their Physical Location in the Respective Ministerial Offices, "Under the Control" of the Related Government Institution Within the Meaning of Section 4 of the Access to Information Act?*

[44] In light of my conclusion regarding the first issue, the question then becomes whether the requested records held within the respective

[42] L'approche fonctionnelle préconisée par la Commissaire crée non seulement le problème déjà évoqué par le juge Kelen, en l'occurrence le fait que certains ministres seraient assujettis à la Loi alors que d'autres ne le seraient pas, mais elle méconnaît aussi les difficultés pratiques engendrées par l'exclusion des renseignements politiques alors que la Loi ne prévoit aucune catégorie de ce genre. Si le cabinet d'un ministre constitue une institution fédérale, tous les documents qui en relèvent devraient être communiqués conformément à la Loi, sauf s'ils sont expressément exemptés ou exclus par la Loi. L'idée d'exclure les documents « politiques » en se fondant sur l'analyse de leur contenu est plus facile à évoquer qu'à réaliser. Ainsi que le gouvernement le signale, [TRADUCTION] « les documents qui se trouvent au cabinet du ministre ne sont pas soigneusement classés en piles portant la claire mention "politique", "électeurs" et "affaires ministérielles". L'entrelacement de ces questions et de ces faits confère un caractère unique au cabinet du ministre. La solution simpliste consistant à "exclure" les documents politiques n'est pas réaliste » (m.i., par. 88).

[43] Le législateur aurait bien sûr pu opter pour un régime d'accès à l'information différent. Mais ce n'est pas ce qu'il a fait. L'analyse interprétative du juge Kelen n'est entachée d'aucune erreur. Le sens de l'expression « institution fédérale » est clair. À mon avis, c'est à bon droit que les juridictions inférieures ont conclu qu'aucune considération d'ordre contextuel ne justifie la Cour de penser que le législateur voulait que les cabinets ministériels soient inclus dans la définition de l'expression « institution fédérale ». Je ne retiendrais donc pas ce moyen d'appel.

4.2 *Deuxième question : Les documents demandés « relèvent »-ils de l'institution fédérale concernée au sens de l'art. 4 de la Loi sur l'accès à l'information malgré le fait qu'ils se trouvent matériellement dans les cabinets ministériels en question?*

[44] Vu ma conclusion sur la première question, il s'agit maintenant de savoir si les documents demandés qui se trouvent dans les cabinets ministériels



ministerial offices are nonetheless “under the control” of their related government institutions within the meaning of s. 4(1) of the Act. Kelen J. concluded that they were not, and the Federal Court of Appeal upheld his decision. The Commissioner appeals from this conclusion.

[45] None of the Commissioner’s arguments is directed at the findings of fact made by Kelen J. regarding the particular records requested. The success of the Commissioner’s appeal on this point is dependent, rather, on whether the Court accepts her proposed test for determining what constitutes “control” for the purposes of access under the Act. As I will explain, the test for control proposed by the Commissioner is entirely focussed on the function or content of the record and, in substance, is essentially the same as the test she proposes for defining a “government institution”. Consequently, much for the reasons stated above, the Commissioner’s interpretation of the word “control” cannot be sustained as it finds no support in the wording of the Act.

[46] First, I will review the control test adopted by the courts below.

[47] The word “control” is an undefined term in the statute. Its meaning has been judicially considered in a number of cases, and Kelen J. turned to this jurisprudence for guidance. In particular, he reviewed the following cases: *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320 (T.D.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.); *Privacy Commissioner (Can.) v. Canada Labour Relations Board* (2000), 257 N.R. 66 (F.C.A.); *Rubin v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2001 FCT 440, 204 F.T.R. 313; *Canada (Attorney General) v. Information Commissioner (Can.)*, 2001 FCA 25, 268 N.R. 328; and *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, 2004 FCA 286, 328 N.R. 98. From this jurisprudence, Kelen J. gleaned

en question « relèvent » malgré tout de l’institution fédérale concernée au sens du par. 4(1) de la Loi. Le juge Kelen a répondu par la négative à cette question, et la Cour d’appel fédérale a confirmé sa décision. La Commissaire se pourvoit contre cette conclusion.

[45] Aucun des arguments de la Commissaire ne porte sur les conclusions de fait tirées par le juge Kelen au sujet des documents demandés. Le succès du pourvoi de la Commissaire sur ce point dépend plutôt de la réponse à la question de savoir si la Cour accepte le critère qu’elle propose pour déterminer si un document « relève » d’une institution fédérale au sens de la Loi et doit de ce fait être communiqué. Comme je vais l’expliquer, le critère proposé par la Commissaire pour déterminer si un document « relève » d’une institution fédérale est entièrement axé sur la fonction ou le contenu du document et correspond essentiellement au critère qu’elle propose pour définir une « institution fédérale ». En conséquence, en grande partie pour les motifs déjà exposés, l’interprétation que la Commissaire donne de l’expression « relevant de » ne peut être retenue parce qu’elle ne trouve aucun appui dans le libellé de la Loi.

[46] Je vais d’abord examiner le critère adopté par les juridictions inférieures au sujet de la notion véhiculée par l’expression « relevant de ».

[47] L’expression « relevant de » n’est pas définie dans la Loi. Les tribunaux se sont penchés sur sa signification dans plusieurs affaires et le juge Kelen a puisé dans cette jurisprudence pour trouver des pistes de solution. Il a notamment examiné les décisions suivantes : *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320 (1<sup>re</sup> inst.); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.); *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada) c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, 2000 CanLII 15487 (C.A.F.); *Rubin c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2001 CFPI 440 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l’information)*, 2001 CAF 25, 268 N.R. 328, et *Société canadienne*

a number of principles, which I will paraphrase as follows.

[48] As “control” is not a defined term in the Act, it should be given its ordinary and popular meaning. Further, in order to create a meaningful right of access to government information, it should be given a broad and liberal interpretation. Had Parliament intended to restrict the notion of control to the power to dispose or to get rid of the documents in question, it could have done so. It has not. In reaching a finding of whether records are “under the control of a government institution”, courts have considered “ultimate” control as well as “immediate” control, “partial” as well as “full” control, “transient” as well as “lasting” control, and “*de jure*” as well as “*de facto*” control. While “control” is to be given its broadest possible meaning, it cannot be stretched beyond reason. Courts can determine the meaning of a word such as “control” with the aid of dictionaries. The *Canadian Oxford Dictionary* defines “control” as “the power of directing, command (under the control of)” (2001, at p. 307). In this case, “control” means that a senior official with the government institution (other than the Minister) has some power of direction or command over a document, even if it is only on a “partial” basis, a “transient” basis, or a “*de facto*” basis. The contents of the records and the circumstances in which they came into being are relevant to determine whether they are under the control of a government institution for the purposes of disclosure under the Act (paras. 91-95).

[49] In applying these principles to the records at issue, Kelen J. articulated the following test, at para. 93:

*des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CAF 286 (CanLII). Le juge Kelen a dégagé de cette jurisprudence un certain nombre de principes, que je vais paraphraser comme suit.

[48] L'expression « relevant de » n'est pas définie dans la Loi. Il convient donc de lui donner son sens ordinaire ou le plus répandu. Par ailleurs, pour conférer un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale, il convient d'interpréter cette expression de façon libérale et généreuse. Le législateur aurait pu, s'il l'avait voulu, limiter cette notion au pouvoir de « disposer » des documents en question, c'est-à-dire au pouvoir de s'en débarrasser. Or, il ne l'a pas fait. Pour savoir si des documents « relèvent d'une institution fédérale », les tribunaux se sont demandé s'ils en relèvent de façon « ultime » ou « immédiate », « complète » ou « partielle », « temporaire » ou « permanente » ou encore « *de jure* » ou « *de facto* ». L'expression doit être interprétée de la manière la plus large possible, mais elle ne saurait être étendue plus que de raison. Les tribunaux peuvent déterminer le sens d'une expression comme « relevant de » avec l'aide de dictionnaires. Le *Grand Robert de la langue française* (version électronique) définit « relever de » comme suit : « (Choses). Être du ressort de . . . (ressortir), dépendre de . . . (en parlant d'un fait). » Le *Canadian Oxford Dictionary* définit comme suit le terme anglais « control » employé dans la version anglaise de la Loi : [TRADUCTION] . . . pouvoir de diriger, autorité (relevant de) (2001, p. 307). Dans la présente affaire, l'expression « relevant de » signifie qu'un haut fonctionnaire de l'institution fédérale en cause (autre que le ministre) exerce un certain pouvoir de direction ou une autorité à l'égard d'un document, même si ce n'est qu'un pouvoir « partiel », « temporaire » ou « *de facto* ». Le contenu des documents et les circonstances dans lesquelles ils ont été établis permettront de dire s'ils relèvent d'une institution fédérale pour les besoins de leur communication aux termes de la Loi (par. 91-95).

[49] Pour appliquer ces principes aux documents en litige, le juge Kelen a articulé le critère suivant, au par. 93 :

Upon review by the Court, if the content of a document in the PMO or the offices of the Ministers of National Defence and Transport relates to a departmental matter, and the circumstances in which the document came into being show that the deputy minister or other senior officials in the department could request and obtain a copy of that document to deal with the subject-matter, then that document is under the control of the government institution. [Emphasis deleted.]

[50] The Federal Court of Appeal agreed with this test, holding that, in the context of these cases where the record requested is not in the physical possession of a government institution, the record will nonetheless be under its control if two questions are answered in the affirmative: (1) Do the contents of the document relate to a departmental matter? (2) Could the government institution reasonably expect to obtain a copy of the document upon request? (Decision 1, at paras. 8-9).

[51] As I understand her arguments, the Commissioner does not take issue with any of the principles Kelen J. gleaned from his review of the relevant jurisprudence. Indeed, she substantially adopts these principles in her factum at para. 168 and rightly so. Those principles should inform the analysis. Her complaint lies, rather, with how these principles were distilled into the two-step inquiry described above. She submits that the courts below have erred in law by essentially reducing the legal inquiry concerning “control” to two seemingly simple factual questions — whether the record relates to a departmental matter and whether senior members of the departmental staff could request and obtain a copy of the record. She submits that these factual indicia can be too easily manipulated by government actors to avoid releasing documents that validly fall within the scope of the Act. In particular, she submits that the “mechanism of a hypothetical ‘request’” under step two of the test is weak and unacceptable as it “inappropriately relies on past practices and prevalent expectations, rather than the legal relationships at issue” (A.F., at para. 169). Put more colloquially, she argues that if this Court adopts the control test articulated in the courts below, the Minister’s office may effectively

Après examen, si le contenu d’un document en la possession du CPM, du cabinet du ministre de la Défense nationale ou du cabinet du ministre des Transports se rapporte à une affaire ministérielle, et si les circonstances dans lesquelles le document a été créé montrent que le sous-ministre ou les autres hauts fonctionnaires du ministère pourraient demander et obtenir une copie de ce document pour traiter l’affaire, la Cour est d’avis que ce document relève de l’institution fédérale. [Soulignement omis.]

[50] La Cour d’appel fédérale a accepté ce critère en précisant que, dans le contexte des présentes affaires dans lesquelles l’institution n’a pas le document en sa possession matérielle, le document relèvera quand même de l’institution fédérale si l’on répond par l’affirmative aux deux questions suivantes : (1) Le contenu du document se rapporte-t-il à une affaire ministérielle? (2) L’institution fédérale pourrait-elle raisonnablement s’attendre à obtenir une copie du document sur demande? (décision 1, par. 8-9).

[51] Si je comprends bien ses arguments, la Commissaire ne s’oppose à aucun des principes que le juge Kelen a dégagés de son examen de la jurisprudence pertinente. Elle les fait d’ailleurs essentiellement siens dans son mémoire au par. 168 et c’est à raison qu’elle le fait. Ces principes devraient guider l’analyse. Son grief porte plutôt sur la façon dont ces principes ont été exprimés dans l’analyse en deux étapes décrite précédemment. Elle affirme que les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en réduisant l’analyse juridique de l’expression « relevant de » à deux questions factuelles apparemment simples : celle de savoir si le document se rapporte à une affaire ministérielle, et celle de savoir si des cadres supérieurs du ministère pourraient obtenir copie du document sur demande. Elle soutient que ces indices factuels peuvent être trop aisément manipulés par un représentant du gouvernement pour éviter de communiquer des documents qui devraient valablement l’être aux termes de la Loi. Elle prétend en particulier que le [TRADUCTION] « mécanisme de la “demande” hypothétique » prévu par le second volet du critère est faible et inacceptable « parce qu’il repose de façon inadmissible sur des usages du passé et sur des attentes actuelles plutôt que sur les rapports juridiques en cause »

become a “black hole” used to shield certain sensitive documents that properly fall within the ambit of the *Access to Information Act* (A.F., at para. 162).

[52] I agree with the Commissioner that it would be an error to interpret the words “under the control” in a manner that allowed government actors to turn the Minister’s office into a “black hole” to shelter sensitive records that should otherwise be produced to the requester in accordance with the law. However, as I will explain, I am not persuaded that the courts below erred as she contends. In essence, the Commissioner’s complaint on this ground of appeal is based on the same criticism of the institutional distinction between the Minister and the department over which he or she presides argued under the first ground. This is readily apparent from the alternative test that she proposes. In order to counter the “black hole” problem, the Commissioner urges the Court to hold that a record in a Minister’s office is under the control of the corresponding government institution when the following two conditions are met:

- (a) the record was obtained or generated by the Minister or on his or her behalf; and
- (b) the record documents or gives effect to the Minister’s exercise of departmental powers, duties or functions, or relies directly on departmental staff in order to exercise the Minister’s departmental powers, duties or functions. [A.F., at para. 172]

[53] As the Government rightly responds, the test for control proposed by the Commissioner effectively eliminates the need to consider the definition of “government institution”. As the Government puts it in its factum: “If the function

(m.a., par. 169). Autrement dit, elle fait valoir que si notre Cour retient le critère de la notion véhiculée par l’expression « relevant de » que les juridictions inférieures ont formulé, le cabinet du ministre peut effectivement devenir une sorte d’« oubliette » permettant la mise au secret de certains documents délicats qui devraient être communiqués sur demande aux termes de la *Loi sur l’accès à l’information* (m.a., par. 162).

[52] Je suis d’accord avec la Commissaire pour dire que l’on aurait tort d’interpréter l’expression « relevant de » d’une manière qui permettrait aux représentants du gouvernement de transformer le cabinet du ministre en une « oubliette » permettant de mettre à l’abri des documents délicats que l’on devrait autrement communiquer à l’auteur de la demande pour respecter la Loi. Toutefois, ainsi que je vais l’expliquer, je ne suis pas persuadée que les juridictions inférieures ont commis l’erreur que la Commissaire leur reproche. Le grief que la Commissaire articule en ce qui concerne ce moyen d’appel repose essentiellement sur la même critique que celle qu’elle formule à l’appui de son premier moyen relativement à la distinction institutionnelle entre le ministre et le ministère dont il est responsable. Cette similitude ressort à l’évidence du critère qu’elle propose à titre subsidiaire. Pour contrer le problème de l’« oubliette », la Commissaire exhorte la Cour à juger que tout document se trouvant au cabinet d’un ministre relève de l’institution fédérale correspondante dès lors que les deux conditions suivantes sont réunies :

[TRADUCTION]

- a) le document a été obtenu ou créé par le ministre ou en son nom;
- b) le document traite de l’exercice que le ministre fait de ses attributions ministérielles ou donne effet à cet exercice, ou s’en remet directement au personnel ministériel pour exercer les attributions du ministre. [m.a., par. 172]

[53] Ainsi que le gouvernement rétorque à juste titre, le critère que propose la Commissaire au sujet de la notion véhiculée par l’expression « relevant de » a pour effet d’écartier la nécessité de tenir compte de la définition de l’expression « institution

or content of the record determines control, then it does not matter if the record is in a government institution or a Minister's Office, as they are the same entity for the purposes of determining 'control'" (R.F., at para. 179). I agree. A decision on the issue of control based almost exclusively on the content of the record would have the effect of extending the reach of the Act into the Minister's office where, as discussed earlier, Parliament has chosen not to go.

[54] Further, the Commissioner's argument on the deficiency of the control test crafted by the courts below presupposes that the two-part distillation of the test, particularly as articulated by the Federal Court of Appeal, is not intended to fully capture the principles upon which the test was crafted. I do not read the judgments below as having that effect. As Kelen J. made clear, the notion of control must be given a broad and liberal meaning in order to create a meaningful right of access to government information. While physical control over a document will obviously play a leading role in any case, it is not determinative of the issue of control. Thus, if the record requested is located in a Minister's office, this does not end the inquiry. The Minister's office does not become a "black hole" as contended. Rather, this is the point at which the two-step inquiry commences. Where the documents requested are not in the physical possession of the government institution, the inquiry proceeds as follows.

[55] Step one of the test acts as a useful screening device. It asks whether the record relates to a departmental matter. If it does not, that indeed ends the inquiry. The Commissioner agrees that

fédérale ». Ainsi que le gouvernement l'explique dans son mémoire : [TRADUCTION] « Si c'est son rôle ou son contenu qui détermine si un document relève ou non d'une institution fédérale, il est alors indifférent qu'il se trouve dans une institution fédérale ou au cabinet d'un ministre, puisqu'il s'agit de la même entité lorsqu'il s'agit de savoir de qui ce document "relève" » (m.i., par. 179). Je suis du même avis. Une décision sur la question de savoir de qui relève un document qui reposerait presque exclusivement sur le contenu du document aurait pour effet d'élargir la portée de la Loi en y englobant le cabinet des ministres alors que, comme nous l'avons déjà vu, le législateur a choisi de soustraire les cabinets des ministres à l'application de la Loi.

[54] Par ailleurs, l'argument qu'avance la Commissaire au sujet des lacunes que comporterait le critère de la notion véhiculée par l'expression « relevant de » qui a été élaboré par les juridictions inférieures, et notamment par la Cour d'appel fédérale, présuppose que le fait que ce critère a été scindé en deux volets n'est pas censé rendre pleinement compte des principes sur le fondement desquels il a été élaboré. Selon mon interprétation, les jugements des juridictions inférieures n'ont pas cet effet. Ainsi que le juge Kelen l'a bien précisé, l'expression « relevant de » doit être interprétée d'une manière large et libérale pour assurer un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale. Bien que la possession matérielle du document joue de toute évidence un rôle important dans chaque cas, elle ne constitue pas un facteur déterminant sur la réponse à la question de savoir de qui ce document relève. Ce n'est donc pas parce que le document demandé se trouve au cabinet du ministre que l'analyse s'arrête là. Le cabinet du ministre ne devient pas l'« oubliette » où les documents sont relégués comme on l'a prétendu. C'est en fait à ce point qu'il convient d'entamer l'analyse en deux étapes. Si l'institution fédérale n'a pas la possession matérielle des documents demandés, l'analyse procède de la façon suivante.

[55] La première étape de ce critère se veut un mécanisme de tamisage utile. À cette étape, on se demande si le document se rapporte à une affaire ministérielle. Si tel n'est pas le cas, on ne pousse

the *Access to Information Act* is not intended to capture non-departmental matters in the possession of Ministers of the Crown. If the record requested relates to a departmental matter, the inquiry into control continues.

[56] Under step two, *all* relevant factors must be considered in order to determine whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy upon request. These factors include the substantive content of the record, the circumstances in which it was created, and the legal relationship between the government institution and the record holder. The Commissioner is correct in saying that any expectation to obtain a copy of the record cannot be based on “past practices and prevalent expectations” that bear no relationship on the nature and contents of the record, on the actual legal relationship between the government institution and the record holder, or on practices intended to avoid the application of the *Access to Information Act* (A.F., at para. 169). The reasonable expectation test is objective. If a senior official of the government institution, based on all relevant factors, reasonably *should* be able to obtain a copy of the record, the test is made out and the record must be disclosed, unless it is subject to any specific statutory exemption. In applying the test, the word “could” is to be understood accordingly.

[57] My colleague LeBel J. agrees with this control test, but takes exception to the creation of “an implied presumption that the public does not have a right of access to records in a Minister’s office” (para. 76). With respect, his concern is founded on a misinterpretation of these reasons. There is no presumption of inaccessibility. As LeBel J. rightly notes, at para. 91:

The fact that Ministers’ offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record

pas l’analyse plus loin. La Commissaire reconnaît que la *Loi sur l’accès à l’information* ne vise pas à englober les affaires non ministérielles se trouvant en la possession des ministres fédéraux. Si le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle, l’analyse se poursuit pour déterminer s’il relève ou non de l’institution fédérale.

[56] À la seconde étape, il faut tenir compte de *tous* les facteurs pertinents pour déterminer si l’institution fédérale pourrait raisonnablement s’attendre à obtenir une copie du document sur demande. Parmi ces facteurs, mentionnons la teneur réelle du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu’entretiennent l’institution fédérale et le détenteur du document. La Commissaire a raison de dire qu’on ne peut s’attendre à obtenir une copie du document en se fondant [TRADUCTION] « sur des usages du passé et sur des attentes actuelles » sans lien avec la nature et le contenu du document, sur les rapports juridiques qui existent effectivement entre l’institution fédérale et le détenteur du document ou sur des pratiques visant à se dérober à l’application de la *Loi sur l’accès à l’information* (m.a., par. 169). Le critère de l’attente raisonnable est objectif. Si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, le cadre supérieur de l’institution fédérale *devrait* raisonnablement être en mesure d’obtenir une copie du document, le critère est satisfait et le document doit être communiqué, à moins qu’il ne soit assujéti à une exemption spécifique prévue par la loi. Pour l’application du critère, le mot « pourrait » doit être interprété dans le même sens.

[57] Mon collègue le juge LeBel souscrit à ce critère de la notion véhiculée par l’expression « relevant de », mais il s’inscrit en faux contre le fait de créer « implicitement une présomption qui priverait le public de tout droit d’accès aux documents se trouvant au cabinet d’un ministre » (par. 76). En toute déférence, sa crainte repose sur une mauvaise interprétation des présents motifs. Il n’existe aucune présomption d’inaccessibilité. Comme le fait remarquer à bon droit le juge LeBel au par. 91 :

Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n’empêche pas un document qui ne se trouve pas

that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister's office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head must facilitate access to it on the basis of the procedure and the limits specified in the Act.

[58] I agree. Conversely, if a document is under the control of the Minister's office and *not* under the control of the related, or any other, government institution, it does not fall within the purview of the *Access to Information Act*. If one views this result as creating a factual "presumption of inaccessibility", or alternatively an implied exemption for political records, in my respectful view, it is a consequence that inevitably flows from the fact that Ministers' offices are not government institutions within the meaning of the Act, a conclusion with which LeBel J. agrees.

[59] Thus, the test articulated by the courts below, properly applied, does not lead to the wholesale hiding of records in ministerial offices. Rather, it is crafted to answer the concern. In addition, as the Government rightly notes, Parliament has included strong investigatory provisions that guard against intentional acts to hinder or obstruct an individual's right to access. My colleague reviews some of these investigatory powers. It is true, as he points out, that the statutory power to enter any "government institution" would not allow the Commissioner to enter a Minister's office. However, again here, it seems to me that this result inevitably flows from the limited scope of the term "government institution" and must be taken to have been intended by Parliament. I disagree with my colleague that this limitation on the Commissioner's powers effectively leaves the Minister as head of the government institution with the final say as to whether a given document is under the control of a government institution (para. 109). The Commissioner has significant powers of investigation that include the authority to "summon and enforce the appearance of persons", including Ministers, "and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner deems

dans les locaux d'une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d'un ministre relève d'une institution fédérale, la Loi s'applique à ce document. En pareil cas, le responsable doit faciliter l'accès au document conformément à la procédure et aux limites prescrites par la Loi.

[58] Je suis d'accord sur ce point. À l'inverse, un document relevant du cabinet d'un ministre mais *non* de l'institution fédérale concernée ou de toute autre institution fédérale ne tombe pas sous le coup de la *Loi sur l'accès à l'information*. Si l'on considère que cette règle crée, dans les faits, une « présomption d'inaccessibilité » ou, subsidiairement, une exemption implicite applicable aux documents politiques, j'estime en toute déférence que cette règle découle inévitablement du fait que les cabinets des ministres ne sont pas des institutions fédérales au sens de la Loi, une conclusion à laquelle souscrit le juge LeBel.

[59] En conséquence, une application appropriée du critère articulé par les juridictions inférieures ne conduit pas à une mise au secret générale des documents se trouvant dans les cabinets ministériels. Le critère est plutôt conçu de manière à éviter ce problème. Qui plus est, ainsi que le gouvernement le fait observer avec raison, le législateur a prévu des dispositions d'enquête solides pour éviter toute tentative délibérée d'entraver le droit d'accès des citoyens. Mon collègue passe en revue certains de ces pouvoirs d'enquête. Comme il le souligne, le pouvoir légal du Commissaire de pénétrer dans les locaux d'une « institution fédérale » ne lui permettrait certes pas d'entrer dans le cabinet d'un ministre. Mais là encore, il me semble que cette règle découle inévitablement de la portée limitée du terme « institution fédérale », et qu'on doit présumer que telle était l'intention du législateur. Je ne suis pas d'accord avec mon collègue pour dire que cette restriction des pouvoirs du Commissaire laisse bel et bien le ministre, en qualité de responsable de l'institution fédérale, décider en dernier ressort si un document donné relève de cette institution (par. 109). Le Commissaire dispose de pouvoirs d'enquête considérables, notamment celui d'« assigner et de contraindre des témoins », y compris des ministres, « à comparaître devant lui,

requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record”: s. 36(1)(a). Further, as an additional safeguard, any refusal to disclose requested records is subject to independent review by the courts on a standard of correctness.

[60] In the result, I agree with the Federal Court of Appeal that the two questions posed by Kelen J. were adequate to determine whether the records requested in the three applications at issue were under the control of a government institution. It is also clear from his detailed analysis that he considered all relevant factors on an objective basis, as discussed above. Applying this test to the material before him, he concluded that none of the requested records was in the control of a government institution. In brief, he disposed of the first three applications on the following bases.

[61] First, the Prime Minister’s agendas were not under the control of the PCO. The agendas were created by the Prime Minister’s exempt staff and were always in possession of the Prime Minister or his exempt staff. No “government institution” had physical possession of the records or the right to obtain them.

[62] Second, the Minister of Transport’s unabridged and abridged agendas were not under the control of a government institution. The unabridged agendas were always in the possession of the Minister’s office and were not provided to the Deputy Minister or anyone else in the government institution. The abridged agendas were in the possession of the government institution for a limited time, but were not kept after the relevant date and there was no expectation that the Minister’s office would provide the agendas for a second time.

[63] Third, the notebooks held in the Minister of National Defence’s office were not under the control of the Department of National Defence. They were

à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu’il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives » : al. 36(1)(a). De plus, à titre de garantie supplémentaire, tout refus de communication des documents demandés peut faire l’objet d’un examen judiciaire indépendant selon la norme de la décision correcte.

[60] Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel fédérale pour dire que les deux questions posées par le juge Kelen permettaient de déterminer si les documents réclamés dans les trois demandes en litige relevaient d’une institution fédérale. Il ressort également de son analyse détaillée que le juge Kelen a tenu compte de tous les facteurs pertinents de façon objective comme nous l’avons déjà vu. Appliquant ce critère aux documents qui lui étaient soumis, le juge Kelen a conclu qu’aucun des documents demandés ne relevait d’une institution fédérale. En bref, il a tranché les trois premières demandes sur le fondement suivant.

[61] En premier lieu, le juge Kelen a conclu que les agendas du premier ministre ne relevaient pas du BCP. Les agendas avaient été créés par des membres du personnel exonéré du premier ministre et ils demeuraient toujours en la possession du premier ministre ou de son personnel exonéré. Aucune « institution fédérale » n’avait la possession matérielle des documents ou le droit de les obtenir.

[62] Deuxièmement, les copies abrégées ou non abrégées des agendas du ministre des Transports ne relevaient pas d’une institution fédérale. Les agendas originaux demeuraient toujours en la possession du cabinet du ministre et ils n’étaient communiqués ni au sous-ministre ni à personne d’autre au sein de l’institution fédérale. Les agendas abrégés se trouvaient en la possession de l’institution fédérale pour une période de temps limitée, mais ils n’étaient pas conservés après la date en cause et personne ne s’attendait à ce que le cabinet du ministre communique les agendas une seconde fois.

[63] Troisièmement, les blocs-notes détenus par le cabinet du ministre de la Défense nationale ne relevaient pas du ministère de la Défense nationale.



created and maintained by exempt staff for their personal use and would not have been produced to government officials. While the Minister relied upon his exempt staff for taking notes of meetings, he himself never looked at the notes. The emails also were not under the control of the Department of National Defence. They did not contain substantive information about departmental matters.

[64] As stated earlier, the Commissioner presents virtually no argument in respect of the findings of fact made by Kelen J. I agree with the Federal Court of Appeal that the conclusions reached by Kelen J. on the issue of control were open to him on the record and entitled to deference.

[65] I would not give effect to the second ground of appeal on the issue of control. Consequently, I would dismiss the Commissioner's appeals on the first three applications with costs.

[66] On the fourth application, it is agreed that the Prime Minister's agendas in the possession of the RCMP and the PCO were under the control of a "government institution" for the purposes of the *Access to Information Act*. Therefore, this brings us to the final issue.

4.3 *Issue 3: Are the Prime Minister's Agendas at Issue Exempt or Excluded From Disclosure Pursuant to Section 19 of the Access to Information Act and Section 3(j) of the Privacy Act?*

[67] The definition of "government institution" is the same under both the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*. The RCMP and the PCO are specifically listed in Schedule I and,

Ils étaient créés et conservés par le personnel exonéré pour son usage personnel et ils n'auraient pas été communiqués aux fonctionnaires du gouvernement. Même si le ministre comptait sur son personnel exonéré pour prendre des notes lors des rencontres, il ne consultait jamais lui-même ces notes. Les courriels ne relevaient pas non plus du ministère de la Défense nationale. Ils ne renfermaient pas de renseignements de fond portant sur des affaires ministérielles.

[64] Comme nous l'avons déjà précisé, la Commissaire n'invoque pratiquement aucun argument au sujet des conclusions de fait tirées par le juge Kelen. Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que, compte tenu du dossier, il était loisible au juge Kelen de tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé sur la question de savoir si les documents relevaient ou non d'une institution fédérale. J'estime également qu'il y a lieu de faire preuve de déférence envers ces conclusions.

[65] Je ne retiendrais pas le second moyen d'appel en ce qui concerne la question de savoir si les documents relevaient ou non d'une institution fédérale. En conséquence, je suis d'avis de rejeter avec dépens les pourvois formés par la Commissaire sur les trois premières demandes.

[66] Sur la quatrième demande, il est acquis aux débats que les agendas du premier ministre qui se trouvaient en la possession de la GRC et du BCP relevaient d'une « institution fédérale » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce qui nous amène donc à la dernière question à trancher.

4.3 *Troisième question : Les agendas en cause du premier ministre sont-ils soustraits à la communication en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information et de l'al. j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels?*

[67] La définition d'« institution fédérale » est la même dans la *Loi sur l'accès à l'information* et dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La GRC et le BCP sont expressément nommés

as such, are government institutions. Records under their control must be disclosed, subject to certain statutory exemptions. Section 19(1) of the *Access to Information Act* prohibits the head of a government institution from releasing any record that contains “personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*”. However, s. 3(j) creates an exception by allowing for the disclosure of personal information where such information pertains to “an individual who is or was an officer or employee of a government institution” and where the information in question “relates to the position or functions of the individual”. In short, the s. 3(j) exception will apply, and those parts of the Prime Minister’s agenda that relate to his job must be disclosed, if the Prime Minister is an “officer . . . of a government institution”.

[68] Under both statutes, the “head” of a government institution includes “in the case of a department or ministry of state, the member of the Queen’s Privy Council for Canada”. The Prime Minister is the head of the PCO under this definition. The term “officer”, however, is not defined. The question is whether the Prime Minister as “head” of a government institution is also an “officer” of that institution.

[69] Kelen J. held that he was. In reaching this conclusion, he relied upon the definition of “public officer” found in the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 2; which includes “a minister of the Crown and any person employed in the federal public administration”. He also relied on the definition of “public officer” in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 2, which includes “any person in the federal public administration who is authorized by or under an enactment to do or enforce the doing of an act or thing or to exercise a power, or on whom a duty is imposed by or under an enactment” (para. 107).

à l’annexe I et ils constituent donc des institutions fédérales. Les documents relevant de la GRC et du BCP doivent donc être communiqués, sous réserve de certaines exceptions prévues par la Loi. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoit que le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents « contenant les renseignements personnels visés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ». L’alinéa j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de cette dernière Loi prévoit toutefois une exception en permettant la communication de renseignements personnels qui concernent « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale » et qui portent « sur son poste ou ses fonctions ». Bref, l’exception prévue à cet alinéa joue si le premier ministre est un « cadre [. . .] d’une institution fédérale », auquel cas les passages de l’agenda du premier ministre qui portent sur son poste doivent être communiqués.

[68] Sous le régime des deux lois en question, le « responsable » d’une institution fédérale comprend « [l]e membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada sous l’autorité duquel est placé un ministère ou un département d’État ». Le premier ministre est le responsable du BCP au sens de cette définition. Le terme « cadre » n’est cependant pas défini. La question qui se pose est celle de savoir si le premier ministre, en tant que « responsable » d’une institution fédérale, est également un « cadre » de cette institution.

[69] Le juge Kelen a répondu par l’affirmative à cette question. Pour en arriver à cette conclusion, il s’est fondé sur la définition de l’expression « fonctionnaire public » que l’on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2, en l’occurrence : « Ministre ou toute autre personne employée dans l’administration publique fédérale ». Il s’est également fondé sur la définition de « fonctionnaire public » de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2, en l’occurrence : « Agent de l’administration publique fédérale dont les pouvoirs ou obligations sont prévus par un texte » (par. 107).

[70] The Federal Court of Appeal reversed this finding, holding that Kelen J. “erred in law in importing into the *Privacy Act* the definitions of ‘public officer’ from statutes dealing with different subjects that use that term in different contexts” (Decision 2, at para. 5). In its view, “[t]he same understanding about the special governmental role of the Prime Minister” discussed in the first three applications “would have formed part of the foundation for the drafting of the *Privacy Act*” (para. 8). The Federal Court of Appeal concluded that it would be inconsistent with Parliament’s intention to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister as an officer of a government institution.

[71] I agree with the Federal Court of Appeal that Kelen J. erred in relying on the definition of “public officer” in two other statutes. It is clear that the definition of “public officer” found in the *Financial Administration Act* is a broad definition which deals with an unrelated subject and operates in a different context. The definition contained in the *Interpretation Act* could arguably be relevant, as s. 3(1) states: “Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act”. However, I find no support for incorporating the definition of “public officer” in this context. First, while there may be overlap between the two terms, the term “public officer” used in the *Interpretation Act* is simply not the same as the term “officer . . . of a government institution” used in the *Privacy Act*. Second, the definition “public officer” is contained in the list of definitions under s. 2 of the *Interpretation Act*, which is expressly stated to apply “[i]n this Act”. The definition is not repeated in the definitions contained in s. 35, which conversely, apply “[i]n every enactment”. Finally, the *Interpretation Act* itself differentiates between a “public officer” and a “minister of the Crown” (see, e.g., s. 24). In my view, the Federal Court of Appeal rightly concluded that the meaning of “officer of a

[70] La Cour d’appel fédérale a infirmé cette conclusion en jugeant que le juge Kelen « a commis une erreur de droit en important dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* la définition de “fonctionnaire public” de lois portant sur des sujets différents et qui emploient cette expression dans des contextes différents » (décision 2, par. 5). À son avis, « [l]a rédaction de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aurait été inspirée en partie de cette même compréhension [retenue dans les trois premières demandes] de la fonction du premier ministre au sein du gouvernement » (par. 8). La Cour d’appel fédérale a conclu qu’il irait à l’encontre de la volonté du législateur d’interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de manière à assimiler le premier ministre à un cadre d’une institution fédérale.

[71] Je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale pour dire que le juge Kelen a commis une erreur en se fondant sur la définition de l’expression « fonctionnaire public » donnée par deux autres lois. Il est évident que la définition de l’expression « fonctionnaire public » que l’on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* est une définition large qui porte sur un tout autre objet et qui s’applique dans un contexte différent. On pourrait soutenir que la définition que donne la *Loi d’interprétation* est pertinente, si l’on tient compte du libellé du par. 3(1) qui dispose : « Sauf indication contraire, la présente loi s’applique à tous les textes, indépendamment de leur date d’édiction. » Je ne vois toutefois rien qui justifierait d’incorporer la définition de « fonctionnaire public » dans ce contexte. En premier lieu, bien que les acceptions du terme « cadre » et de l’expression « fonctionnaire public » puissent se recouper, cette dernière expression, telle qu’elle est employée dans la *Loi d’interprétation*, n’est tout simplement pas la même que l’expression « cadre [. . .] d’une institution fédérale » que l’on trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En deuxième lieu, la définition de « fonctionnaire public » se trouve dans la liste des définitions qui sont prévues à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation*, et qui, selon ce que cette Loi précise bien, ne s’appliquent qu’« à la présente loi ».

government institution” must be ascertained in its proper context.

[72] In effect, the Commissioner’s position on this issue follows the same rationale underlying her arguments on the other grounds of appeal. She argues in favour of a function-based approach in order to interpret the term “officer”, according to which a Minister would be considered an officer of a government institution when exercising powers in relation to the institution, and not an officer of a government institution when exercising powers unrelated to the institution. The problem with this approach, however, is that there is nothing in either statute suggesting that a person might be an officer for some purposes and not for others.

[73] Nor is there any support in either statute for finding that a Minister is intended to be an “officer” of the government institution simply because he is the “head” of that institution. In fact, s. 73 of the *Access to Information Act* suggests the opposite, given that it provides that the “head” of the government institution may delegate powers and duties under the Act to one or more “officers or employees” of the government institution. A distinction is therefore drawn between “head” and “officer” in that provision. Further, as noted earlier in discussing the definition of “government institution”, s. 21 of the *Access to Information Act* also makes a distinction between “officer”, “employee”, and “minister”.

[74] Finally, as this Court explained in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*per* La Forest J. in dissent but not on this point), and reiterated in *RCMP*, the *Access to Information*

Cette définition n’est pas reprise dans les définitions que l’on trouve à l’art. 35, lequel, à l’inverse, s’applique « à tous les textes ». Enfin, la *Loi d’interprétation* fait elle-même une distinction entre un « fonctionnaire public » et un « ministre » (voir, p. ex., l’art. 24). À mon avis, c’est à bon droit que la Cour d’appel fédérale a conclu que le sens de l’expression « cadre d’une institution fédérale » doit être déterminé en le situant dans le contexte qui lui est propre.

[72] En fait, la thèse de la Commissaire sur ce point suit le même raisonnement que celui qui est à la base des arguments qu’elle fait valoir au sujet des autres moyens d’appel. Elle plaide en faveur d’une approche fonctionnelle qui ferait en sorte que l’on interprète le terme « cadre » en considérant un ministre comme un cadre d’une institution fédérale lorsqu’il exerce ses pouvoirs en rapport avec l’institution, et différemment d’un cadre d’une institution fédérale lorsqu’il exerce des pouvoirs qui ne sont pas reliés à l’institution. Le problème que comporte cette approche réside toutefois dans le fait que rien, dans l’une ou l’autre loi, ne permet de penser qu’une personne pourrait être un cadre pour certaines fins et non pour d’autres.

[73] Aucune des deux lois ne permet non plus de conclure qu’un ministre est censé être un « cadre » de l’institution fédérale du simple fait qu’il est le « responsable » de cette institution. En fait, l’art. 73 de la *Loi sur l’accès à l’information* laisse entrevoir le contraire, compte tenu du fait qu’il prévoit que le « responsable » d’une institution fédérale peut déléguer certaines de ses attributions à « des cadres ou employés » de l’institution. Cette disposition établit donc une distinction entre un « responsable » et un « cadre ». De plus, ainsi que je l’ai déjà signalé en discutant de la définition de l’expression « institution fédérale », l’art. 21 de la *Loi sur l’accès à l’information* établit également une distinction entre les termes « dirigeant », « employé » et « ministre ».

[74] Enfin, comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (le juge La Forest, dissident, mais pas sur ce point), et l’a répété dans l’arrêt

*Act* and the *Privacy Act* are to be read together as a seamless code. The interpretation of Kelen J. and the Commissioner would create discordance between the two statutes. Under the *Access to Information Act*, a Minister or Prime Minister would not be part of a government institution, while under the *Privacy Act*, he would be considered an “officer” of the government institution. I agree with the Federal Court of Appeal. Had Parliament intended the Prime Minister to be treated as an “officer” of the PCO pursuant to the *Privacy Act*, it would have said so expressly. Applying s. 3(j) of the *Privacy Act* to the relevant portions of the Prime Minister’s agenda under the control of the RCMP and the PCO, I conclude that they fall outside the scope of the access to information regime.

[75] I would therefore dismiss the Commissioner’s appeal on the fourth application with costs.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. —

### 1. Overview

[76] I agree with Charron J.’s conclusions and with much of what she says in her reasons, including her findings on the applicable standard of review and on the use of expert evidence, and the control test she proposes. I also agree with my colleague’s view that a Minister’s office is not a “government institution” for the purposes of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“the Act”). Nonetheless, in my opinion, this conclusion cannot be the basis for an implied exception for political records. The legal relationship between a Minister’s office and the government institution for which the Minister is responsible may have some bearing on whether or not the institution in question controls a

*GRC*, la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doivent être considérées ensemble comme s’il s’agissait d’un code homogène. L’interprétation proposée par le juge Kelen et par la Commissaire créerait une dissonance entre ces deux lois. Suivant la *Loi sur l’accès à l’information*, un ministre ou le premier ministre ne feraient pas partie d’institutions fédérales, tandis que, sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ils seraient considérés comme des « cadres » d’institutions fédérales. J’abonde dans le sens de la Cour d’appel fédérale. Si le législateur fédéral avait voulu que le premier ministre soit assimilé à un « cadre » du BCP pour l’application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il l’aurait dit explicitement. Appliquant aux passages pertinents de l’agenda du premier ministre relevant de la GRC et du BCP, l’al. j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, je conclus que ces passages échappent à l’application du régime d’accès à l’information.

[75] Je suis par conséquent d’avis de rejeter avec dépens le pourvoi de la Commissaire en ce qui concerne la quatrième demande.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL —

### 1. Aperçu général

[76] Je souscris aux conclusions de la juge Charron et, dans une large mesure, aux propos qu’elle tient dans ses motifs, notamment ses constatations sur la norme de contrôle applicable et sur l’utilisation de la preuve d’expert, ainsi qu’au critère qu’elle propose à l’égard de l’expression « relevant de ». Je partage également l’avis de ma collègue que le cabinet d’un ministre n’est pas une « institution fédérale » pour l’application de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« la Loi »). J’estime néanmoins que cette conclusion ne saurait justifier la création d’une exception implicite au sujet des documents politiques. Les rapports juridiques entre le cabinet d’un ministre et

requested record. However, that relationship does not give rise to an implied presumption that the public does not have a right of access to records in a Minister's office.

[77] As my colleague points out, at para. 41, s. 2 of the *Access to Information Act* indicates that exceptions to the public's right of access must be "necessary". Moreover, such exceptions must be "limited and specific" according to the Act. If the Act does not specifically exempt political records, the right of access is presumed to apply to them. For the reasons that follow, I disagree with my colleague and with the Government that this presumption, which follows from a plain reading of the Act, "would dramatically expand the access to information regime in Canada" (see para. 13).

2. Purpose of the *Access to Information Act*: To Strike a Balance Between Democracy and Efficient Governance

[78] As my colleague points out in para. 15, this Court recently stated that access to government information "can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance" (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, per McLachlin C.J. and Abella J., at para. 1).

[79] Access to information legislation embodies values that are fundamental to our democracy. In *Criminal Lawyers' Association*, this Court recognized that where access to government information is essential, it is protected by the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a derivative right. Statutes that protect *Charter* rights

l'institution fédérale dont celui-ci est responsable peuvent avoir une certaine incidence sur la question de savoir si le document demandé relève de l'institution en cause. Cependant, ces rapports juridiques ne créent pas implicitement une présomption qui priverait le public de tout droit d'accès aux documents se trouvant au cabinet d'un ministre.

[77] Comme ma collègue le souligne au par. 41, l'art. 2 de la Loi indique que les exceptions au droit d'accès du public doivent être « indispensables ». De plus, selon la Loi, ces exceptions doivent être « précises et limitées ». Si la Loi ne prévoit pas explicitement qu'ils sont exemptés, il faut présumer que le droit d'accès s'applique aux documents politiques. Pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir avec ma collègue et le gouvernement que cette présomption, clairement exprimée dans la Loi, « aurait pour effet d'élargir considérablement la portée du régime d'accès à l'information au Canada » (voir le par. 13).

2. L'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* : établir un équilibre entre la démocratie et une gouvernance efficace

[78] Comme ma collègue le souligne au par. 15 de ses motifs, notre Cour a récemment affirmé que l'accès aux renseignements gouvernementaux « peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance » (*Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, la juge en chef McLachlin et la juge Abella, par. 1).

[79] La législation en matière d'accès à l'information incarne des valeurs fondamentales pour notre démocratie. La Cour a reconnu dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* que l'accès aux renseignements gouvernementaux a un caractère essentiel et jouit, en tant que droit dérivé, de la garantie de la liberté d'expression accordée par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

have often been found to have quasi-constitutional status (see, e.g., *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at paras. 21-23, but also *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, and *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345). One such statute is the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, which, as has often been stated, must be read together with the *Access to Information Act* as a “seamless code” (see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at para. 22, and *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441, at para. 2).

[80] Moreover, this Court’s position is consistent with the view that access to information legislation creates and safeguards certain values — transparency, accountability and governance — that are essential to making democracy workable (see M. W. Drapeau and M.-A. Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011* (2010), at p. v). Before the advent of modern government, the mechanisms that embodied these values were subsumed in the doctrine of ministerial responsibility, according to which Ministers were accountable to Parliament for their actions. The sovereign Parliament, and only Parliament, was responsible for holding governments to account (J. F. McEldowney, “Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government” (2008), 1 *J.P.P.L.* 203, at pp. 203-4).

[81] As McEldowney observes, the growing complexity of modern government has entailed unprecedented delegation of parliamentary powers to the executive branch of government. In this context, “[t]he complexity and variety of bodies involved in decision-making has contributed to a gap in our system of accountability” (p. 209). In Canada, access to information legislation was enacted to respond to and deal with the rising

De plus, les lois protégeant des droits garantis par la *Charte* ont souvent été qualifiées de quasi constitutionnelles (voir, p. ex., *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 21-23, mais aussi *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, et *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345). Citons à titre d’exemple la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui, comme on l’a affirmé à maintes reprises, doit être interprétée conjointement avec la *Loi sur l’accès à l’information* comme un « code homogène » (voir *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66, par. 22, et *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 2).

[80] De plus, la position de notre Cour concorde avec l’opinion que la législation en matière d’accès à l’information établit et protège certaines valeurs — la transparence, la responsabilité et la gouvernance — essentielles au bon fonctionnement de la démocratie (voir M. W. Drapeau et M.-A. Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011* (2010), p. v). Avant l’avènement de l’État moderne, les mécanismes qui incarnaient ces valeurs étaient subordonnés au principe de la responsabilité ministérielle, selon lequel les ministres devaient rendre compte de leurs actes devant le Parlement. Seul le Parlement souverain pouvait demander des comptes aux gouvernements (J. F. McEldowney, « Accountability and Governance : Managing Change and Transparency in Democratic Government » (2008), 1 *J.P.P.L.* 203, p. 203-204).

[81] Comme le fait remarquer McEldowney, la complexité croissante de l’État moderne a donné lieu à une délégation sans précédent des pouvoirs du Parlement aux organes exécutifs du gouvernement. Dans ce contexte, [TRADUCTION] « [I]a complexité et la diversité des organismes participant à la prise des décisions a entraîné un décalage dans le régime de responsabilité canadien » (p. 209). La législation canadienne en matière d’accès

power of administrative agencies (see *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 60-61; see also G. J. Levine, *The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia* (2007), at pp. 109-10).

[82] This being said, in access to information matters, the Court has consistently sought to ensure a degree of government accountability to Canadian citizens, while at the same time accepting that rights of access and the values they safeguard must be balanced against the interests of efficient governance (see *Criminal Lawyers' Association*, at para. 1, and *Dagg*, at paras. 45-57). This balance has been struck in access to information legislation by means of a presumption of a right of access — as opposed to a presumption that access should be refused — to all records, subject to exceptions that are specified in the legislation.

[83] In *Criminal Lawyers' Association*, this Court reaffirmed that the right of access to government documents is not absolute (para. 35; see also *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1996] 1 S.C.R. 6). There is no constitutional right of access. The right is created by statute and is subject to specific exceptions provided for in the statute. Though the right must be interpreted liberally, exceptions to it must be interpreted narrowly, as is suggested by s. 2 of the Act, which requires that exceptions be not only “specific”, but “limited”. Accordingly, it is imperative that exemptions be limited to those provided for in ss. 13 to 26; qualifying words should not be read into the Act (see *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)).

3. To Protect “Full and Frank Discussion” in a Minister’s Office Without Excluding Ministers’ Offices From the Scope of the Act

[84] “[P]olitical records” are not explicitly exempt from disclosure under the *Access to Information Act*. They are records that pertain to

à l’information a été adoptée en réaction au pouvoir grandissant de l’administration (voir *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 60-61; voir aussi G. J. Levine, *The Law of Government Ethics : Federal, Ontario and British Columbia* (2007), p. 109-110).

[82] Cela dit, dans le domaine de l’accès à l’information, la Cour a toujours cherché à assurer un certain degré de responsabilité gouvernementale envers les citoyens canadiens, tout en reconnaissant la nécessité de concilier, d’une part, les droits d’accès et les valeurs que ceux-ci protègent et, d’autre part, les intérêts d’une gouvernance efficace (voir *Criminal Lawyers' Association*, par. 1, et *Dagg*, par. 45-57). La législation en matière d’accès à l’information a réalisé cet équilibre en créant une présomption d’accessibilité de tous les documents, sous réserve des exceptions prévues par la législation — plutôt qu’une présomption selon laquelle l’accès doit être refusé.

[83] Dans *Criminal Lawyers' Association*, la Cour a réitéré que le droit d’accès aux documents gouvernementaux n’est pas absolu (par. 35, voir aussi *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1996] 1 R.C.S. 6). La Constitution ne garantit pas un tel droit d’accès. La Loi crée ce droit et le subordonne aux exceptions précises qu’elle prescrit. Ce droit commande une interprétation libérale, mais les exceptions dont il est assorti doivent recevoir une interprétation étroite, comme l’indique l’art. 2 de la Loi, selon lequel les exceptions seront non seulement « précises », mais aussi « limitées ». Il est donc impératif que les exemptions se limitent à celles énumérées aux art. 13 à 26; il faut éviter d’ajouter à la Loi, par interprétation, des termes restrictifs (voir *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)).

3. Protéger la tenue de « débats ouverts et francs » au cabinet d’un ministre sans exclure ce cabinet du champ d’application de la Loi

[84] La Loi ne soustrait pas explicitement les « documents politiques » à la communication. Ces documents concernent les activités du ministre en



a Minister's activities as a member of a political party, as opposed to his or her duties as a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration of a government department. In line with the interpretative approach adopted by this Court in *Criminal Lawyers' Association*, we must conclude that the right of access can be presumed to apply to political records but that it is subject to any of the statutory exceptions that apply. These exceptions reflect the complexity of the various functions of Ministers of the Crown in a modern parliamentary democracy.

[85] I agree completely with my colleague that this interpretative approach must be reconciled with "the need for a private space to allow for the full and frank discussion of issues" (para. 41). I also agree with her that in s. 21 of the Act, Parliament has recognized "the need for confidential advice to be sought by and provided to a Minister and [that], consequently, records in a government institution offering such advice are exempt from disclosure at the discretion of the head of the institution" (para. 41). I would contend, however, that the structure of the Act and the inclusion of s. 21 already address this concern explicitly.

[86] As a result, I disagree with the assertion that the need for a full and frank discussion justifies excluding Ministers' offices from the scope of the Act. To read such a broad exemption into the Act is not "necessary" within the meaning of s. 2, because the concern is already addressed explicitly. In my view, to read this exclusion into the Act is to deviate from the approach adopted by the Court in *Criminal Lawyers' Association*, as outlined above.

[87] The conclusion that a Minister's office is not a government institution flows from the modern approach to statutory interpretation, which my colleague describes as a "general roadmap", at para. 27. But I feel it necessary to distance myself from the findings of Kelen J., which my colleague draws

sa qualité de membre d'un parti politique plutôt que les fonctions qu'il exerce à titre de membre du Cabinet, responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère. Pour rester fidèle à la méthode d'interprétation que la Cour a retenue dans *Criminal Lawyers' Association*, nous devons conclure que le droit d'accès est présumé s'appliquer aux documents politiques sous réserve des exceptions légales applicables. Ces exceptions traduisent la complexité des différentes fonctions qu'exercent les ministres dans une démocratie parlementaire moderne.

[85] Je suis tout à fait d'accord avec ma collègue pour affirmer qu'il faut concilier cette méthode d'interprétation avec « la nécessité de prévoir un espace privé où il est possible de débattre ouvertement et franchement de certaines questions » (par. 41). Je conviens aussi avec elle que le législateur reconnaît, à l'art. 21 de la Loi, « le besoin qu'ont les ministres de solliciter et de recevoir des avis confidentiels de sorte que les documents d'une institution fédérale qui contiennent de tels avis sont soustraits à la communication, à la discrétion du responsable de l'institution » (par. 41). Toutefois, à mon avis, l'économie de la Loi et l'insertion de l'art. 21 répondent déjà expressément à cette nécessité.

[86] En conséquence, je ne peux souscrire à l'affirmation de ma collègue que la nécessité d'un débat ouvert et franc justifie de soustraire les cabinets des ministres à l'application de la Loi. Il n'est pas « indispensable », au sens de l'art. 2, d'incorporer par interprétation à la Loi une exemption aussi générale, car la Loi pourvoit déjà expressément à cette préoccupation. À mon avis, intégrer par interprétation pareille exclusion dans la Loi ne respecte pas l'approche retenue par notre Cour dans *Criminal Lawyers' Association*, comme je l'ai expliqué précédemment.

[87] La conclusion que le cabinet d'un ministre n'est pas une institution fédérale découle de la méthode moderne d'interprétation des lois, méthode que ma collègue qualifie d'« indications générales » au par. 27. J'estime toutefois nécessaire d'exprimer ma réserve à l'égard des conclusions du

on as “useful guideposts” for her interpretation (para. 27).

[88] More specifically, I take issue with Kelen J.’s interpretation of Parliament’s silence regarding political records (2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, at paras. 57-60). On the basis of that silence, Kelen J. reasoned that an interpretation of the term “government institution” that included Ministers’ offices would dramatically extend the right of access. I cannot agree with this view.

[89] As I mentioned above, this Court’s approach has been that access to information legislation creates a general right of access to which there are necessary exceptions that must be limited and specific. If the legislature is silent with respect to a given class of documents, such as political records, courts must assume, *prima facie* at least, that the documents in question are not exempt. Whether access can indeed be obtained as requested is a different matter for which it is necessary to design an appropriate control test. Therefore, it cannot be inferred from the legislature’s silence that political records were not intended to be disclosed at all. Politics and administration are sometimes intertwined in our democratic system. As a result, the contents of ministerial records may straddle the two worlds of politics and pure administration, if it is even possible to draw so sharp a distinction between the different roles of Ministers in Canada’s political system. On this basis, the much bolder inference that Ministers’ offices are presumptively excluded from the purview of the *Access to Information Act* is also incorrect.

[90] Kelen J. also concluded that all ministerial records are presumptively excluded on the basis that the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, differentiates “government records” from “ministerial records”. Government records and ministerial records are indeed different. In s. 2 of the *Library and Archives of Canada Act*, a “government record” is defined as “a record that is

juge Kelen, que ma collègue utilise comme « points de repère utiles » pour son interprétation (par. 27).

[88] Je m’inscris plus particulièrement en faux contre l’interprétation donnée par le juge Kelen au silence du législateur à propos des documents politiques (2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, par. 57-60). En raison de ce silence, le juge Kelen estime qu’interpréter « institution fédérale » comme englobant les cabinets des ministres aurait pour effet d’élargir considérablement le droit d’accès. Je ne puis accepter son raisonnement sur ce point.

[89] Rappelons que, selon la Cour, la législation en matière d’accès à l’information crée un droit général d’accès assorti d’exceptions indispensables qui doivent demeurer limitées et précises. Si le législateur reste muet à l’égard d’une catégorie donnée de documents, comme les documents politiques, les cours doivent présumer, du moins à première vue, que ces documents ne sont pas soustraits à la communication. La possibilité d’obtenir sur demande l’accès à ces documents est une question distincte qui commande l’élaboration d’un critère adéquat pour dégager le sens de l’expression « relevant de ». On ne saurait donc conclure du silence du législateur que les documents politiques se trouvent exclus de l’application de l’obligation générale de communication. Dans notre régime démocratique, le politique et l’administratif se chevauchent parfois. Par conséquent, le contenu des documents ministériels peut recouper les sphères de la politique et de l’administration pure, à supposer qu’il soit même possible d’établir une distinction aussi nette entre les différents rôles attribués aux ministres dans le régime politique canadien. En conséquence, la conclusion beaucoup plus tranchée que les cabinets des ministres sont présumés soustraits à l’application de la Loi est elle aussi incorrecte.

[90] Le juge Kelen a également conclu à l’existence d’une présomption d’inaccessibilité de tous les documents ministériels en se fondant sur la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11, qui distingue les « documents fédéraux » des « documents ministériels ». Ces deux types de documents sont effectivement différents. Selon l’art. 2 de la *Loi sur la Bibliothèque et les*

under the control of a government institution”. On the other hand, a “ministerial record” is a record

of a member of the Queen’s Privy Council for Canada who holds the office of a minister and that pertains to that office, other than a record that is of a personal or political nature or that is a government record.

[91] With respect, the fact that these two kinds of records are treated differently in the *Library and Archives of Canada Act* does not mean that ministerial records are presumptively outside the scope of the *Access to Information Act*. My position on the legal relationship between a Minister’s office and the government institution for which the Minister is responsible flows from a plain reading of the Act. As my colleague mentions, Ministers’ offices are not listed in Schedule I of the Act, and I accordingly agree with her that they should not be considered “government institutions” for the purposes of the Act. This being said, it does not follow that Ministers’ offices are presumptively excluded from the scope of the Act. The fact that Ministers’ offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister’s office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head must facilitate access to it on the basis of the procedure and the limits specified in the Act.

[92] The *Access to Information Act* applies to records. Ministers’ offices remain within the scope of the Act inasmuch as they possess “record[s] under the control of a government institution” (s. 4). The right of access is presumed to apply to such records unless they fall under a specific exemption.

[93] In my view, the presumption that the Act applies to Ministers’ offices does not expand the right of access at all. Any requested record that is

*Archives du Canada*, « document fédéral » s’entend d’un « [d]ocument qui relève d’une institution fédérale ». Pour sa part, le « document ministériel » est un document afférent à la qualité de ministre

d’un membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada, à l’exclusion des documents personnels ou politiques et des documents fédéraux.

[91] Avec égards pour l’opinion contraire, la différence de traitement faite entre ces deux types de documents dans la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* ne signifie pas qu’il existe une présomption soustrayant les documents ministériels à l’application de la Loi. Ma position concernant les rapports juridiques qu’entretiennent le cabinet d’un ministre et l’institution fédérale dont celui-ci est responsable se fonde sur le sens clair de la Loi. Comme l’affirme ma collègue, les cabinets des ministres ne figurent pas à l’annexe I de la Loi, et je conviens donc avec elle qu’ils ne doivent pas être considérés comme des « institutions fédérales » pour l’application de la Loi. Cela dit, il ne s’ensuit pas que les cabinets des ministres sont présumés échapper à l’application de la Loi. Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n’empêche pas un document qui ne se trouve pas dans les locaux d’une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d’un ministre relève d’une institution fédérale, la Loi s’applique à ce document. En pareil cas, le responsable doit faciliter l’accès au document conformément à la procédure et aux limites prescrites par la Loi.

[92] La Loi s’applique aux documents et les cabinets des ministres continuent de relever du champ d’application de celle-ci dans la mesure où ils sont en possession de « documents des institutions fédérales » (art. 4). Le droit d’accès est présumé viser ces documents si aucune exemption précise ne s’applique à leur égard.

[93] À mon avis, la présomption que la Loi s’applique aux cabinets des ministres n’a aucunement pour effet d’élargir le droit d’accès. Tout document

located in a Minister's office is subject to the two-part control test proposed by my colleague.

[94] For this purpose, the "head" of the government institution must determine, first, whether the requested record relates to a departmental matter. In other words, does the record contain government information? This first stage of the test, "a useful screening device" (para. 55), will exclude all documents, such as political records (e.g. plans for a party fundraiser), that do not relate to a departmental matter.

[95] Second, the head of the government institution must determine whether the institution could reasonably expect to obtain a copy of the record upon request. As my colleague proposes, this stage of the test requires an objective analysis to determine whether that expectation is reasonable in which all relevant factors, including the content of the record, the circumstances in which it was created and the legal relationship between the government institution and the record holder, are taken into account (para. 56). If the record holder is the Minister, the fact that his or her office is not part of the government institution he or she oversees may weigh in the balance; it does not, however, create a presumption of an exception to the right of access.

#### 4. Question of "Hybrid" Records

[96] The *Access to Information Act* is of course not applied in a vacuum. The reality that Ministers wear many hats must be taken into account in doing so. Thus, a Minister is a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration of a government department, but is usually also a Member of Parliament in addition to being a member of a political party for which he or she performs various functions and, finally, a private person. Records connected with these different functions may blend into each other in the course of regular business.

demandé qui se trouve au cabinet d'un ministre demeure assujéti au critère d'application en deux étapes de l'expression « relevant de » que propose ma collègue.

[94] À cette fin, le « responsable » de l'institution fédérale doit d'abord décider si le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle. Autrement dit, le document contient-il des renseignements gouvernementaux? Cette première étape du critère, à savoir « un mécanisme de tamisage utile » (par. 55), permet d'exclure tous les documents — tels les documents politiques (p. ex., des projets de collecte de fonds pour un parti) — qui ne se rapportent pas à une affaire ministérielle.

[95] Deuxièmement, le responsable de l'institution fédérale doit se demander s'il est raisonnable de s'attendre à ce que l'institution obtienne une copie du document sur demande. Comme l'indique ma collègue, cette étape du critère implique une analyse objective du caractère raisonnable des attentes qui tiennent compte de tous les critères pertinents, notamment la teneur du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu'entretiennent l'institution fédérale et le détenteur du document (par. 56). Si le ministre détient le document, le fait que son cabinet ne fasse pas partie de l'institution fédérale qu'il dirige peut être pris en considération, mais ce facteur ne fait toutefois pas présumer l'existence d'une exception au droit d'accès au document.

#### 4. La question des documents « mixtes »

[96] Bien entendu, la Loi ne s'applique pas dans l'abstrait. Son application doit tenir compte du fait que les ministres agissent en plusieurs qualités. Ainsi, le ministre est non seulement membre du Cabinet et responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère, mais il est aussi, dans la plupart des cas, un député, en plus d'appartenir à un parti politique pour le compte duquel il exerce différentes fonctions et, enfin, il demeure un particulier. Il est donc normal que des documents portent sur des sujets se rattachant à ces diverses qualités du ministre.

[97] As I mentioned above, the right of access is presumed to apply to “political records”, but such records are unlikely to be under the control of a government institution if they do not relate to a departmental matter. At the other end of the spectrum are records that relate to departmental matters and are under the control of a government institution. I will refer to the latter as “government records” for the purposes of this discussion. If requested, government records should be disclosed under the *Access to Information Act*.

[98] It is conceivable, however, that many records will not fall neatly into one category or another. For example, departmental matters are sometimes decided on the basis of political priorities. Documents in which departmental targets are assessed in light of political aims would fall into a grey area. I will refer to such documents as “hybrid records”.

[99] The *Access to Information Act* provides for the existence of this grey area, at least to some extent. Thus, s. 25 provides for the severance of part of a record. Where a Minister is authorized to refuse to disclose a record, the Minister can redact the exempted portions of the document, but must disclose the portions that are not exempted.

[100] In addition, s. 21(1) provides that, subject to specific exceptions in s. 21(2), a Minister has a very broad authorization to refuse to disclose a requested record that contains any of the following:

**21. (1) . . .**

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,
- (b) an account of consultations or deliberations in which directors, officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister participate,
- (c) positions or plans developed for the purpose of negotiations carried on or to be carried on by

[97] Comme je l’ai mentionné précédemment, le droit d’accès est présumé viser les « documents politiques », mais il est peu probable que ces documents relèvent d’une institution fédérale s’ils ne se rapportent pas à une affaire ministérielle. On trouve, à l’autre extrémité du spectre, les documents relatifs à une affaire ministérielle qui relèvent d’une institution fédérale. J’appellerai ceux-ci les « documents fédéraux » pour les besoins de la présente analyse. Les documents fédéraux doivent être communiqués sur demande en application de la Loi.

[98] Il se peut toutefois que bon nombre de documents ne relèvent pas clairement de l’une ou l’autre de ces catégories. Par exemple, certaines affaires ministérielles sont parfois décidées en fonction de priorités d’ordre politique. Les documents dans lesquels des objectifs ministériels sont appréciés à la lumière de buts politiques se situeraient dans une zone grise. Je qualifierai de « mixtes » les documents de ce genre.

[99] La Loi tient compte, du moins dans une certaine mesure, de l’existence de cette zone grise. Ainsi, l’art. 25 prévoit la possibilité d’expurger des parties de documents. Lorsqu’il est autorisé à refuser la communication d’un document, le ministre peut expurger les parties du document qui sont soustraites à la communication, mais il doit communiquer celles qui ne le sont pas.

[100] Qui plus est, le par. 21(1) dispose que, sous réserve des exceptions précises établies au par. (2), le ministre est investi d’un très large pouvoir l’autorisant à refuser de communiquer tout document demandé, daté de moins de vingt ans, lorsqu’il contient un des éléments suivants :

**21. (1) . . .**

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;
- b) des comptes rendus de consultations ou délibérations auxquelles ont participé des administrateurs, dirigeants ou employés d’une institution fédérale, un ministre ou son personnel;
- c) des projets préparés ou des renseignements portant sur des positions envisagées dans le cadre de

or on behalf of the Government of Canada and considerations relating thereto, or

(d) plans relating to the management of personnel or the administration of a government institution that have not yet been put into operation,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

Section 21(2) reads as follows:

21. . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of a record that contains

(a) an account of, or a statement of reasons for, a decision that is made in the exercise of a discretionary power or an adjudicative function and that affects the rights of a person; or

(b) a report prepared by a consultant or an adviser who was not a director, an officer or an employee of a government institution or a member of the staff of a minister of the Crown at the time the report was prepared.

[101] Section 21 covers many of the circumstances in which certain kinds of hybrid records that contain information relating to departmental matters are produced (see s. 21(1)(a)). Section 21(1) is specifically designed to cover material produced in the course of *full and frank discussions*, such as deliberations in which directors, officers or employees of a government institution participate together with a Minister or a Minister's staff (see s. 21(1)(b)).

##### 5. Investigatory Powers of the Commissioner

[102] Though the head of a government institution has a broad discretion to either disclose or retain hybrid records, the Information Commissioner is given equally broad investigatory powers in s. 36 of the *Access to Information Act*. These powers can act as a check on the Minister's discretion. As I mentioned above, Parliament has sought to strike a balance between access rights and efficient governance. On the one hand, through s. 21 and the

négociations menées ou à mener par le gouvernement du Canada ou en son nom, ainsi que des renseignements portant sur les considérations qui y sont liées;

d) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration d'une institution fédérale et qui n'ont pas encore été mis en œuvre.

Le paragraphe (2) est rédigé en ces termes :

21. . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux documents contenant :

a) le compte rendu ou l'exposé des motifs d'une décision qui est prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou rendue dans l'exercice d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire et qui touche les droits d'une personne;

b) le rapport établi par un consultant ou un conseiller qui, à l'époque où le rapport a été établi, n'était pas un administrateur, un dirigeant ou un employé d'une institution fédérale ou n'appartenait pas au personnel d'un ministre, selon le cas.

[101] L'article 21 vise bon nombre des circonstances dans lesquelles sont produits certains types de documents mixtes contenant des renseignements sur des affaires ministérielles (voir l'al. 21(1)a)). Le paragraphe 21(1) s'applique spécifiquement aux documents produits dans le cours de *débats ouverts et francs*, par exemple des délibérations auxquelles des administrateurs, dirigeants ou employés d'une institution fédérale ont participé conjointement avec un ministre ou son personnel (voir l'al. 21(1)b)).

##### 5. Les pouvoirs d'enquête du Commissaire

[102] Bien que le responsable d'une institution fédérale dispose d'un large pouvoir discrétionnaire l'habilitant à communiquer ou à conserver des documents mixtes, l'art. 36 de la Loi investit le Commissaire à l'information de pouvoirs d'enquête tout aussi larges, qui peuvent être utilisés comme contrepoids au pouvoir discrétionnaire du ministre. Comme je l'ai déjà mentionné, le législateur a cherché à établir un équilibre entre le droit d'accès

general structure of the Act, Parliament has created a space in which Ministers may review and debate issues in private. On the other hand, through s. 36 and the general structure of the Act, Parliament has ensured that this private space is not abused.

[103] The Commissioner has the same power to summon witnesses and compel them to give evidence as a superior court of record (s. 36(1)(a)), and also has the power to administer oaths (s. 36(1)(b)), and to receive and accept such evidence as the Commissioner sees fit (s. 36(1)(c)). The Commissioner may also enter any premises of a government institution for the purposes of an investigation, as well as converse with persons and examine documents in those premises (s. 36(1)(d)). However, since a Minister's office is not a government institution for the purposes of the Act, the Commissioner does not have the power to enter one.

[104] Importantly, pursuant to s. 36(2), the Commissioner has the power to examine "any record to which this Act applies that is under the control of a government institution". In light of the above reasoning, records located in a Minister's office can fall within the ambit of this provision. Section 36(2) is crucial to the balance Parliament intended to strike. Indeed, it is the first mechanism, prior to judicial review, for applying the principle that "decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government" (s. 2).

[105] Under s. 21, the head of a government institution is responsible for determining whether requested hybrid documents located in a Minister's office should be disclosed. The first step in the assessment is to consider whether the records fall within the scope of the Act: for this purpose, the head must perform the control test we propose. If the requested documents are found to fall within the scope of the Act, the head must then perform the second step of the assessment process: to determine

et une gouvernance efficace. D'une part, le législateur a créé, par l'art. 21 et l'économie générale de la Loi, un espace où les ministres peuvent examiner certaines questions et en débattre en privé. D'autre part, le législateur a veillé, au moyen de l'art. 36 et de l'économie générale de la Loi, à ce que l'on n'abuse pas du recours à cet espace privé.

[103] Le Commissaire possède, pour assigner et contraindre des témoins à déposer, le même pouvoir que celui d'une cour supérieure d'archives (al. 36(1)a)). Il dispose aussi du pouvoir de faire prêter serment (al. 36(1)b)) et de recevoir tous les éléments de preuve qu'il estime indiqués (al. 36(1)c)). De plus, le Commissaire peut pénétrer dans les locaux d'une institution fédérale pour les besoins d'une enquête, et il peut s'entretenir avec des personnes et examiner des documents qui se trouvent dans ces locaux (al. 36(1)d)). Mais comme le cabinet d'un ministre n'est pas une institution fédérale pour l'application de la Loi, le Commissaire ne dispose pas du pouvoir d'y entrer.

[104] Fait important, le par. 36(2) investit le Commissaire du pouvoir d'examiner « tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique ». Pour les raisons exposées ci-dessus, cette disposition peut s'appliquer aux documents qui se trouvent au cabinet d'un ministre. Le paragraphe 36(2) constitue un élément essentiel au maintien de cet équilibre recherché par le législateur. Il s'agit en fait du premier mécanisme, avant le contrôle judiciaire, permettant d'appliquer le principe selon lequel « les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif » (art. 2).

[105] Aux termes de l'art. 21, il appartient au responsable d'une institution fédérale de déterminer si les documents mixtes demandés qui se trouvent au cabinet d'un ministre doivent être communiqués. La première étape de cet examen consiste à établir si les documents tombent dans le champ d'application de la Loi; à cette fin, le responsable doit utiliser le critère d'application de l'expression « relevant de » que nous préconisons. S'il juge que les documents demandés tombent sous

whether the requested records fall under any of the exemptions provided for in the Act, including in s. 21. Depending on which exemption applies, the head may or may not have the discretion to disclose the document.

[106] The purpose of the Commissioner's investigatory powers is to determine whether the head of a government institution has complied with the Act in performing his or her duties. This includes an inquiry into whether the head has conducted the correct analysis at both stages.

[107] If a head claims to have refused access on the basis that the requested document was not under the control of a government institution, then the Commissioner may exercise only his or her powers under s. 36(1)(a) to (c). If the evidence garnered under those subsections leads the Commissioner to believe that the documents are likely under the control of a government institution, he or she may examine them to ascertain whether the control test was applied properly.

[108] If the Commissioner is entitled to inquire into whether the head applied the control test properly, the Commissioner may require access to some documents that are ultimately outside the scope of the Act. This does not broaden the public's right of access. Section 35(1) of the Act provides that "[e]very investigation of a complaint . . . by the Information Commissioner shall be conducted in private." Further, in the course of an investigation, parties affected by the investigation have a right to make representations (s. 35(2)). Following an investigation, the Commissioner cannot compel the head of a government institution to disclose the documents in question; rather, the Commissioner may only make recommendations to the head (s. 37). Finally, anyone who has been refused access to such records after an investigation is entitled to apply for judicial review of the decision (s. 41).

le coup de la Loi, le responsable doit alors, à la deuxième étape de l'examen, se demander s'ils sont assujettis à l'une des exemptions prévues à la Loi, notamment à l'art. 21. Selon l'exemption applicable, le responsable peut disposer ou non du pouvoir discrétionnaire de communiquer le document.

[106] Les pouvoirs d'enquête du Commissaire doivent lui permettre d'établir si le responsable d'une institution fédérale s'est conformé à la Loi dans l'exercice de ses fonctions. Pour ces fins, le Commissaire peut notamment enquêter pour déterminer si le responsable a bien respecté les deux étapes de l'analyse.

[107] Si un responsable prétend avoir refusé l'accès au document demandé parce que celui-ci ne relevait pas d'une institution fédérale, le Commissaire ne peut alors exercer que les pouvoirs que lui confèrent les al. 36(1)a) à c). Si la preuve recueillie en vertu des alinéas susmentionnés amène le Commissaire à croire que les documents relèvent vraisemblablement d'une institution fédérale, il peut les examiner pour vérifier si le critère d'application de l'expression « relevant de » a été utilisé correctement.

[108] Si le Commissaire a le droit d'enquêter pour établir si le responsable a bien utilisé le critère relatif à l'expression « relevant de », il peut avoir besoin d'accéder à certains documents qui, en dernière analyse, échappent à la portée de la Loi. Ce pouvoir n'élargit pas le droit d'accès du public car, aux termes du par. 35(1) de la Loi, « [l]es enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire [. . .] sont secrètes. » Par surcroît, les parties touchées par l'enquête ont le droit de faire des observations au cours de celle-ci (par. 35(2)). Le Commissaire ne peut pas contraindre le responsable d'une institution fédérale à communiquer les documents en question à la suite d'une enquête; il peut seulement lui transmettre des recommandations (art. 37). Enfin, les personnes auxquelles on a refusé de communiquer ces documents possèdent le droit d'exercer un recours en révision de la décision (art. 41).



[109] With respect, I am of the view that a presumption that a Minister's records are beyond the scope of the Act would upset the balance between the head's discretionary powers and the Commissioner's powers of investigation. My colleague's analysis involves a presumption that the Commissioner would have no power whatsoever to examine records located in a Minister's office. The Commissioner's power would be limited to summoning witnesses and compelling them to give evidence concerning such records. Even if that evidence led the Commissioner to suspect that the control test had not been applied properly, the Commissioner would not be able to examine the documents to confirm his or her suspicions. Such an interpretation of the Act would effectively leave the head of a government institution with the final say as to whether a given document was under the institution's control and would run counter to the purpose of the Act as outlined in s. 2, according to which decisions on the disclosure of government information must be reviewed independently. In my opinion, the presumption of an exception to the right of access that my colleague proposes would significantly weaken the Commissioner's powers of investigation, which are crucial to the intended balance between access to information and good governance.

#### 6. Application to the Records at Issue

[110] I agree with my colleague that, in the circumstances in which the records at issue in the first three applications were created and managed, a government institution would not have a reasonable expectation of obtaining them and that these documents were therefore not under the control of a government institution.

[111] As for the records in the possession of the Privy Council Office and the Royal Canadian Mounted Police, I agree with my colleague that, even though they were under the control of a government institution, they were subject to s. 19 of the *Access to Information Act* and the heads of

[109] En toute déférence, j'estime qu'une présomption écartant les documents d'un ministre du champ d'application de la Loi romprait l'équilibre qui existe entre le pouvoir discrétionnaire du responsable et le pouvoir d'enquête du Commissaire. Dans son analyse, ma collègue présume que le Commissaire ne disposerait d'aucun pouvoir d'examiner des documents se trouvant au cabinet d'un ministre. Le Commissaire détiendrait seulement le pouvoir d'assigner et de contraindre des témoins à déposer au sujet de ces documents. Même si de tels éléments de preuve amenaient le Commissaire à soupçonner que le critère relatif à l'expression « relevant de » n'a pas été appliqué correctement, il ne serait pas autorisé à examiner les documents pour confirmer ses soupçons. Si elle est retenue, cette interprétation de la Loi laisserait effectivement au responsable d'une institution fédérale le soin de décider en dernier ressort si un document donné relève de l'institution fédérale en cause et irait à l'encontre de l'objet de la Loi, exposé à l'art. 2, soit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants. À mon avis, la présomption proposée par ma collègue, selon laquelle le droit d'accès est soumis à une telle exception, affaiblirait considérablement les pouvoirs d'enquête du Commissaire, malgré leur caractère fondamental pour le maintien de l'équilibre recherché entre l'accès à l'information et la bonne gouvernance.

#### 6. Application aux documents en cause

[110] À l'instar de ma collègue, j'estime que, vu les circonstances dans lesquelles les documents en question dans les trois premières demandes ont été rédigés et gérés, une institution fédérale ne pourrait raisonnablement pas s'attendre à les obtenir. Les documents ne relevaient donc pas d'une institution fédérale.

[111] Quant aux documents que possèdent le Bureau du Conseil privé et la Gendarmerie royale du Canada, je suis d'accord avec ma collègue pour conclure que l'art. 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique à eux même s'ils relevaient d'une institution fédérale. Par conséquent, les

those institutions accordingly had an obligation to refuse to disclose them.

[112] For these reasons, I would dismiss the appeals.

*Appeals dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Information Commissioner of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitors for the interveners: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

responsables de ces institutions étaient tenus d'en refuser la communication.

[112] Pour ces motifs, je rejetterais les pourvois.

*Pourvois rejetés avec dépens.*

*Procureur de l'appellant : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.*

*Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs des intervenantes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

**i Trade Finance Inc.** *Appellant*

v.

**Bank of Montreal** *Respondent*

**INDEXED AS: I TRADE FINANCE INC. v. BANK OF MONTREAL**

**2011 SCC 26**

File No.: 33394.

2010: November 4; 2011: May 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Commercial law — Security agreements — Fraud — Role of personal property security legislation — Shares purchased with funds fraudulently obtained from finance company pledged as collateral to bank in exchange for increased credit card limit — Finance company obtaining judgment allowing for constructive trust and tracing of funds to persons other than bona fide purchasers for value without notice — Whether finance company has right to recover disputed funds on basis of advances made under mistake of fact, constructive trust or equitable lien — Whether pledge to bank creates statutory enforceable security interest — Whether bank a bona fide purchaser for value without notice — Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10, ss. 1(1), 2, 11, 72.*

The appellant, i Trade Finance Inc. (“i Trade”), advanced funds to a corporation, W, controlled by a fraudster, A, on the basis of non-existent contracts. A and his spouse pledged securities acquired with the same funds and held in an investment account to the respondent, Bank of Montreal (“BMO”), which had no knowledge of the fraud. The pledge was made by A and his spouse in exchange for valuable consideration. On discovery of the fraud, i Trade obtained a judgment declaring that the assets acquired with the funds were held under constructive trust for i Trade’s benefit, and

**i Trade Finance Inc.** *Appelante*

c.

**Banque de Montréal** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : I TRADE FINANCE INC. c. BANQUE DE MONTREAL**

**2011 CSC 26**

N° du greffe : 33394.

2010 : 4 novembre; 2011 : 20 mai.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

*Droit commercial — Contrats de sûreté — Fraude — Rôle de la législation en matière de sûretés mobilières — Actions achetées à l’aide de fonds obtenus frauduleusement d’une société de financement et données en gage à une banque en contrepartie d’une augmentation de la limite de crédit d’une carte de crédit — La société de financement a obtenu un jugement déclarant que le produit de la vente des actions était détenu pour son compte par le biais d’une fiducie par interprétation et ordonnant qu’elle pouvait suivre les fonds entre les mains de personnes autres que des acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable — La société de financement a-t-elle le droit de recouvrer les fonds en litige au motif qu’ils ont été avancés à la suite d’une erreur de fait ou qu’ils étaient assujettis à une fiducie par interprétation ou un privilège en equity? — Le gage donné à la banque créait-il une sûreté opposable d’origine législative? — La banque a-t-elle la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable? — Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 1(1), 2, 11, 72.*

L’appelant, i Trade Finance Inc. (« i Trade »), a avancé des fonds sur la foi de contrats non existants à la société W, qui appartenait à A, un fraudeur. A et sa conjointe ont donné en gage des actions acquises à l’aide des mêmes fonds et inscrites à un compte de placement chez l’intimée, la Banque de Montréal (« BMO »), qui ignorait tout de la fraude. Les actions ont été données en gage par A et sa conjointe moyennant contrepartie. Ayant découvert la fraude, i Trade a obtenu un jugement déclarant que les biens acquis à l’aide des fonds étaient détenus pour son compte par le biais d’une fiducie par

allowing the tracing of those funds into the hands of persons other than *bonafide* purchasers for value without notice. Both i Trade and BMO claimed entitlement to the proceeds of the shares. i Trade claimed a right to the funds on the basis of the judgment it obtained, principles related to recovery of payments made under a mistake of fact, and on the basis that the funds were impressed with a constructive trust and were subject to an equitable lien. It also contended the pledge to BMO did not create an enforceable security interest under the *Personal Property Security Act* (“PPSA”) because the pledgors, A and his spouse, could not convey to BMO any interest in the shares. BMO asserted that, while the resolution of the dispute between the parties is not governed by the PPSA priority rules, it had a valid and enforceable PPSA security interest, and that the pledge agreement establishes it is a *bona fide* purchaser for value without notice, which shields it from i Trade’s claim to the disputed funds.

The Ontario Superior Court of Justice determined that i Trade was entitled to the disputed funds, because (1) BMO had not acquired an enforceable PPSA security interest in the shares, (2) the disputed funds were impressed with a constructive trust in i Trade’s favour, and (3) BMO had purchased its interest from A and his spouse, not from W, and was therefore not a *bona fide* purchaser for value without notice within the meaning of the tracing order. The Court of Appeal disagreed with each of these conclusions, unanimously allowing the appeal and attributing the disputed funds to BMO.

*Held:* The appeal should be dismissed.

i Trade’s claim to the disputed funds arises from the judgment giving it an equitable proprietary interest — by way of constructive trust or equitable lien — an interest not governed by the PPSA. Its ability to recover the disputed funds is circumscribed by the exception incorporated in the tracing order and recognized in equity: it excludes assets in the hands of “*bona fide* purchasers for value without notice”. BMO is such a purchaser. The granting of the pledge by A and his spouse resulted in BMO obtaining an enforceable PPSA security interest, because the requirements for attachment of a PPSA interest were met: A and his spouse signed a security agreement that identified the collateral as the shares credited to the investment account; BMO gave value to the debtors by extending further credit; and A and his spouse had “rights” in the

interprétation et lui permettant de suivre ces fonds entre les mains de personnes autres que des acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable. BMO et i Trade prétendaient toutes les deux avoir droit au produit de la vente des actions. i Trade soutenait avoir le droit de recouvrer les fonds sur la base du jugement qu’elle avait obtenu et des principes applicables en matière de recouvrement des paiements effectués par erreur, et au motif que les fonds étaient assujettis à une fiducie par interprétation ou un privilège en equity. Elle soutenait également que le gage donné à BMO ne créait pas une sûreté opposable au sens de la *Loi sur les sûretés mobilières* (« LSMO ») parce que les emprunteurs sur gage, A et sa conjointe, ne pouvaient transférer à BMO un quelconque intérêt dans les actions. BMO a affirmé que même s’il n’était pas possible de trancher le litige en appliquant les règles de priorité de la LSMO, elle était détentrice d’une sûreté au sens de cette loi qui était valable et opposable, et que la convention de gage lui conférait la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable, ce qui la protégeait contre la réclamation de i Trade.

La Cour supérieure de justice de l’Ontario a jugé que i Trade avait droit à la somme en litige parce que (1) BMO n’avait pas acquis à l’égard des actions une sûreté opposable au sens de la LSMO, (2) la somme en litige était assujettie à une fiducie par interprétation en faveur de i Trade, et (3) BMO avait acquis son intérêt de A et sa conjointe, et non pas de W, et, par conséquent, n’était pas un acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable au sens de l’ordonnance accordant un droit de suite. La Cour d’appel n’a souscrit à aucune de ces conclusions et a accueilli l’appel à l’unanimité, jugeant que la somme en litige appartenait à BMO.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La réclamation de i Trade à l’égard de la somme en litige est fondée sur le jugement lui conférant un intérêt en equity dans la propriété des actions par le biais d’une fiducie par interprétation ou d’un privilège en equity, intérêt qui n’est pas régi par la LSMO. Son droit de recouvrer la somme en litige est circonscrit par l’exception, contenue dans l’ordonnance accordant un droit de suite et reconnue en equity, qui exclut les biens en possession de l’« acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable ». BMO est un tel acquéreur. Le gage consenti à BMO par A et sa conjointe lui conférait une sûreté opposable au sens de la LSMO, car les conditions pour que les biens en cause soient grevés d’un intérêt fondé sur la LSMO étaient remplies : A et sa conjointe ont signé un contrat de sûreté décrivant les actions comme biens grevés, BMO a fourni

shares when they pledged them to BMO. A's acquisition of the shares with funds he knew to have been obtained fraudulently under the agreements between i Trade and W did not preclude him and his spouse from acquiring the requisite rights in the shares. Before i Trade revoked its consent under the agreements for W to use the money and took steps to avoid the agreements, W was able to pass its interest in the funds to A, and i Trade had to bear a risk of loss.

The pledge made BMO a "purchaser" within the meaning of the words "*bona fide* purchaser for value without notice". There is no dispute that BMO's purchase was *bona fide* and was made for value (increased credit card limit) and without notice of the fraud. Consequently, any interest asserted against BMO by i Trade on the basis of its equitable rights fails by virtue of the very terms of the order. Finally, as BMO is not a payee, the principles respecting the recovery of monies paid under a mistake of fact are inapplicable.

### Cases Cited

**Referred to:** *B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2009 SCC 15, [2009] 1 S.C.R. 504; *Barclays Bank Ltd. v. W.J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522; *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, 2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3; *434438 B.C. Ltd. v. R.S. & D. Contracting Ltd.*, 2002 BCCA 423, 171 B.C.A.C. 111; *Bawlf Grain Company v. Ross* (1917), 55 S.C.R. 232; *Allcroft v. Adams* (1907), 38 S.C.R. 365; *Racicot v. Bertrand*, [1979] 1 S.C.R. 441; *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330; *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805; *R. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 51 O.R. (3d) 257.

### Statutes and Regulations Cited

*Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, ss. 1(1) "personal property", "purchase", "purchaser", "security interest", 2, 11, 72.  
*Personal Property Security Act, 1993*, S.S. 1993, c. P-6.2.  
*Securities Transfer Act, 2006*, S.O. 2006, c. 8.

une contrepartie en augmentant la limite de crédit des débiteurs, et A et sa conjointe avaient des « droits » sur les actions au moment où ils les ont données en gage à BMO. L'acquisition par A des actions tout en sachant que les fonds utilisés à cette fin avaient été frauduleusement obtenus à la suite d'ententes entre i Trade et W ne les empêchait pas, lui et sa conjointe, d'acquérir les droits nécessaires à l'égard des actions. Avant que i Trade n'ait révoqué son consentement, aux termes des ententes, à ce que W utilise les fonds et qu'elle n'ait pris de mesures en vue d'annuler ces dernières, W a pu transmettre à A son intérêt dans les fonds et i Trade devait assumer un risque de perte.

Le gage a conféré à BMO la qualité d'« acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable ». Il ne fait aucun doute que BMO avait la qualité d'acquéreur de bonne foi, qu'elle avait acquis les biens en cause à titre onéreux (ayant augmenté la limite de crédit de la carte de crédit), et qu'elle avait agi sans avoir été informée de la fraude. Par conséquent, tout intérêt que i Trade souhaite faire valoir contre BMO en invoquant ses droits de propriété en equity cède devant le droit de cette dernière, et ce en raison de l'ordonnance elle-même. Enfin, comme BMO n'a pas reçu de paiement, les principes applicables en matière de recouvrement des paiements effectués par erreur ne s'appliquent pas.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2009 CSC 15, [2009] 1 R.C.S. 504; *Barclays Bank Ltd. c. W.J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522; *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3; *434438 B.C. Ltd. c. R.S. & D. Contracting Ltd.*, 2002 BCCA 423, 171 B.C.A.C. 111; *Bawlf Grain Company c. Ross* (1917), 55 R.C.S. 232; *Allcroft c. Adams* (1907), 38 R.C.S. 365; *Racicot c. Bertrand*, [1979] 1 R.C.S. 441; *United Shoe Machinery Company of Canada c. Brunet*, [1909] A.C. 330; *Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805; *R. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 51 O.R. (3d) 257.

### Lois et règlements cités

*Loi de 2006 sur le transfert des valeurs mobilières*, L.O. 2006, ch. 8.  
*Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 1(1) « acquéreur », « acquisition », « bien meuble », « sûreté », 2, 11, 72.  
*Personal Property Security Act, 1993*, S.S. 1993, ch. P-6.2.

**Authors Cited**

- Bennett, Frank. *Bennett on the PPSA (Ontario)*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.
- Goode on Commercial Law*, 4th ed., by Ewan McKendrick, ed. London: LexisNexis, 2009.
- MacDougall, Bruce. *Personal Property Security Law in British Columbia*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6).
- McLaren, Richard H. *Secured Transactions in Personal Property in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2009, release 2).
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 7th ed., by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009.
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
- Ziegel, Jacob S., and David L. Denomme. *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Blair and Epstein J.J.A.), 2009 ONCA 615, 96 O.R. (3d) 561, 310 D.L.R. (4th) 315, 252 O.A.C. 291, 56 C.B.R. (5th) 161, 15 P.P.S.A.C. (3d) 188, [2009] O.J. No. 3400 (QL), 2009 CarswellOnt 4782, setting aside an order of Kiteley J., S.C.J., No. 03-CV-246248CM4, October 14, 2008, unreported. Appeal dismissed.

*Benjamin Salsberg and Fay Zalcborg*, for the appellant.

*Joshua J. Siegel and Michael Collis*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal requires the Court to determine which of two innocent creditors is entitled to a limited pool of money resulting from

**Doctrine citée**

- Bennett, Frank. *Bennett on the PPSA (Ontario)*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.
- Goode on Commercial Law*, 4th ed., by Ewan McKendrick, ed. London: LexisNexis, 2009.
- MacDougall, Bruce. *Personal Property Security Law in British Columbia*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6).
- McLaren, Richard H. *Secured Transactions in Personal Property in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2009, release 2).
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 7th ed., by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009.
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
- Ziegel, Jacob S., and David L. Denomme. *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Blair et Epstein), 2009 ONCA 615, 96 O.R. (3d) 561, 310 D.L.R. (4th) 315, 252 O.A.C. 291, 56 C.B.R. (5th) 161, 15 P.P.S.A.C. (3d) 188, [2009] O.J. No. 3400 (QL), 2009 CarswellOnt 4782, qui a infirmé une ordonnance de la juge Kiteley, C.S.J., n° 03-CV-246248CM4, 14 octobre 2008, inédite. Pourvoi rejeté.

*Benjamin Salsberg et Fay Zalcborg*, pour l'appelant.

*Joshua J. Siegel et Michael Collis*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à déterminer qui, de deux créancières également innocentes, a droit au

the sale of assets traceable to fraudulently obtained funds. On one side is a creditor that advanced funds to the fraudster's corporation and that subsequently obtained an order authorizing it to trace those funds into the hands of persons other than *bona fide* purchasers for value without notice. On the other side is a creditor having no knowledge of the fraud, to which the fraudster and his spouse pledged securities acquired with the same funds in exchange for valuable consideration. To resolve this question, the Court must determine the nature of the interests held by these two parties and clarify the role that Ontario's *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 ("*PPSA*"), plays in this determination.

#### I. Facts

[2] The material facts in this appeal are not in dispute. Between 2002 and 2003, the appellant, i Trade Finance Inc. ("i Trade"), was induced to advance a substantial sum of money to a corporation named Webworx Inc. ("Webworx"). The advances were made in the context of a fraudulent scheme perpetrated by Webworx's President, Rohit Ablacksingh, and others, all of whom have since been convicted of criminal conspiracy in relation to the fraud. As a result of the scheme, i Trade extended financing to Webworx on the basis of representations that Webworx had substantial contracts for computer services with a large U.S. corporation, when in fact it did not.

[3] The evidence indicates that Mr. Ablacksingh received both pay cheques and corporate loans from Webworx that were financed by the advances made by i Trade to Webworx. This enabled him to purchase shares that were credited to an investment account with BMO Nesbitt Burns ("Nesbitt Burns") that was held jointly in the names of Mr. Ablacksingh and his spouse, Cindy Ramsackal.

[4] Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal were also joint cardholders of a MasterCard account with the respondent, the Bank of Montreal ("BMO"). The initial credit limit extended on this account was \$10,000, but it was subsequently

produit de la vente de biens acquis à l'aide de fonds obtenus frauduleusement. L'une des créancières est celle qui a avancé les fonds à l'entreprise du fraudeur et qui a par la suite obtenu une ordonnance lui permettant de suivre (« *to trace* ») les fonds entre les mains de personnes autres que des acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable. L'autre créancière, qui ignorait tout de la fraude, est celle à qui le fraudeur et son épouse ont donné en gage, moyennant contrepartie, des sûretés acquises à l'aide des mêmes fonds. Pour trancher la question, la Cour doit déterminer la nature des droits des deux créancières et clarifier le rôle que joue à cet égard la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10 (« *LSMO* »).

#### I. Faits

[2] Les faits pertinents ne sont pas contestés. Entre 2002 et 2003, l'appelante, i Trade Finance Inc. (« i Trade »), a été amenée à avancer une importante somme d'argent à une société appelée Webworx Inc. (« Webworx »). Les fonds ont été avancés dans le contexte d'un stratagème frauduleux établi par le président de Webworx, Rohit Ablacksingh, et d'autres personnes, qui ont tous été reconnus coupables de complot criminel relativement à cette fraude. Ce stratagème a amené i Trade à accorder du financement à Webworx sur la foi de déclarations selon lesquelles celle-ci avait conclu d'importants contrats de services d'informatique avec une société américaine d'envergure, alors que cela était faux.

[3] La preuve montre que M. Ablacksingh a reçu de Webworx des chèques de paie et des prêts d'entreprise sur les fonds que i Trade avait avancés à Webworx, ce qui lui a permis d'acheter des actions qui ont été inscrites à un compte de placement chez BMO Nesbitt Burns (« Nesbitt Burns ») détenu conjointement par lui et son épouse, Cindy Ramsackal.

[4] Monsieur Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal étaient aussi titulaires d'une carte de crédit conjointe MasterCard émise par l'intimée, la Banque de Montréal (« BMO »). BMO avait d'abord fixé la limite de crédit de ce compte à 10 000 \$,

increased to \$75,000. The basis for BMO's further extension of credit was a request by the cardholders and an agreement executed by Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal pledging the shares credited to the investment account to BMO. At the time of the hearing in the Court of Appeal, the outstanding balance on the MasterCard account was \$138,747.66.

[5] BMO does not dispute i Trade's evidence that the shares credited to the investment account were purchased by Mr. Ablacksingh with funds coming from the monies advanced to Webworx by i Trade, and that Ms. Ramsackal herself gave no consideration for the purchase of these shares. The parties also agree that at the time it received the pledge, BMO provided value (the extension of additional credit to Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal) and had no knowledge of the fraudulent scheme or of the fact that the funds used to purchase the shares had originated from that scheme. Thus, BMO could not have any knowledge of any equitable interest of i Trade attributable to these funds.

[6] On February 23, 2004 — after the fraud was discovered — Macdonald J. ordered, on consent of all parties, that the shares credited to the investment account be sold and that, after certain commissions and expenses were paid, the remaining proceeds be held in trust pending further order of the court. It is these monies (\$130,117.11 plus interest accrued since March 19, 2004) that are claimed by each of the parties to this appeal.

[7] Civil proceedings were commenced by i Trade. On September 5, 2006, Belobaba J. ordered Webworx and Mr. Ablacksingh to pay US\$5,193,457.30 in damages — plus aggravated, exemplary and punitive damages, interest and costs — for conspiracy, deceit and fraudulent misrepresentation, and for knowing assistance in a breach of trust (unreported judgment dated September 5, 2006, at paras. 2, 4 and 16). He also declared that Webworx and Mr. Ablacksingh held "any real or personal property or any other assets that they purchased with funds provided by i Trade to Webworx, as constructive trustee for the benefit

mais elle l'a par la suite augmentée à 75 000 \$, sur demande des détenteurs de la carte, après que ces derniers eurent signé une convention par laquelle ils lui donnaient en gage les actions inscrites au compte de placement. Au moment de l'audience devant la Cour d'appel de l'Ontario, le solde impayé du compte MasterCard s'élevait à 138 747,66 \$.

[5] BMO ne conteste pas la preuve soumise par i Trade établissant que les actions ont été achetées par M. Ablacksingh à l'aide des fonds que i Trade avait avancés à Webworx, et que M<sup>me</sup> Ramsackal elle-même n'a donné aucune contrepartie pour l'achat des actions. Les parties conviennent également que, au moment où elle a obtenu le gage, BMO a fourni une contrepartie (en accordant du crédit supplémentaire à M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal) et ignorait tout du stratagème frauduleux ou du fait que les fonds utilisés pour acheter les actions provenaient de ce stratagème. Par conséquent, BMO ne pouvait pas connaître l'existence d'un quelconque intérêt en equity de i Trade du fait de ces fonds.

[6] Le 23 février 2004, soit après la découverte de la fraude, le juge Macdonald a ordonné la vente des actions, sur consentement des parties. Son ordonnance prévoyait également que le produit de la vente, déduction faite de certaines commissions et dépenses, soit 130 117,11 \$ plus les intérêts courus depuis le 19 mars 2004, soit détenu en fiducie jusqu'à nouvelle ordonnance de la cour. Il s'agit de la somme en litige dans le présent pourvoi.

[7] Une action au civil a été intentée par i Trade. Le 5 septembre 2006, le juge Belobaba a ordonné à Webworx et M. Ablacksingh de verser à i Trade la somme de 5 193 457,30 \$ US en plus de dommages-intérêts majorés, exemplaires et punitifs, des intérêts courus et des frais, pour complot, dol et représentations inexactes frauduleuses, et pour avoir aidé sciemment à commettre un manquement à une obligation fiduciaire (jugement inédit en date du 5 septembre 2006, par. 2, 4 et 16). Il a aussi déclaré que Webworx et M. Ablacksingh détenaient [TRADUCTION] « pour le compte [de] i Trade, les biens — réels ou personnels — de même que tout



[of] i Trade” (para. 5). In addition, Belobaba J. granted i Trade a tracing order, which excluded assets in the hands of *bona fide* purchasers for value without notice (para. 7). Upon execution of the tracing order, i Trade could elect in whole or in part between (1) imposing a constructive trust and/or an equitable lien; and (2) seeking a personal remedy against any party liable (para. 12).

## II. Decisions of the Courts Below

### A. *Ontario Superior Court of Justice (No. 03-CV-246248CM4, October 14, 2008, Unreported)*

[8] Kiteley J. heard a motion by i Trade for a declaration that it was entitled to the disputed funds to the exclusion of BMO. She determined that i Trade was entitled to the funds on the basis of her resolution of three issues.

[9] First, she found that BMO had not acquired an enforceable *PPSA* security interest in the shares credited to the investment account, because neither Mr. Ablacksingh nor Ms. Ramsackal had any “rights in the collateral” to pledge to BMO (para. 24). Ms. Ramsackal had not given any consideration for the shares and Mr. Ablacksingh “could not acquire an interest in the collateral that he knew was obtained through his fraud” (para. 25). For this reason, no security interest had attached within the meaning of s. 11 of the *PPSA*, which meant that none was enforceable against third parties.

[10] Second, Kiteley J. considered whether i Trade could follow the funds it had advanced to Webworx and trace them into the shares in the investment account, which she understood to require a determination of whether the investment account was impressed with a constructive trust in i Trade’s favour. She thus considered whether Webworx had been unjustly enriched, since the

autre élément d’actif, qu’ils avaient acquis à l’aide des fonds que i Trade avait avancés à Webworx en sa qualité de fiduciaire par interprétation » (par. 5). Enfin, il a prononcé une ordonnance accordant à i Trade un droit de suite qui excluait les biens détenus par un acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable de la fraude (par. 7). Il était loisible à i Trade de faire exécuter cette ordonnance, en tout ou en partie, (1) en invoquant la fiducie par interprétation et/ou un privilège en equity ou (2) en intentant un recours personnel contre toute partie responsable (par. 12).

## II. Décisions des tribunaux d’instance inférieure

### A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (n° 03-CV-246248CM4, 14 octobre 2008, inédit)*

[8] La juge Kiteley a été saisie d’une demande de i Trade visant à faire déclarer que la somme en litige lui appartenait à elle, et non à BMO. La juge Kiteley lui a donné raison en se fondant sur trois considérations.

[9] D’abord, la juge Kiteley a conclu que BMO n’avait pas acquis à l’égard des actions une sûreté opposable au sens de la *LSMO* parce que ni M. Ablacksingh ni M<sup>me</sup> Ramsackal ne possédaient de [TRADUCTION] « droits sur les biens grevés » qui pouvaient être donnés en gage à BMO (par. 24). Madame Ramsackal n’avait pas donné de contrepartie pour l’achat des actions et M. Ablacksingh [TRADUCTION] « ne pouvait acquérir un intérêt dans les biens grevés sachant qu’il les avait obtenus par fraude » (par. 25). Pour cette raison, aucune sûreté au sens de l’art. 11 de la *LSMO* n’avait pu grever les biens, ce qui était une condition préalable à l’opposabilité aux tiers.

[10] Ensuite, la juge Kiteley s’est demandé si i Trade pouvait exercer son droit de suite sur les fonds qu’elle avait avancés à Webworx de même que sur les actions, ce qui, suivant son analyse, soulevait la question de savoir si le compte de placement faisait l’objet d’une fiducie par interprétation en faveur de i Trade. Elle s’est donc demandé si Webworx s’était enrichie injustement car, selon

imposition of a constructive trust and tracing were, in her view, remedies that flowed from that cause of action. Kiteley J. found that Webworx had been unjustly enriched. However, because BMO had not acquired an enforceable security interest under the *PPSA*, the purported pledge by Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal was “not a juristic reason that would preclude recovery by i Trade” (para. 30). Consequently, she held that the investment account was impressed with a constructive trust in i Trade’s favour.

[11] Finally, Kiteley J. considered whether the exercise of i Trade’s right to follow the funds it had advanced to Webworx and trace them into the shares credited to the investment account was precluded on the basis that BMO was a *bona fide* purchaser for value without notice. Though she found that BMO met the requirements for establishing this defence, Kiteley J. held that this did not preclude recovery by i Trade, because BMO had *purchased* its interest from Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal, not from Webworx (paras. 33-34).

B. *Ontario Court of Appeal (2009 ONCA 615, 96 O.R. (3d) 561)*

[12] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and attributed the disputed funds to BMO. Blair J.A. (Simmons and Epstein J.J.A. concurring) disagreed with each of Kiteley J.’s conclusions.

[13] Blair J.A. held that BMO had obtained, by virtue of the pledge, a security interest in the shares credited to the investment account that had attached and had been perfected under the *PPSA*. In particular, he disagreed with Kiteley J. on whether Mr. Ablacksingh had sufficient rights in the collateral to ground BMO’s acquisition of an enforceable security interest in the pledged shares from him and his spouse. In Blair J.A.’s view, when i Trade loaned money to Webworx with the intention of transferring the ownership interest in it, the transfer was sufficient, even though it had been induced by fraud unbeknownst to i Trade, to create a voidable interest that could form the basis

elle, l’imposition d’une fiducie par interprétation et celle d’un droit de suite étaient des mesures de réparations fondées sur cette cause d’action. Elle a conclu à l’enrichissement injustifié, mais comme BMO n’avait pas acquis de sûreté opposable au sens de la *LSMO*, le gage que M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal lui auraient donné ne constituait [TRADUCTION] « pas un motif juridique empêchant [que i Trade procède au] recouvrement » (par. 30). Elle a donc statué que le compte de placement faisait l’objet d’une fiducie par interprétation en faveur de i Trade.

[11] Enfin, la juge Kiteley s’est demandé si le fait que BMO avait la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable empêchait i Trade d’exercer son droit de suite sur les fonds qu’elle avait avancés à Webworx et sur les actions. Elle a conclu que même si BMO avait cette qualité, rien n’empêchait i Trade de procéder au recouvrement, BMO ayant *acheté* la sûreté de M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal, et non de Webworx (par. 33-34).

B. *Cour d’appel de l’Ontario (2009 ONCA 615, 96 O.R. (3d) 561)*

[12] La Cour d’appel a accueilli l’appel à l’unanimité, jugeant que la somme en litige appartenait à BMO. Le juge Blair (les juges Simmons et Epstein souscrivant à ses motifs) a rejeté chacune des conclusions de la juge Kiteley.

[13] Le juge Blair a statué que BMO avait obtenu une sûreté sur les actions en raison du gage qui lui avait été donné, et que cette sûreté était parfaite au sens de la *LSMO*. Plus particulièrement, il a été en désaccord avec la juge Kiteley sur la question de savoir si M. Ablacksingh possédait suffisamment de droits sur les biens grevés pour que BMO puisse acquérir de lui et de son épouse une sûreté opposable. Selon lui, le fait que i Trade ait prêté l’argent à Webworx avec l’intention de transférer un intérêt dans la propriété du bien suffisait à créer un intérêt annulable qui pouvait servir d’assise à une sûreté, et ce même si le transfert impliquait le recours à des moyens frauduleux à l’insu de i Trade

for a security interest (para. 20). Moreover, the fact that i Trade had loaned the funds to Webworx — the corporate vehicle used by Mr. Ablacksingh to commit the fraud — and not to Mr. Ablacksingh (or his spouse) personally was “quite immaterial” to the question of whether Mr. Ablacksingh had acquired a sufficient property interest from Webworx in the funds that were used to purchase the shares that Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal later pledged to BMO (paras. 24-25). The key, in Blair J.A.’s opinion, was that i Trade had originally advanced the funds with an intention to pass title.

[14] In any event, Blair J.A. found that BMO’s PPSA security interest in the pledged shares made little difference to the result, since this was not a priority contest between i Trade and BMO under the PPSA. Further, i Trade’s interest in the disputed funds by way of a constructive trust or an equitable lien was arguably excluded from the purview of the PPSA. Most importantly, if BMO was a *bona fide* purchaser for value without notice, any ability i Trade may have had pursuant to the order issued by Belobaba J. to recover the money it had advanced would have been lost.

[15] Thus, Blair J.A. proceeded to consider whether the pledge granted to BMO had made it a *bona fide* purchaser for value without notice. He found that it had and that i Trade consequently lost its ability to trace funds into the shares that were pledged to BMO. He rejected Kiteley J.’s conclusion to the contrary, the basis for which was that BMO was a “purchaser” from Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal rather than from Webworx, as follows (at para. 29):

Respectfully, that distinction is equally immaterial for these purposes. The fact that [BMO] purchased directly from the fraudster [Mr. Ablacksingh] rather than from the corporate vehicle used by the fraudster to perpetrate the fraud [Webworx] is of no moment. . . .

[16] Finally, Blair J.A. considered “whether i Trade [was] entitled to recover the [disputed] funds

(par. 20). De plus, le fait que le prêt ait été consenti à Webworx — le véhicule corporatif utilisé par M. Ablacksingh pour commettre la fraude — et non à M. Ablacksingh lui-même (ou à son épouse) à titre personnel n’était [TRADUCTION] « aucunement pertinent » quant à savoir si ce dernier avait obtenu de Webworx un intérêt suffisant dans la propriété des fonds utilisés pour acheter les actions que lui et son épouse ont par la suite données en gage à BMO (par. 24-25). De l’avis du juge Blair, ce qui importait c’est que i Trade avait originalement avancé les fonds avec l’intention d’en transférer la propriété.

[14] Quoi qu’il en soit, le juge Blair a conclu que la sûreté au sens de la *LSMO* que détenait BMO sur les actions données en gage ne portait pas à conséquence car il ne s’agissait pas d’une concurrence de priorité entre les droits de BMO et i Trade en vertu de la *LSMO*. De plus, il était possible de soutenir que le droit de i Trade dans les fonds en litige fondé sur une fiducie par interprétation ou un privilège en equity n’avait rien à voir avec la *LSMO*. Plus important encore, si BMO avait la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable, i Trade perdait toute possibilité de recouvrer, en se fondant sur l’ordonnance du juge Belobaba, les fonds qu’elle avait avancés à Webworx.

[15] Le juge Blair s’est donc demandé si le gage consenti à BMO lui avait conféré la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable. Il a répondu par l’affirmative, de sorte qu’il n’était plus possible pour i Trade d’exercer un droit de suite sur les actions données en gage à BMO. Il a rejeté dans les termes suivants la conclusion contraire de la juge Kiteley, qui était fondée sur le fait que BMO avait « acheté » la sûreté de M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal, et non de Webworx (par. 29) :

[TRADUCTION] En toute déférence, cette distinction est elle aussi dénuée de pertinence à cet égard. Le fait que [BMO] ait acheté la sûreté directement du fraudeur [M. Ablacksingh] plutôt que d’un véhicule corporatif utilisé par le fraudeur pour commettre la fraude [Webworx] importe peu. . . .

[16] Enfin, le juge Blair a examiné la question de savoir [TRADUCTION] « si i Trade [pouvait] recouvrer

based on principles of unjust enrichment standing alone” (para. 30). He concluded that it was not, and that Kiteley J. had erred in focussing her unjust enrichment inquiry on Webworx and in finding that the pledge agreement with BMO was not a “juristic reason” for any enrichment that may have occurred. In Blair J.A.’s view, the unjust enrichment analysis had to be undertaken as between i Trade and BMO. Although he questioned whether BMO had in fact been “enriched” in the circumstances, he found it unnecessary to decide this question, because if BMO had been enriched there were a number of juristic reasons for that enrichment, namely (i) that the shares had been pledged in a valid contract between Mr. Ablacksingh, Ms. Ramsackal and BMO; (ii) that, in law, the debtors had sufficient rights in the collateral to create a pledge; and (iii) that BMO was a *bona fide* purchaser for value without notice (para. 36).

### III. Issue in This Court

[17] In his judgment, Belobaba J. imposed a constructive trust over all assets held by Webworx and Mr. Ablacksingh that were purchased with the funds fraudulently obtained from i Trade. Moreover, the tracing order authorized i Trade to follow the funds it had advanced to Webworx and identify assets that could be traced to these funds in the hands of parties other than *bona fide* purchasers for value without notice.

[18] At the hearing of this appeal, counsel for i Trade was asked whether i Trade had asserted a direct remedy for unjust enrichment against BMO. Counsel confirmed that no such claim had been made and that, although the Court of Appeal’s reasons suggested that a direct claim for unjust enrichment was available against BMO, that was not a position i Trade had advocated.

[19] Simply put, i Trade’s ability to recover the disputed funds is circumscribed by the tracing

la somme [en litige] sur le seul fondement des principes de l’enrichissement injustifié » (par. 30). Il a conclu par la négative, statuant que la juge Kiteley s’était trompée en centrant son analyse de cette question sur Webworx et en concluant que la convention par laquelle les actions avaient été données en gage à BMO ne constituait pas le [TRADUCTION] « motif juridique » d’un quelconque enrichissement. Selon le juge Blair, cette analyse devait porter sur la relation entre i Trade et BMO. Doutant que BMO s’était même « enrichie » dans les circonstances, il n’a pas estimé utile de trancher cette question au motif que si c’était le cas, plusieurs motifs juridiques pouvaient justifier l’enrichissement, à savoir; (i) l’existence d’un contrat valide entre M. Ablacksingh, M<sup>me</sup> Ramsackal et BMO stipulant que les actions étaient données en gage à cette dernière; (ii) le fait qu’en droit les débiteurs possédaient suffisamment de droits sur les biens grevés pour les donner en gage; et (iii) le fait que BMO avait la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable (par. 36).

### III. Question en litige

[17] Dans son jugement, le juge Belobaba a imposé une fiducie par interprétation sur l’ensemble des biens que Webworx et M. Ablacksingh avaient en leur possession et qu’ils avaient acquis à l’aide des fonds frauduleusement obtenus de i Trade. De plus, le droit de suite qu’il a accordé à i Trade permettait à celle-ci de suivre les fonds qu’elle avait avancés à Webworx et d’identifier tout bien ayant été acquis avec ces fonds et qui se trouvait en possession de parties autres que des acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable.

[18] À l’audition du pourvoi, l’avocat de i Trade a été interrogé sur la question de savoir si cette dernière avait invoqué l’enrichissement injustifié comme fondement de son recours contre BMO. Il a confirmé qu’un tel argument n’avait pas été avancé et que, même si les motifs de la Cour d’appel laissaient entendre que i Trade pouvait le faire, il ne s’agissait pas d’une thèse qu’elle avait défendue.

[19] En clair, le droit de i Trade de recouvrer la somme en litige est circonscrit par l’ordonnance du

order issued by Belobaba J., which incorporates an exception recognized in equity: it excludes assets in the hands of “*bona fide* purchasers for value without notice”. If BMO is such a purchaser, i Trade’s claim to the disputed funds cannot succeed. Consequently, this appeal ultimately turns on a single issue: Is BMO a *bona fide* purchaser for value without notice?

[20] Straightforward as this issue may sound, it requires consideration of a number of interrelated matters to determine what rules will apply to resolve the competing claims. The first is the nature of i Trade’s interest in the disputed funds. The second is the nature of BMO’s interest in them. It is on consideration of BMO’s interest that the *PPSA* is engaged. The *PPSA*’s application to BMO’s interest leads us to consider whether the debtors — here the pledgors Ablacksingh and Ramsackal — had a right in the shares sufficient to support granting the pledgee, BMO, a security interest. It is worth noting that the legislation in force at the relevant time has since been changed: see *Securities Transfer Act, 2006*, S.O. 2006, c. 8. However, had that legislation applied, the outcome of this appeal would not have been different.

#### IV. Positions of the Parties

[21] The argument of i Trade is that it advanced the funds to Webworx under a mistake of fact and accordingly has a *prima facie* right to recover them on the basis of the principles set out in *B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2009 SCC 15, [2009] 1 S.C.R. 504, and *Barclays Bank Ltd. v. W.J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522 (Q.B.).

[22] Moreover, i Trade submits that BMO’s claim to the disputed funds based on the pledge is a security interest governed by the *PPSA* and that BMO could acquire an enforceable security interest only if the pledgors themselves had rights in the collateral to pledge to BMO. This argument

juge Belobaba, et cette ordonnance renferme une exception reconnue en equity : elle exclut les biens en possession d’un [TRADUCTION] « acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable ». Si BMO a cette qualité, i Trade ne peut pas avoir gain de cause. L’issue du présent pourvoi dépend donc d’une seule question : BMO est-elle un acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable?

[20] Aussi simple que cette question puisse paraître, il faut, pour y répondre, se pencher sur un certain nombre de questions interreliées en vue de déterminer les règles applicables. Il faut d’abord examiner la nature de l’intérêt de i Trade dans la somme en litige puis celle de l’intérêt de BMO. C’est dans l’examen de l’intérêt de BMO que la *LSMO* devient pertinente. L’application de la *LSMO* implique qu’il faut se demander si les débiteurs, en l’occurrence les emprunteurs sur gage, M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal, avaient un droit suffisant pour conférer une sûreté à BMO. Il est utile de souligner que la législation qui était en vigueur à l’époque pertinente au litige a depuis été modifiée : voir la *Loi de 2006 sur le transfert des valeurs mobilières*, L.O. 2006, ch. 8. Cependant, même si cette loi s’était appliquée, le résultat du présent pourvoi serait demeuré le même.

#### IV. Positions des parties

[21] Dans son argument, i Trade soutient qu’elle a avancé les fonds à Webworx à la suite d’une erreur de fait et qu’elle a donc, à première vue, le droit de les recouvrer sur la base des principes énoncés dans *B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2009 CSC 15, [2009] 1 R.C.S. 504, et *Barclays Bank Ltd. c. W.J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522 (Q.B.).

[22] De plus, elle soutient que le droit à la somme en litige, que BMO revendique en invoquant le gage, est une sûreté régie par la *LSMO* qui n’est opposable que si les emprunteurs sur gage avaient eux-mêmes des droits sur les biens en cause. Cet argument se fonde sur la maxime *nemo dat quod*

is based on the maxim *nemo dat quod non habet* (no one can give what he or she does not have). According to i Trade, the pledgors had acquired no interest in the shares: Ms. Ramsackal had no interest because she had given no consideration upon the purchase of the shares, and Mr. Ablacksingh could not have acquired an interest in the funds used to purchase the shares because he knew that they were attributable to the advances made by i Trade to Webworx, which he and others had procured by fraud.

[23] BMO responds that the principles from *B.M.P.* and *Simms* with respect to the recovery of mistaken payments are inapplicable here because they concern the rights and obligations of payors and payees of such monies. BMO is not a payee. Even if the cases in question were applicable, this would not defeat BMO's position as a *bona fide* purchaser for value without notice, since i Trade's rights as against BMO are derived from the order, which contains an exception for such a purchaser.

[24] Moreover, BMO agrees with Blair J.A. that the fact that i Trade was fraudulently induced to advance money to Webworx, and not directly to Mr. Ablacksingh or Ms. Ramsackal, is immaterial to the question of whether BMO is a *bona fide* purchaser for value without notice. BMO submits that its status in this regard is not affected by any latent defect in title. BMO also agrees with the Court of Appeal that the important point is that when i Trade lent the money to Webworx, i Trade intended to pass title in the money to Webworx, regardless of the fact that it was induced to do so by fraudulent misrepresentations.

[25] Finally, BMO asserts that the resolution of the dispute between the parties is not governed by the *PPSA*, even though it had a valid *PPSA* security interest. It argues that the pledge agreement establishes that it is a *bona fide* purchaser for value without notice and that, as a result of the order

*non habet* (personne ne donne ce qu'il n'a pas). Or, i Trade affirme que les emprunteurs sur gage n'avaient aucun intérêt dans les actions : dans le cas de M<sup>me</sup> Ramsackal, parce qu'elle n'avait pas donné de contrepartie pour l'achat des actions, et, dans celui de M. Ablacksingh, parce qu'il ne pouvait avoir acquis un intérêt dans les fonds utilisés pour acheter les actions sachant que ceux-ci provenaient des avances faites par i Trade à Webworx, que lui-même et des tiers s'étaient appropriées frauduleusement.

[23] En réponse, BMO soutient que les principes énoncés dans *B.M.P.* et *Simms* en matière de recouvrement des paiements effectués par erreur ne s'appliquent pas au motif que ces décisions concernent les droits et obligations du payeur et de la personne à qui le paiement est fait par erreur, et qu'elle n'a pas reçu de paiement de i Trade. De toute façon, même si ces décisions s'appliquaient, elle demeurerait acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable, car les droits que i Trade peut faire valoir contre elle découlent de l'ordonnance, qui comporte une exception à l'égard d'un tel acquéreur.

[24] De plus, BMO souscrit au point de vue du juge Blair que le fait que i Trade ait été frauduleusement amenée à avancer des fonds à Webworx, et non à M. Ablacksingh ou à M<sup>me</sup> Ramsackal, est aucunement pertinent quant à savoir si elle a la qualité d'acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable. Elle avance qu'aucun vice caché qui entacherait le titre de propriété des fonds en cause ne lui ferait perdre cette qualité. BMO partage en outre le point de vue de la Cour d'appel selon lequel ce qui importe, c'est que lorsqu'elle a consenti un prêt à Webworx, i Trade avait l'intention de lui transférer la propriété des fonds, peu importe qu'elle avait été amenée à le faire par des déclarations inexacts frauduleuses.

[25] Enfin, BMO affirme qu'il n'est pas possible de trancher le litige par la simple application de la *LSMO*, et ce même si elle est détentrice d'une sûreté valable au sens de celle-ci. Elle soutient que la convention de gage lui confère la qualité d'acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans

issued by Belobaba J., this shields it from i Trade's claim to the disputed funds.

## V. Analysis

[26] In Ontario, when a party claims a security interest in personal property to satisfy payment or performance of an obligation, the court must ask whether the *PPSA* applies: subject to limited exceptions, the application of that Act is pervasive. In *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, 2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3, this Court noted that the provisions of Saskatchewan's *Personal Property Security Act, 1993*, S.S. 1993, c. P-6.2, extend "to almost anything which serves the function of a security interest" (para. 18). The same is true in Ontario. Section 2 of the *PPSA* reads in part as follows:

2. Subject to subsection 4(1), this Act applies to,

- (a) every transaction without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral that in substance creates a security interest including, without limiting the foregoing,
  - (i) a chattel mortgage, conditional sale, equipment trust, debenture, floating charge, pledge, trust indenture or trust receipt . . .

[27] A "security interest" is defined broadly as "an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation", and the definition of "personal property" that applied at the relevant time included "intangibles" and "securities" (*PPSA*, s. 1(1)). The *PPSA* employs "a functional approach to determining what security interests are covered by its provisions" (*Bank of Montreal*, at para. 18). When it applies, it renders irrelevant the distinctions between the wide variety of instruments which existed at common law and in equity for taking a security interest in another person's property.

connaissance préalable, ce qui, en raison de l'ordonnance du juge Belobaba, la protège contre la réclamation de i Trade.

## V. Analyse

[26] En Ontario, lorsqu'une partie souhaite faire valoir une sûreté au sens de la *LSMO* à l'égard d'un bien meuble pour se faire payer ou obtenir l'exécution d'une obligation, la cour doit se demander si la *LSMO* s'applique car, sous réserve d'exceptions limitées, celle-ci a une très large portée. Dans *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3, notre Cour a fait remarquer que les dispositions de la *Personal Property Security Act, 1993*, S.S. 1993, ch. P-6.2, de la Saskatchewan s'appliquent « à pratiquement tout ce qui joue le rôle d'une sûreté » (par. 18). Il en est de même en Ontario. L'article 2 de la *LSMO* prévoit ce qui suit :

2 Sous réserve du paragraphe 4(1), la présente loi s'applique :

- a) à l'opération qui, quels que soient sa forme et le propriétaire du bien grevé, constitue dans son essence une sûreté, notamment :
  - (i) une hypothèque mobilière, une vente conditionnelle, un nantissement de matériel, une débenture, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie ou une quittance de fiducie . . .

[27] La *LSMO* donne une définition large d'une « sûreté », qui vise notamment « [l'i]ntérêt sur des biens meubles qui garantit le paiement, ou l'exécution d'une obligation », et, à l'époque pertinente, sa définition de « bien meuble » visait notamment un « bien immatériel » et une « valeur mobilière » (*LSMO*, par. 1(1)). La *LSMO* emploie « une approche fonctionnelle pour déterminer quelles sûretés tombent sous le coup de ses dispositions » (*Banque de Montréal*, par. 18). Lorsqu'elle s'applique, elle prive de pertinence les distinctions existant parmi la vaste gamme d'instruments utilisés en common law et en equity pour constituer une sûreté mobilière sur le bien d'autrui.

[28] With this in mind, I will now consider the nature of the interests of the parties to this appeal in the disputed funds.

A. *Interest of i Trade in the Disputed Funds*

[29] In i Trade's opinion, it has a *prima facie* right, as set out in *B.M.P., Simms* and other cases, to recover monies paid under a mistake of fact. This argument cannot succeed. The principles respecting the recovery of mistaken payments apply as between payor and payee. BMO is not a payee, so those principles are inapplicable here. Rather, the source of i Trade's claim to the disputed funds lies in Belobaba J.'s judgment, and more specifically in the order in which he authorized i Trade to follow and trace the assets acquired with funds it had advanced to Webworx. What i Trade now seeks to do is to recover the proceeds of sale of the shares credited to the investment account on the basis that they were impressed with a constructive trust or were subject to an equitable lien.

[30] Regardless of whether i Trade elects to take the constructive trust or the equitable lien route to assert its interest, the *PPSA* does not apply to those rights. This is because i Trade acquired them as a result of Belobaba J.'s judgment granting a constructive trust or an equitable lien. The rights thus resulted from a court order, not from a "transaction . . . that in substance creates a security interest" (*PPSA*, s. 2). In addition, the creation of the rights was not consensual: R. H. McLaren, *Secured Transactions in Personal Property in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at §1.02; F. Bennett, *Bennett on the PPSA (Ontario)* (3rd ed. 2006), at p. 15; R. C. C. Cuming, C. Walsh and R. J. Wood, *Personal Property Security Law* (2005), at pp. 85 and 96-97; J. S. Ziegel and D. L. Denomme, *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis* (2nd ed. 2000), at pp. 71-72.

[31] Since i Trade's interest in the disputed funds is not subject to the *PPSA*, it arises in equity. The

[28] Ce postulat à l'esprit, je vais maintenant examiner la nature des intérêts que détiennent les parties dans la somme en litige.

A. *L'intérêt de i Trade dans la somme en litige*

[29] Selon l'argument qu'elle fait valoir en s'appuyant sur des décisions telles *B.M.P. et Simms*, i Trade a, à première vue, le droit de recouvrer les fonds qu'elle a avancés à Webworx à la suite d'une erreur de fait. Cet argument ne saurait être retenu. En effet, les principes applicables en matière de recouvrement des paiements effectués par erreur s'appliquent au rapport qui existe entre la personne qui fait le paiement et celle qui le reçoit, et BMO n'a pas reçu de paiement de i Trade. En fait, le fondement de la réclamation de i Trade est plutôt la décision du juge Belobaba, plus précisément son ordonnance lui accordant le droit de suivre et d'identifier les biens acquis à l'aide des fonds qu'elle a avancés à Webworx. Elle souhaite recouvrer le produit de la vente des actions au motif qu'elles étaient assujetties à une fiducie par interprétation ou à un privilège en equity.

[30] Peu importe que i Trade choisisse de s'appuyer sur l'existence d'une fiducie par interprétation ou d'un privilège en equity pour faire valoir son intérêt, une chose est certaine : ses droits ne sont pas régis par la *LSMO* car ils résultent de la décision du juge Belobaba lui accordant le droit de recourir à une fiducie par interprétation ou à un privilège en equity. Ses droits résultent donc d'une ordonnance judiciaire et non d'une « opération [ . . . ] constitu[ant] dans son essence une sûreté » (*LSMO*, art. 2). Il ne découle pas non plus d'une opération consensuelle : R. H. McLaren, *Secured Transactions in Personal Property in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), §1.02; F. Bennett, *Bennett on the PPSA (Ontario)* (3<sup>e</sup> éd. 2006), p. 15; R. C. C. Cuming, C. Walsh et R. J. Wood, *Personal Property Security Law* (2005), p. 85, 96 et 97; J. S. Ziegel et D. L. Denomme, *The Ontario Personal Property Security Act : Commentary and Analysis* (2<sup>e</sup> éd. 2000), p. 71-72.

[31] Comme il n'est pas régi par la *LSMO*, l'intérêt de i Trade dans la somme en litige relève de



important point to bear in mind is that regardless of whether i Trade's interest resulting from Belobaba J.'s judgment was acquired by virtue of a constructive trust or an equitable lien, it is an equitable proprietary interest because it flows from one of those two equitable proprietary remedies: P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), at pp. 5-4 and 5-39; A. H. Oosterhoff et al., *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (7th ed. 2009), at pp. 735-36. For the purpose of this appeal, the distinction between the constructive trust and the equitable lien is irrelevant because, if i Trade's interest prevails over that of BMO, the asset will consist of the disputed funds held in trust in lieu of the shares themselves.

[32] In sum, i Trade's claim to the disputed funds arises from the judgment of Belobaba J., giving it an equitable proprietary interest in the shares credited to the investment account. This interest is not governed by the *PPSA*. The next question is whether BMO's interest prevails over i Trade's interest. This inquiry requires an examination of the consensual transaction on which BMO's interest in the disputed funds is based: the pledge by Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal to BMO.

#### B. *Interest of BMO in the Disputed Funds*

[33] The source of BMO's claim to the disputed funds — and of its assertion that it is a "purchaser" — is the interest it acquired when Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal pledged the shares credited to the investment account. To characterize the nature of this interest, it will be necessary to review the circumstances of the pledge.

[34] The documentary evidence indicates that between August and October 2002, Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal requested that the credit extended on their MasterCard account with BMO be increased, first on a temporary basis and eventually on a permanent basis, from \$10,000 to \$60,000, and then to \$75,000.

l'équité. Ce qu'il faut conserver à l'esprit, c'est que peu importe son origine, que ce soit la fiducie par interprétation ou le privilège en equity, les droits qui résultent de la décision du juge Belobaba accordent à i Trade un intérêt en equity dans la propriété parce que l'un ou l'autre de ces recours confèrent un intérêt en equity dans la propriété : P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. feuilles mobiles), p. 5-4 et 5-39; A. H. Oosterhoff et al., *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials* (7<sup>e</sup> éd. 2009), p. 735-736. Pour les besoins du présent pourvoi, les différences entre la fiducie par interprétation et le privilège en equity n'ont aucune incidence parce que, dans l'hypothèse où l'intérêt de i Trade l'emporte sur celui de BMO, le bien en cause est la somme en litige, détenue en fiducie, et non les actions elles-mêmes.

[32] En résumé, la réclamation de i Trade à l'égard de la somme en litige est fondée sur la décision du juge Belobaba conférant un intérêt en equity dans la propriété des actions. Or, cet intérêt n'est pas régi par la *LSMO*. La prochaine question consiste à se demander si l'intérêt de BMO l'emporte sur celui de i Trade. Pour ce faire, il faut examiner l'opération consensuelle à l'origine de l'intérêt de BMO, soit le gage consenti par M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal à BMO.

#### B. *L'intérêt de BMO*

[33] La réclamation de BMO à l'égard de la somme en litige et la qualité d'« acquéreur » qu'elle prétend avoir découlent de l'intérêt qu'elle a acquis lorsque M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal lui ont donné les actions en gage. Or, pour qualifier la nature de cet intérêt, il sera nécessaire d'examiner les circonstances entourant cette opération.

[34] La preuve documentaire indique qu'entre août et octobre 2002 M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal ont demandé à BMO d'augmenter temporairement — puis de façon permanente — la limite de crédit de leur compte MasterCard de 10 000 \$ à 60 000 \$, et enfin à 75 000 \$.

[35] On August 14, 2002, Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal executed a “Collateral Agency Agreement” as pledgors (or “the Pledgor”). The agreement read in part as follows:

**WHEREAS** the Pledgor is, and has agreed with each of the Agent [Nesbitt Burns] and the Lender [BMO] that the Pledgor will at all times be, the beneficial owner of:

- (a) the securities . . . delivered to or held by the Agent herewith and credited by the Agent to the account of the Pledgor held at the Agent (the “Account”) . . .

## 2. AGENT APPOINTMENT

The Lender hereby appoints the Agent to hold the Collateral on the Lender’s behalf under the Pledge Agreement, and the Agent accepts such appointment subject to the terms and conditions hereof. All Collateral shall be held by the Agent under and pursuant to this Agreement as the agent of the Lender under the Pledge Agreement.

[36] Two days later, on August 16, 2002, Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal executed Schedule “A” to the Collateral Agency Agreement, which designated the investment account with Nesbitt Burns as the account to which the shares being pledged were credited.

[37] On February 21, 2003, the pledgors signed a “Notice and Direction” in which they expressly acknowledged that they had granted a security interest in the shares credited to the investment account to BMO. This document read in part as follows:

Until revocation and termination of this Notice and Direction under paragraph 4 below, [which required BMO’s written consent] . . . Nesbitt Burns shall retain possession of and control over property in the Account for the benefit of [BMO] and not as agent for [Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal].

[38] Nesbitt Burns confirmed receipt of this Notice and Direction to BMO on March 7, 2003,

[35] Le 14 août 2002, M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal ont signé, en leur qualité d’emprunteurs sur gage, une « convention de mandat relative aux biens grevés », qui prévoyait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

**ATTENDU** que l’emprunteur sur gage est, et a convenu avec le mandataire [Nesbitt Burns] et le prêteur [BMO] qu’il sera en tout temps, le propriétaire bénéficiaire :

- a) des valeurs mobilières [. . .] remises au mandataire ou détenues par celui-ci, et inscrites par le mandataire au compte que l’emprunteur sur gage possède chez ce dernier (le « compte ») . . .

## 2. DÉSIGNATION DU MANDATAIRE

Le prêteur demande par les présentes au mandataire de détenir pour son compte les biens grevés conformément à la convention de gage, et le mandataire accepte d’agir pour lui sous réserve des conditions prévues aux présentes. Le mandataire s’engage à détenir les biens grevés conformément à la présente convention, en sa qualité de mandataire du prêteur aux termes de la convention de gage.

[36] Deux jours plus tard, soit le 16 août 2002, conformément à l’annexe « A » de la convention de mandat relative aux biens grevés, M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal ont désigné le compte de placement chez Nesbitt Burns en tant que compte où les actions données en gage étaient inscrites.

[37] Le 21 février 2003, les emprunteurs sur gage ont signé un document intitulé « Avis et directives » dans lequel ils reconnaissaient expressément avoir accordé à BMO une sûreté à l’égard des actions. Ce document prévoyait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Jusqu’à la révocation ou l’expiration du présent document conformément au paragraphe 4 ci-après [qui nécessitait le consentement écrit de BMO], [. . .] Nesbitt Burns sera en possession des biens détenus dans le compte et en aura le contrôle au nom de [BMO] et non à titre de mandataire de [M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal].

[38] Le 7 mars 2003, Nesbitt Burns a confirmé à BMO avoir reçu ce document. Par la suite, les

and subsequent monthly statements for the investment account that were sent to BMO referred to that account as the “pledge account”.

[39] Professor MacDougall defines a pledge as follows:

A pledge is the creation of a possessory interest in a situation where a debtor — called the pledgor — transfers possession of property — called (like the transaction itself) the pledge — to a creditor — called a pledgee. It is a consensual transaction . . . and it is a type of bailment. The peculiarity of the pledge is the ability of the pledgee to sell the pledged goods without recourse to a court of law. . . .

. . .

The pledgee acquires a special property interest in the property held.

(B. MacDougall, *Personal Property Security Law in British Columbia* (2009), at p. 35 (footnotes omitted))

[40] Given the *PPSA*’s functional approach to determining which security interests it covers, regard must be had to the substance of the transaction between Mr. Ablacksingh, Ms. Ramsackal and BMO, not to its form.

[41] In this case, it is clear from the evidence that the transaction was in substance intended to create a security interest: the purpose of that interest was to secure payment or performance of the obligations of Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal in relation to the increased credit limit for the MasterCard account. Moreover, the examples listed in s. 2(a)(i) of the *PPSA* of transactions to which the Act applies include “pledge”, and none of the exceptions to the application of the Act are relevant here. In sum, the *PPSA* applies to BMO’s interest in the shares credited to the investment account.

[42] Since the *PPSA* applies, BMO’s interest has to be shown to comply with its provisions. The interest could be enforced only as of the moment of “attachment” (*Bank of Montreal*, at para. 20).

relevés mensuels envoyés à BMO relativement au compte de placement désignaient celui-ci comme étant le « compte relatif au gage ».

[39] Le professeur MacDougall définit le gage de la façon suivante :

[TRADUCTION] Le gage consiste en la création d’un intérêt possessoire lorsque le débiteur — qu’on appelle l’emprunteur sur gage — transfère la possession d’un bien — qu’on appelle le gage (à l’instar de l’opération elle-même) — à un créancier — qu’on appelle le gagiste. Il s’agit d’une opération consensuelle [. . .] qui constitue une sorte de cautionnement. Le gage est particulier en ce qu’il confère au gagiste le droit de vendre les biens donnés en gage sans s’adresser à un tribunal. . .

. . .

Le gagiste acquiert un intérêt singulier dans la propriété des biens visés.

(B. MacDougall, *Personal Property Security Law in British Columbia* (2009), p. 35 (notes en bas de page omises))

[40] Vu l’approche fonctionnelle adoptée dans la *LSMO* pour déterminer quels intérêts dans les biens sont visés par ses dispositions, il faut tenir compte de la nature de l’opération entre M. Ablacksingh, M<sup>me</sup> Ramsackal et BMO, et non de la forme de celle-ci.

[41] En l’espèce, il ressort clairement de la preuve que l’opération visait à créer une sûreté en vue de garantir le paiement ou l’exécution des obligations de M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal en relation avec leur compte MasterCard, dont la limite de crédit avait été augmentée. De plus, le « gage » fait partie des opérations énumérées à l’al. 2a)(i) à titre d’exemples d’opérations visées par la *LSMO*, et aucune des exceptions prévues dans celle-ci ne s’applique en l’espèce. En somme, la *LSMO* s’applique à l’intérêt que BMO a acquis dans les actions.

[42] Comme la *LSMO* s’applique, il doit être établi que l’intérêt de BMO est conforme à ses dispositions. L’intérêt n’est opposable qu’à partir du moment où il « grève les biens » (*Banque de*

Attachment is a statutory condition that must be met for a security interest to be enforceable against third parties. The requirements for attachment are set out in s. 11 of the *PPSA*. When Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal signed the Collateral Agency Agreement, Schedule “A” to that agreement and the Notice and Direction relating to the shares credited to the investment account, that section read as follows:

11.—(1) A security interest is not enforceable against a third party unless it has attached.

(2) A security interest, including a security interest in the nature of a floating charge, attaches when,

- (a) the secured party or a person on behalf of the secured party other than the debtor or the debtor’s agent obtains possession of the collateral or when the debtor signs a security agreement that contains a description of the collateral sufficient to enable it to be identified;
- (b) value is given; and
- (c) the debtor has rights in the collateral . . .

[43] The first two requirements for attachment of a *PPSA* interest are easily met. First, as was set out above, the debtors Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal signed a security agreement that identified the collateral as the shares credited to the investment account. Second, it is clear that BMO gave value to the debtors by extending further credit on the MasterCard account of Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal.

[44] The real question is whether Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal had rights in the shares when they pledged them to BMO. What is considered as “rights” in the collateral encompasses a range of interests beyond legal and equitable title (see McLaren, at §2.01[2]). If Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal did not have any rights in the collateral, then by operation of the *nemo dat* rule, BMO could not have acquired a statutory security interest that would be enforceable against third parties. It is not disputed that Mr. Ablacksingh purchased the

*Montréal*, par. 20). Il s’agit d’une exigence législative qui doit être remplie pour qu’une sûreté soit opposable aux tiers. À cet égard, l’art. 11 de la *LSMO* prévoit les conditions devant être satisfaites pour que l’intérêt greve les biens. Voici le libellé de cet article à l’époque où M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal ont signé la convention de mandat relative aux biens grevés, l’annexe « A » de cette convention et le document intitulé « Avis et directives » :

11 (1) La sûreté n’est opposable aux tiers que si elle greve le bien.

(2) La sûreté, y compris celle qui tient de la charge flottante, ne greve le bien qu’à compter du moment où les conditions suivantes ont été remplies :

- a) le créancier garanti ou, pour le compte de ce dernier, une personne autre que le débiteur ou le mandataire du débiteur entre en possession du bien grevé, ou le débiteur signe un contrat de sûreté qui contient une description du bien grevé suffisante pour en permettre l’identification;
- b) une contrepartie est fournie;
- c) le débiteur a des droits sur le bien grevé.

[43] Les deux premières conditions pour que les biens en cause soient grevés d’un intérêt fondé sur la *LSMO* sont clairement remplies. Premièrement, comme je l’ai déjà expliqué, les débiteurs, M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal, ont signé un contrat de sûreté décrivant les actions comme biens grevés. Deuxièmement, il est clair que BMO a fourni une contrepartie en augmentant la limite de crédit du compte MasterCard de M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal.

[44] La véritable question est de savoir si M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal avaient des droits sur les actions au moment où ils les ont données en gage à BMO. Ce qui est considéré comme « droits » sur le bien grevé comprend une variété d’intérêts qui vont au-delà d’un titre de propriété au sens de la common law ou de l’equity (voir McLaren, à §2.01[2]). Si M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal n’avaient pas de droits sur le bien grevé, l’application de la règle *nemo dat quod non habet* fait en sorte que BMO n’a pu acquérir une sûreté d’origine

shares with funds attributable to the fraud. Thus, the focus of the inquiry must be on whether Mr. Ablacksingh's acquisition of the shares with funds he knew to have been obtained fraudulently under the agreements between i Trade and Webworx precluded him and his spouse from acquiring "rights" in the shares, which they later pledged to BMO as collateral.

[45] Fraud makes an agreement voidable, not void: A. Swan, *Canadian Contract Law* (2nd ed. 2009), at p. 656; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (5th ed. 2006), at p. 293; 434438 B.C. Ltd. v. R.S. & D. Contracting Ltd., 2002 BCCA 423, 171 B.C.A.C. 111, at para. 34. This long-standing proposition is exemplified by *Bawlf Grain Company v. Ross* (1917), 55 S.C.R. 232, in which Fitzpatrick C.J. wrote, at p. 233:

What is only voidable and not void cannot be held as invalid until it has been rescinded. It is not enough to avoid the contract, that nothing is done to affirm it, it must be disaffirmed. In *Deposit Life Assurance Co. v. Ayscough* [6 E. & B. 761], the defence was that the contract was induced by fraud and Lord Campbell C.J. said: —

It is now well settled that a contract tainted by fraud is not void, but only voidable at the election of the party defrauded.

See also *Allcroft v. Adams* (1907), 38 S.C.R. 365, at pp. 375-76, per Idington J.; *Racicot v. Bertrand*, [1979] 1 S.C.R. 441, at p. 453, citing *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330 (P.C.), at p. 339.

[46] When an agreement is induced by fraud, it is the innocent party's consent to the agreement that has been fraudulently obtained. As Professor Fridman says, "[a] contract resulting from a fraudulent misrepresentation may be avoided by the victim of the fraud. In such instances the apparent consent by the innocent party to the contract and

législative pouvant être opposée aux tiers. Nul ne conteste que M. Ablacksingh a acquis les actions à l'aide de fonds obtenus de manière frauduleuse. Par conséquent, l'analyse doit porter sur la question de savoir si le fait qu'il a acquis des actions tout en sachant que les fonds utilisés à cette fin avaient été frauduleusement obtenus à la suite d'ententes entre i Trade et Webworx les empêchait, lui et sa conjointe, d'acquérir des « droits » à l'égard des actions qu'ils ont ensuite données en gage à BMO.

[45] La fraude rend une entente annulable, mais pas forcément nulle : A. Swan, *Canadian Contract Law* (2<sup>e</sup> éd. 2009), p. 656; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2006), p. 293; 434438 B.C. Ltd. c. R.S. & D. Contracting Ltd., 2002 BCCA 423, 171 B.C.A.C. 111, par. 34. Ce principe établi de longue date est illustré dans *Bawlf Grain Company c. Ross* (1917), 55 R.C.S. 232, où le juge en chef Fitzpatrick a écrit ce qui suit (p. 233) :

[TRADUCTION] L'acte simplement annulable, mais qui n'est pas nul, ne peut être considéré invalide jusqu'à ce qu'il ait été effectivement annulé. Il ne suffit pas, pour annuler le contrat, que rien ne soit fait pour le confirmer; il faut le renier. Dans *Deposit Life Assurance Co. c. Ayscough* [6 E. & B. 761], où le moyen invoqué en défense était que la conclusion du contrat avait été entachée de fraude, le juge en chef lord Campbell a affirmé ce qui suit : —

Il est maintenant bien établi qu'un contrat entaché de fraude n'est pas nul, mais seulement annulable, au choix de la victime de la fraude.

Voir aussi les motifs du juge Idington dans *Allcroft c. Adams* (1907), 38 R.C.S. 365, p. 375-376; *Racicot c. Bertrand*, [1979] 1 R.C.S. 441, p. 453, citant *United Shoe Machinery Company of Canada c. Brunet*, [1909] A.C. 330 (P.C.), p. 339.

[46] Lorsque la conclusion d'un contrat est entachée de fraude, c'est le consentement donné par la partie innocente au contrat qui a été obtenu frauduleusement. Comme l'a dit le professeur Fridman, [TRADUCTION] « le contrat dont la conclusion résulte d'une fausse représentation frauduleuse peut être annulé par la victime de la fraude. Dans

its terms, is not a real consent [and it] may be revoked at his option” (p. 286 (footnotes omitted)). However, since the decision to revoke the consent and avoid the contract falls to the innocent party, that party may elect to waive the fraud and not to avoid the contract (Swan, at p. 657).

[47] The initial relationship between i Trade and Webworx was that of creditor and debtor. When it advanced funds to Webworx under the agreements, i Trade, as creditor, acquired a chose in action in the form of the debt obligation (*Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805, at para. 29). Concurrently, also pursuant to the agreements, it passed title to the funds to Webworx. There is no doubt that when it did so, i Trade consented to Webworx having use of the funds. For this reason, Webworx acquired an interest that entitled it to use the funds, subject only to i Trade revoking its consent to the agreements. The following comments from *Goode on Commercial Law* are helpful in describing the concepts of personal property law that are relevant here:

Interest is to be distinguished from title. A person’s interest in an asset denotes the quantum of rights over it which he enjoys against other persons, though not necessarily against *all* other persons. His title measures the strength of the interest he enjoys in relation to others. . . .

Title to an absolute interest may be defeasible either because it is the second-best title, . . . or because, though constituting the best title so long as it continues, it is subject to divestment, as where . . . the contract under which the title was acquired was a voidable title which has been avoided by the exercise of a right of rescission.

(E. McKendrick, ed. (4th ed. 2009), at pp. 34-35 (emphasis in original; footnotes omitted))

[48] In *R. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 51 O.R. (3d) 257 (C.A.), the Ontario Court of Appeal was confronted with a telemarketing scheme in which the fraudster,

un tel cas, le consentement apparent de la partie innocente n’est pas un consentement véritable [. . .] et elle a le choix de le révoquer » (p. 286 (notes en bas de page omises)). Cependant, comme il revient à la partie innocente de révoquer son consentement et de demander d’annuler le contrat, elle peut choisir de renoncer à invoquer la fraude et de ne pas demander d’annuler le contrat (Swan, p. 657).

[47] La relation initiale entre i Trade et Webworx était une relation créancier-débiteur. En avançant les fonds à Webworx conformément aux ententes conclues avec elle, i Trade acquérait, en sa qualité de créancière, un droit incorporel sous la forme d’une créance (*Citadelle (La), Cie d’assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805, par. 29). Elle transférait aussi la propriété des fonds à Webworx aux termes des mêmes ententes. Il ne fait aucun doute qu’à ce moment-là i Trade consentait à ce que Webworx utilise les fonds. Ainsi, cette dernière acquérait un intérêt qui lui permettait de les utiliser, sous la seule réserve de l’éventuelle révocation du consentement de i Trade aux ententes. Les observations ci-après formulées dans *Goode on Commercial Law* aident à décrire les concepts du droit des biens personnels qui sont pertinents en l’espèce :

[TRADUCTION] Il convient de faire la distinction entre intérêt et titre. L’intérêt d’une personne dans un bien désigne le faisceau de droits qu’elle détient sur ce bien, lesquels sont opposables à des tiers, mais pas nécessairement à *n’importe qui*. Son titre mesure la solidité de l’intérêt dont elle jouit par rapport aux autres. . . .

Le titre afférent à un intérêt absolu peut être annulable parce qu’il s’agit du deuxième meilleur titre [. . .] ou parce que, bien qu’il soit le meilleur titre tant qu’il demeure, il est sujet à révocation, notamment [. . .] dans le cas où le contrat en vertu duquel il a été acquis était annulable, et qu’il a effectivement été annulé par suite de l’exercice d’un droit de résiliation.

(E. McKendrick, dir. (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 34-35 (en italique dans l’original; notes en bas de page omises))

[48] Dans l’affaire *R. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2000), 51 O.R. (3d) 257 (C.A.), la Cour d’appel de l’Ontario devait examiner un stratagème de télémarketing frauduleux suivant lequel

Mr. Obront, had induced victims in the United States to purchase gemstones at inflated prices from his corporation, Royal International Collectibles (“R.I.C.”). The trial judge had ordered the forfeiture to the Crown of the proceeds of the fraudulent sales held in a U.S. dollar account in R.I.C.’s name at the Canadian Imperial Bank of Commerce, but the bank claimed to have a valid *PPSA* security interest in the funds in the account. In discussing whether R.I.C. had acquired rights in those funds that could ground the bank’s acquisition of a security interest, the Court of Appeal wrote (at para. 7):

In this case, the victims of the gem scam did not know they were victims and intended to forward their funds to R.I.C. in exchange for the gemstones which they received. The interest of R.I.C. in the funds was voidable but not void *ab initio*. The security interest of the bank was therefore able to attach to the funds deposited into the account.

[49] *Canadian Imperial Bank of Commerce* illustrates that when an innocent party consensually advances funds to another under an agreement, it voluntarily parts with those funds, and this divestiture conveys the right to use them. This right is subject to the innocent party avoiding the agreement by revoking their consent to it. Until that time, the agreement is effective by its terms.

[50] Consequently, when i Trade discovered the fraud, it was entitled to revoke its consent to its agreements with Webworx, avoid any further obligations it may have had to Webworx under the agreements, and seek remedies. However, it was not required to do so, since it could have sought other forms of recourse. At the time of the agreements, i Trade had voluntarily passed title to the monies, and it had to bear a risk of loss under the agreements. As A. Swan notes, at p. 656:

le fraudeur, M. Obront, incitait des victimes aux États-Unis à acheter de son entreprise, la Royal International Collectibles (« R.I.C. »), des pierres précieuses à un prix gonflé. Le juge de première instance avait ordonné la confiscation, en faveur de la Couronne, du produit des ventes frauduleuses versé dans un compte de fonds américains chez la Banque Canadienne Impériale de Commerce qui avait été ouvert au nom de la R.I.C. mais la banque prétendait posséder, à l’égard des fonds détenus dans ce compte, une sûreté valable au sens de la *LSMO*. En examinant la question de savoir si la R.I.C. avait acquis, à l’égard des fonds, des droits pouvant établir l’acquisition d’une sûreté par la banque, la Cour d’appel a écrit ce qui suit (par. 7) :

[TRADUCTION] En l’espèce, les victimes de la fraude ignoraient qu’elles étaient des victimes et elles avaient l’intention de transmettre leurs fonds à la R.I.C. en échange de pierres précieuses, qu’elles ont d’ailleurs reçues. L’intérêt de la R.I.C. dans les fonds était annulable, mais il n’était pas nul *ab initio*. La sûreté de la banque pouvait donc grever les fonds versés au compte.

[49] Cette affaire montre que la partie innocente qui consent à avancer des fonds à l’autre partie conformément à une entente intervenue entre elles le fait de son gré, et que cela confère à cette dernière le droit de les utiliser. Ce droit est subordonné à celui de la partie innocente de mettre fin à l’entente en révoquant son consentement, mais tant qu’elle n’a pas exercé ce droit, les dispositions de l’entente demeurent valides.

[50] Par conséquent, lorsque i Trade a découvert la fraude, elle pouvait révoquer son consentement aux ententes elles-mêmes, mettre fin à toute autre obligation qu’elle pouvait avoir à l’égard de Webworx en vertu des ententes, et chercher à obtenir réparation. Cependant, elle n’était pas tenue de le faire puisqu’elle pouvait choisir d’exercer d’autres recours. Au moment des ententes, i Trade transférait de son gré le droit de propriété qu’elle avait à l’égard des fonds en question et devait, selon les ententes, assumer un risque de perte. Comme le fait remarquer A. Swan, à la p. 656 :

If the contract is held to be voidable only, the risk of loss remains with the [initial] owner, for the contract with the rogue will not be rescinded in this situation and, as a result, title will have passed through the rogue and any subsequent *bona fide* purchaser will not be liable in conversion to the [initial] owner. It is far preferable that the loss remain with the [initial] owner, for that person had the better (and far cheaper) opportunity to avoid the risk entirely by requiring cash or some other secure form of payment.

[51] The evidence before the Court indicates that the fraud perpetrated by Mr. Ablacksingh and others became clear to i Trade on March 23, 2003. A Mareva injunction freezing the assets of Webworx, Mr. Ablacksingh and others was obtained by i Trade on March 28, 2003. That order was continued by a further order dated April 7, 2003. Meanwhile, i Trade had filed a statement of claim on April 4, 2003, and this ultimately led to Belobaba J.'s judgment of September 5, 2006. That judgment ordered rescission of the agreements between i Trade and Webworx.

[52] However, the evidence also indicates that before the foregoing chain of events transpired, Mr. Ablacksingh had received both pay cheques and corporate loans from Webworx that were funded by the advances i Trade had made to Webworx, and that those amounts had enabled him to purchase the shares that were credited to the investment account.

[53] The consequence of this chronology is that before i Trade discovered the fraud and initiated civil proceedings, Webworx had i Trade's consent under the agreements to use the money advanced by i Trade. Since Webworx was the vehicle used by Mr. Ablacksingh to perpetrate the fraud, that company was itself a party to the fraud, but this does not mean that Webworx was not entitled to use the funds. At the time Webworx was issuing pay cheques and corporate loans to Mr. Ablacksingh, i Trade's consent had not been revoked and the agreements remained effective. Webworx was therefore able to pass its interest in the funds to Mr. Ablacksingh, and i Trade had to bear a risk of loss.

[TRADUCTION] Si le contrat est jugé annulable seulement, c'est le propriétaire [original] qui assume le risque de perte puisque le contrat conclu avec le fraudeur ne sera pas annulé dans cette situation; le droit de propriété aura donc été transféré au fraudeur, et tout acquéreur subséquent de bonne foi ne pourra être tenu responsable de détournement vis-à-vis le propriétaire [original]. Il est de loin préférable que ce soit le propriétaire [original] qui assume la perte puisqu'il est le mieux placé pour éviter entièrement le risque (et pour le faire de la façon de loin la plus économique) en exigeant un paiement en espèces ou toute autre forme de paiement fiable.

[51] Il ressort de la preuve dont dispose la Cour que c'est le 23 mars 2003 que i Trade a découvert la fraude commise par M. Ablacksingh et d'autres personnes. Le 28 mars suivant, i Trade a obtenu une injonction Mareva gelant les biens de Webworx, de M. Ablacksingh et des autres intéressés, injonction maintenue par une ordonnance datée du 7 avril 2003. Dans l'intervalle, i Trade a intenté une action, le 4 avril 2003, qui a finalement mené au jugement du 5 septembre 2006, dans lequel le juge Belobaba a ordonné l'annulation des ententes qui liaient i Trade et Webworx.

[52] Cependant, la preuve indique également qu'avant ces événements M. Ablacksingh avait reçu de Webworx à même les fonds avancés par i Trade des chèques de paie et des prêts d'entreprise, et que cela lui avait permis d'acheter les actions.

[53] Il ressort de cette suite d'événements qu'avant que i Trade ne découvre la fraude et n'intente son action au civil, Webworx disposait, aux termes des ententes conclues avec i Trade, du consentement de cette dernière à ce qu'elle utilise les fonds. Webworx a été utilisée par M. Ablacksingh pour commettre sa fraude. Ce fait rendait Webworx complice, mais n'éteignait pas son droit d'utiliser les fonds. À l'époque où Webworx a remis les chèques de paie et accordé des prêts d'entreprise à M. Ablacksingh, i Trade n'avait pas révoqué son consentement et les ententes étaient toujours valides. Webworx pouvait donc transmettre à M. Ablacksingh son intérêt dans les fonds et i Trade devait assumer un risque de perte.



[54] I cannot agree with the distinction drawn by i Trade on the basis of the fact that Webworx, rather than Mr. Ablacksingh, was the party to which i Trade advanced the funds. Nor can I accede to the corollary argument that Mr. Ablacksingh was unable to use the funds to acquire an interest in the shares credited, in his name and that of his spouse, to the investment account. The key is that at the time Webworx acquired the funds, it had i Trade's *consent* to their use, which brings into play the principle that a contract tainted by fraud is not void, but voidable. Webworx was entitled to use the funds. In turn, Mr. Ablacksingh was able to acquire the same interest in the funds as Webworx, and the funds were used to purchase the shares.

[55] According to i Trade, to countenance this outcome would amount either to inappropriately lifting Webworx's corporate veil so as to favour Mr. Ablacksingh, or to sanctioning criminal activity. I do not accept these characterizations. Mr. Ablacksingh received no greater interest in the funds from Webworx than Webworx had received from i Trade. Because Webworx was entitled to use the funds, Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal were able to acquire "rights" in the shares using the proceeds of the pay cheques and of the corporate loans. As a result, they had "rights" in the collateral that were sufficient for them to pledge the shares to BMO and thereby create a security interest: see, e.g., Cuming, Walsh and Wood, who give the example (at p. 422) of a trustee who grants a security interest in the property held in trust and who, even though this was done in breach of the trust, holds sufficient title in that property for the interest to attach to the property.

[56] The documents related to the pledge of the shares credited to the investment account were executed in August 2002, and Mr. Ablacksingh and Ms. Ramsackal signed the Notice and Direction on February 21, 2003, that is, before the orders rescinding the agreements with i Trade and authorizing that company to trace the funds into the hands of persons other than "*bona fide* purchasers for value without notice". BMO's interest in the shares credited to the investment account could

[54] Je ne peux souscrire à la thèse de i Trade que comme c'est à Webworx, et non à M. Ablacksingh, qu'elle avait avancé les fonds, ce dernier ne pouvait s'en servir pour acquérir, en son nom et au nom de son épouse, un intérêt dans les actions. La considération principale est qu'à l'époque où Webworx a acquis les fonds i Trade *consentait* à ce qu'elle les utilise, ce qui fait intervenir le principe selon lequel le contrat entaché de fraude n'est pas nul, mais simplement annulable. Webworx avait donc un intérêt dans les fonds qui lui permettait de les utiliser. Par la suite, M. Ablacksingh a acquis ce même intérêt, ce qui lui a permis d'acheter les actions.

[55] Selon i Trade, tolérer un pareil résultat équivaudrait soit à indûment lever le voile corporatif de Webworx de façon à favoriser M. Ablacksingh, soit à sanctionner des activités criminelles. Je n'accepte pas ce point de vue. Monsieur Ablacksingh n'a pas reçu de Webworx un intérêt supérieur à celui que Webworx avait reçu de i Trade. Comme Webworx avait le droit d'utiliser les fonds, M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal ont pu acquérir, en utilisant le produit des chèques de paie et des prêts d'entreprise, des « droits » à l'égard des actions tels qu'ils pouvaient donner les actions en gage à BMO et, par conséquent, les grever d'une sûreté : voir, p. ex., Cuming, Walsh et Wood, qui donnent l'exemple (à la p. 422) du fiduciaire qui greève d'une sûreté le bien détenu en fiducie et qui, bien qu'ayant agi en violation des conditions de celle-ci, conserve à l'égard du bien un droit suffisant dans la propriété pour que l'intérêt greève le bien.

[56] Les documents relatifs à la mise en gage des actions ont été signés en août 2002, et le document intitulé « Avis et directives » a été signé par M. Ablacksingh et M<sup>me</sup> Ramsackal le 21 février 2003, soit avant les ordonnances annulant les ententes conclues avec i Trade et autorisant celle-ci à suivre les fonds entre les mains de personnes autres que des « acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable ». BMO possédait donc, à l'égard des actions, un intérêt

therefore attach, giving it an enforceable *PPSA* security interest.

[57] I will now consider whether BMO's receipt of the pledge, which gave it an enforceable *PPSA* security interest, also made it a "purchaser" and thereby qualified it for the *bona fide* purchaser for value without notice exception set out in Belobaba J.'s order.

C. *Resolution of the Competing Claims of i Trade and BMO to the Disputed Funds*

[58] The *PPSA*'s priority rules do not apply here. Although BMO's interest is covered by the *PPSA*, i Trade's interest is not. As pervasive as it may be, the *PPSA* provides that, insofar as the principles of law and equity are not inconsistent with its express provisions, they supplement it and continue to apply. Section 72 reads:

72. Except in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, the principles of law and equity, including the law merchant, the law relating to capacity to contract, principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake and other validating or invalidating rules of law, shall supplement this Act and shall continue to apply.

[59] Recourse to the principles of law and equity does not render the *PPSA* meaningless. That Act continues to apply to BMO's statutory security interest. I find the following comment of the Court in *Bank of Montreal* (at para. 30) regarding the Saskatchewan *PPSA* illustrative of this point:

It is true that the internal priority rules of the *PPSA* cannot be invoked to resolve the dispute. However, it does not follow that the provincial security interest created under the *PPSA* does not exist outside these priority rules.

[60] Traditionally, the fact that a party is a *bona fide* purchaser for value without notice has been an equitable defence. Professor Smith describes this defence as follows:

qui lui conférait une sûreté opposable au sens de la *LSMO*.

[57] Je vais maintenant examiner si le fait que BMO a reçu un gage qui lui conférait une sûreté opposable au sens de la *LSMO* faisait d'elle un « acquéreur » de telle sorte qu'elle était visée par l'exception relative à l'acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable formulée dans l'ordonnance du juge Belobaba.

C. *Règlement des demandes concurrentes de i Trade et de BMO*

[58] Les règles de priorité de la *LSMO* ne s'appliquent pas en l'espèce, car celle-ci régit l'intérêt de BMO mais pas celui de i Trade. En dépit de la large portée de la *LSMO*, cette loi prévoit tout de même que, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ses dispositions expresses, les principes de common law et d'equity continuent de s'appliquer. Voici le libellé de son art. 72 :

72 Les principes de common law et d'equity, y compris ceux du droit commercial, du droit relatif à la capacité de contracter, du droit du mandat ou du droit relatif à la préclusion, à la fraude, aux fausses déclarations, à la contrainte, à la coercition ou à l'erreur, ainsi que les autres règles de droit portant validité ou nullité, s'ajoutent à la présente loi et continuent de s'appliquer, sauf dans la mesure où ils sont incompatibles avec les dispositions expresses de la présente loi.

[59] Le recours aux principes de common law et d'equity ne vide pas la *LSMO* de son sens, car celle-ci continue de s'appliquer à la sûreté d'origine législative que possède BMO. J'estime que les remarques suivantes que la Cour a faites dans *Banque de Montréal* (par. 30) à propos de la *Personal Property Security Act* de la Saskatchewan illustrent bien ce point :

Certes, il n'est pas possible de résoudre le conflit en appliquant les règles de priorité internes établies par la *PPSA*. Il ne s'ensuit toutefois pas que la sûreté provinciale créée en application de la *PPSA* n'existe pas au-delà de ces règles de priorité.

[60] Traditionnellement, la qualité d'acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable constitue un moyen de défense en equity. Le professeur Smith le décrit de la façon suivante :

The full name of the equitable defence is ‘bona fide purchase of a legal interest for value without notice of a pre-existing equitable interest.’ The effect of the defence is to allow the defendant to hold its legal proprietary rights unencumbered by the pre-existing equitable proprietary rights. In other terms, where the defence operates, the pre-existing equitable proprietary rights are stripped away and lost in the transaction by which the defendant acquires its legal proprietary rights.

(L. Smith, *The Law of Tracing* (1997), at p. 386 (footnote omitted))

[61] In the case at bar, the transaction by which BMO acquired its rights was the pledge. The enforceable interest acquired by BMO in this transaction is a security interest that was created by statute and is recognized at law (*Bank of Montreal*, at para. 42). As I explained above, the statutory security interest replaced the common law pledge. If BMO is found to be a *bona fide* purchaser for value without notice, therefore, i Trade’s equitable proprietary right will be defeated by the transaction in which BMO acquired its statutory security interest.

[62] There is no dispute that if BMO is a “purchaser”, its purchase was *bona fide* and was made for value (the increased credit extended on the MasterCard account) and without notice. It remains to be determined whether BMO is in fact a purchaser.

[63] The *PPSA* expressly defines “purchase” and “purchaser”:

1.—(1) In this Act,

. . . .

“purchase” includes taking by sale, lease, negotiation, mortgage, pledge, lien, gift or any other consensual transaction creating an interest in personal property;

. . . .

[TRADUCTION] Le nom complet du moyen de défense en equity est « acquisition de bonne foi d’un intérêt légal à titre onéreux et sans connaissance préalable d’un intérêt préexistant en equity. » Il permet au défendeur de détenir ses droits de propriété en common law sans qu’ils ne soient entravés par les droits de propriété en equity préexistants. En d’autres termes, lorsque ce moyen de défense est invoqué, les droits de propriété en equity préexistants s’éteignent par le biais de l’opération par laquelle le défendeur acquiert ses droits de propriété en common law.

(L. Smith, *The Law of Tracing* (1997), p. 386 (note en bas de page omise))

[61] En l’espèce, l’opération par laquelle BMO a acquis ses droits est la mise en gage, et la sûreté opposable qui en résulte en est une d’origine législative qui, à ce titre, est reconnue en droit (*Banque de Montréal*, par. 42). Comme je l’ai expliqué plus tôt, la sûreté d’origine législative a remplacé le gage de la common law. Par conséquent, s’il est conclu que BMO a la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable, le droit de propriété en equity de i Trade sera mis en échec par l’opération par laquelle BMO a acquis sa sûreté d’origine législative.

[62] Il ne fait aucun doute que si BMO avait la qualité d’« acquéreur », elle en était un de bonne foi, et avait acquis les biens en cause à titre onéreux (ayant augmenté la limite de crédit du compte MasterCard) sans connaissance préalable. Cependant, la question de savoir si BMO avait bel et bien cette qualité reste à trancher.

[63] La *LSMO* définit expressément les termes « acquéreur » et « acquisition » :

1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

« acquéreur » Personne qui prend possession par voie d’acquisition.

« acquisition » S’entend notamment de la constitution d’un intérêt sur un bien meuble, notamment par voie d’achat, de location à bail, de négociation,

“purchaser” means a person who takes by purchase;

d’hypothèque, de mise en gage, de privilège, de don ou de toute autre opération consensuelle.

[64] In addition, a purchaser, as understood in equity, is “a person who acquires *any* interest in property, whatever its quantum and whether absolutely or by way of security” (Ziegel and Denomme, at p. 26 (emphasis in original)).

[64] De plus, en equity, l’acquéreur est [TRADUCTION] « la personne qui acquiert *tout* intérêt dans un bien, peu importe sa valeur, qu’il s’agisse d’un intérêt absolu ou d’une sûreté » (Ziegel et Denomme, p. 26 (en italique dans l’original)).

[65] Thus, BMO fits both the definition of “purchaser” in the *PPSA* and the meaning of that term as understood in equity, because it acquired a pledge of — that is, an interest in — the shares credited to the investment account.

[65] Par conséquent, BMO avait la qualité d’« acquéreur » tant au sens de la *LSMO* qu’en equity car elle avait acquis un gage, soit un intérêt dans les actions.

[66] I therefore conclude that the transaction by which BMO acquired its enforceable *PPSA* security interest made it a “purchaser” within the meaning of the words “*bona fide* purchasers for value without notice”. BMO falls within the exception to the tracing order issued by Belobaba J. Consequently, any interest asserted against BMO by i Trade on the basis of Belobaba J.’s judgment will fail by virtue of the very terms of the order.

[66] Je conclus donc que l’opération par laquelle BMO a acquis une sûreté opposable au sens de la *LSMO* lui a conféré la qualité d’« acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable » et qu’à ce titre elle était visée par l’exception au droit de suite formulée dans l’ordonnance du juge Belobaba. Par conséquent, tout intérêt que i Trade souhaite faire valoir en invoquant le jugement du juge Belobaba cède devant le droit de BMO, et ce en raison de l’ordonnance elle-même.

[67] Since i Trade’s interest in the disputed funds has been defeated by the transaction in which BMO acquired an enforceable security interest under the *PPSA*, i Trade cannot succeed in this appeal. Its right to recover the disputed funds instead of BMO is limited by the tracing order and does not overcome the fact that BMO is a *bona fide* purchaser for value without notice.

[67] Comme l’intérêt de i Trade dans la somme en litige est mis en échec en raison de l’opération dans laquelle BMO a acquis une sûreté opposable au sens de la *LSMO*, i Trade ne saurait avoir gain de cause dans le présent pourvoi. Le droit de i Trade de recouvrer la somme en litige est restreint par l’ordonnance lui accordant un droit de suite, et il ne l’emporte pas sur le fait que la qualité d’acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable est reconnue à BMO.

## VI. Disposition

[68] For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Seon Gutstadt Lash, North York.*

## VI. Dispositif

[68] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l’appelante : Seon Gutstadt Lash, North York.*

*Solicitors for the respondent: Rubenstein,  
Siegel, North York.*

*Procureurs de l'intimée : Rubenstein, Siegel,  
North York.*

**Masterpiece Inc.** *Appellant*

v.

**Alavida Lifestyles Inc.** *Respondent*

and

**International Trademark  
Association** *Intervener*

**INDEXED AS: MASTERPIECE INC. v. ALAVIDA  
LIFESTYLES INC.**

**2011 SCC 27**

File No.: 33459.

2010: December 8; 2011: May 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Intellectual property — Trade-marks — Confusion — Alberta company using unregistered trade-marks prior to Ontario company's registration of similar trade-mark — Alberta company applying to expunge Ontario company's trade-mark registration from register of trade-marks — Whether location where mark used is relevant to confusion analysis — What considerations are applicable in assessment of resemblance between proposed use trade-mark and existing unregistered trade-mark — How nature and cost of wares or services affects confusion analysis — Use of expert evidence in confusion analysis — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 6, 16(3), 17, 19, 20, 21, 30, 35, 40(2), 57(1).*

Masterpiece Inc. and Alavida Lifestyles Inc. (“Alavida”) are both involved in the retirement residence industry. Since 2001, Masterpiece Inc., operating in Alberta, has used several unregistered trade-marks, including “Masterpiece the Art of Living”. Alavida, operating in Ontario, entered the market in 2005 and applied to register the trade-mark “Masterpiece Living” on December 1, 2005 on the basis of a proposed use.

**Masterpiece Inc.** *Appelante*

c.

**Alavida Lifestyles Inc.** *Intimée*

et

**International Trademark  
Association** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : MASTERPIECE INC. c. ALAVIDA  
LIFESTYLES INC.**

**2011 CSC 27**

N° du greffe : 33459.

2010 : 8 décembre; 2011 : 26 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Propriété intellectuelle — Marques de commerce — Confusion — Société albertaine employant des marques de commerce non déposées avant qu'une société ontarienne ne fasse enregistrer une marque de commerce similaire — Demande de la société albertaine visant à faire biffer l'enregistrement de la marque de commerce de la société ontarienne dans le registre des marques de commerce — Le lieu où la marque est employée est-il pertinent en ce qui concerne l'analyse relative à la confusion? — De quels facteurs faut-il tenir compte pour évaluer la ressemblance entre une marque de commerce dont l'emploi est projeté et une marque de commerce employée mais non déposée? — Incidence de la nature et du coût des marchandises ou des services sur l'analyse relative à la confusion — Utilisation de la preuve d'expert dans l'analyse relative à la confusion — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6, 16(3), 17, 19, 20, 21, 30, 35, 40(2), 57(1).*

Masterpiece Inc. et Alavida Lifestyles Inc. (« Alavida ») font toutes les deux des affaires dans le secteur des résidences pour personnes âgées. Depuis 2001, Masterpiece Inc., qui exerce ses activités en Alberta, emploie plusieurs marques de commerce non déposées, y compris « Masterpiece the Art of Living ». Alavida, qui exerce ses activités en Ontario, a commencé à faire des affaires en 2005 et

Alavida began using this trade-mark in January 2006. Shortly after Alavida's application, Masterpiece Inc. also began using "Masterpiece Living" and applied to register it and the word "Masterpiece" as its trade-marks in 2006. Because of Alavida's prior application, which was eventually granted, Masterpiece Inc.'s applications were denied. Masterpiece Inc.'s subsequent application to expunge Alavida's registration was dismissed by the trial judge who concluded that there was no likelihood of confusion between Alavida's and Masterpiece Inc.'s marks. That decision was upheld on appeal.

*Held:* The appeal should be allowed and Alavida's registration should be expunged.

This case concerns the basic approach and criteria applicable to the confusion analysis and in particular, whether there was a likelihood of confusion between Alavida's trade-mark and Masterpiece Inc.'s trade-name and trade-marks pursuant to s. 6 of the *Trade-marks Act*. The test is whether, as a matter of first impression, the "casual consumer somewhat in a hurry" who encounters the Alavida trade-mark, with no more than an imperfect recollection of any one of the Masterpiece Inc. trade-marks or trade-name, would be likely to think that Alavida was the same source of retirement residence services as Masterpiece Inc. Section 6(5) sets out the required approach to a confusion analysis. All surrounding circumstances must be considered, including: (a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and extent to which they have become known; (b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use; (c) the nature of the wares, services or business; (d) the nature of the trade; and (e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

The first issue to be determined is whether the location where a mark is used is relevant when considering the likelihood of confusion between a registered trade-mark and a prior unregistered one. Generally, pursuant to s. 19, the owner of a registered trade-mark is entitled

demandé l'enregistrement de la marque de commerce « Masterpiece Living » le 1<sup>er</sup> décembre 2005 au motif qu'elle en projetait l'emploi. Alavida a commencé à employer cette marque de commerce en janvier 2006. Peu de temps après le dépôt de la demande d'Alavida, Masterpiece Inc. a commencé à employer elle aussi « Masterpiece Living » et, en 2006, a demandé l'enregistrement de cette marque de commerce ainsi que de la marque de commerce « Masterpiece ». La demande antérieure d'Alavida ayant finalement été accordée, les demandes de Masterpiece Inc. ont été rejetées. Par la suite, Masterpiece Inc. a produit une demande visant à faire biffer l'enregistrement de la marque de commerce d'Alavida, mais cette demande a été rejetée par le juge de première instance, qui a conclu à l'absence de probabilité que les marques de Masterpiece Inc. et la marque d'Alavida créent de la confusion. Cette décision a été maintenue en appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la marque de commerce d'Alavida doit être biffée.

La présente affaire porte sur la façon fondamentale d'aborder l'analyse relative à la confusion et sur les critères qu'il convient d'appliquer à cet égard. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si la marque de commerce d'Alavida et les marques de commerce et le nom commercial de Masterpiece Inc. créent de la confusion au sens de l'art. 6 de la *Loi sur les marques de commerce*. Le critère est de savoir si, à partir de sa première impression, le « consommateur ordinaire plutôt pressé » qui voit la marque de commerce d'Alavida alors qu'il n'a qu'un vague souvenir de l'une ou l'autre des marques de commerce ou du nom commercial de Masterpiece Inc. considérerait probablement qu'Alavida et Masterpiece Inc. constituent un seul et même fournisseur de services de résidence pour personnes âgées. Le paragraphe 6(5) de la Loi établit la démarche à suivre dans l'analyse relative à la confusion. Il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris : a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou des noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus; b) la période durant laquelle les marques de commerce ou les noms commerciaux ont été en usage; c) le genre de marchandises, services ou entreprises; d) la nature du commerce; et e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

La première question à trancher est de savoir si l'endroit où les marques sont employées est pertinent lorsqu'il s'agit de décider s'il existe une probabilité qu'une marque de commerce déposée crée de la confusion avec une marque de commerce non déposée mais

to the exclusive use of that mark throughout Canada. The test for confusion is based upon the hypothetical assumption that the trade-names and trade-marks are used “in the same area”, irrespective of whether this is actually the case. In order for the owner of a registered trade-mark to have exclusive use of the trade-mark throughout Canada, there cannot be a likelihood of confusion with another trade-mark anywhere in the country. For this reason, the location where the marks were actually used is not relevant.

The second question involves the considerations applicable in the assessment of the resemblance between a proposed use trade-mark and an existing unregistered trade-mark. It is the use of a trade-mark and not registration itself that confers priority of title and the exclusive right to the trade-mark. Rights are granted to the first user of a trade-mark in two ways under the Act. First, under s. 16, a party normally gains a priority right to register a trade-mark when it first uses that trade-mark. Second, a user is also able to oppose applications, or apply to expunge registrations based on its earlier use of a confusing trade-mark. Section 16(3) of the Act recognizes the right of a prior user against any application for registration based upon subsequent use. Masterpiece Inc. could apply to expunge Alavida’s trade-mark pursuant to s. 16(3) of the Act on the grounds of likelihood of confusion between Alavida’s trade-mark and any of its trade-marks that had been in use before December 1, 2005. Further, Masterpiece Inc. was entitled to have each of its marks separately compared to Alavida’s “Masterpiece Living”. The trial judge erred in undertaking a single composite analysis, considering resemblance between “Masterpiece Living” and all of Masterpiece Inc.’s trade-marks and trade-name generally. Most confusion analyses should commence with an assessment of the resemblance between the marks in issue. The trial judge erred in considering Alavida’s actual use of its mark rather than addressing the entire scope of exclusive rights and potential uses that were granted to Alavida under its registration. His approach did not recognize that Alavida was entitled to use the protected words in any form including a format that closely resembled Masterpiece Inc.’s marks. Here, because Alavida’s proposed trade-mark is only the words “Masterpiece Living”, the difference or similarity with each of Masterpiece Inc.’s trade-marks and trade-name must be assessed on the basis of these words alone. The striking or unique aspect of each trade-mark is the word “Masterpiece”. The idea evoked by each is also the same: high quality retirement lifestyle. Clearly,

déjà employée. De façon générale, selon l’art. 19, le propriétaire d’une marque de commerce déposée a le droit exclusif à l’emploi de celle-ci dans tout le Canada. Le critère qu’il convient d’appliquer pour décider s’il y a confusion est fondé sur l’hypothèse que les noms commerciaux et les marques de commerce sont employés « dans la même région », que ce soit le cas ou non. Pour que le propriétaire d’une marque de commerce déposée ait le droit exclusif à l’emploi de celle-ci dans tout le Canada, il ne faut pas qu’elle soit susceptible de créer de la confusion avec une autre marque de commerce à quelque autre endroit que ce soit au pays. Pour cette raison, l’endroit où les marques ont été réellement employées n’est pas pertinent.

La deuxième question à trancher est de savoir quels facteurs il convient de prendre en compte pour évaluer la ressemblance entre une marque de commerce dont l’emploi est projeté et une marque de commerce employée mais non déposée. C’est l’emploi d’une marque de commerce et non l’enregistrement qui confère un droit prioritaire sur la marque et le droit exclusif de l’employer. La Loi confère des droits de deux façons au premier utilisateur d’une marque de commerce. D’une part, selon l’art. 16, la partie qui est la première à employer la marque de commerce obtient normalement un droit prioritaire de l’enregistrer. D’autre part, l’utilisateur de la marque de commerce peut s’opposer aux demandes d’enregistrement d’autres personnes ou encore demander que des enregistrements soient biffés au motif qu’il emploie déjà une marque de commerce créant de la confusion. Le paragraphe 16(3) de la Loi reconnaît à l’utilisateur d’une marque de commerce le droit de s’opposer à toute demande d’enregistrement d’une marque au motif qu’il employait déjà sa marque au moment du dépôt de la demande. Masterpiece Inc. pouvait demander au registraire de biffer la marque de commerce d’Alavida en conformité avec le par. 16(3) de la Loi en invoquant la probabilité de confusion entre cette marque et l’une ou l’autre des marques de commerce qu’elle avait employées avant le 1<sup>er</sup> décembre 2005. En outre, Masterpiece Inc. avait le droit de faire comparer séparément chacune de ses marques de commerce à la marque de commerce « Masterpiece Living » d’Alavida. Le juge de première instance a commis une erreur en se livrant à une analyse globale dans laquelle il a examiné de façon générale la ressemblance entre la marque « Masterpiece Living » et l’ensemble des marques de commerce ainsi que le nom commercial de Masterpiece Inc. Dans la plupart des cas, l’évaluation de la ressemblance entre les marques en cause devrait constituer le point de départ de l’analyse relative à la confusion. Le juge de première instance a commis une erreur en n’examinant que l’emploi qu’Alavida faisait réellement de sa marque au lieu de tenir compte de toute la portée



there is a strong resemblance between “Masterpiece the Art of Living” and “Masterpieecc Living”.

A third issue is what effect the nature of the business and cost of the wares or services has in the confusion analysis. Here, the trial judge erred in considering that consumers of expensive goods and services would generally take considerable time to inform themselves about the source of those goods and services to suggest a reduced likelihood of confusion. Confusion must instead be assessed from the perspective of the first impression of the consumer approaching a costly purchase when he or she encounters the trade-mark. The possibility that careful research could later remedy confusion does not mean that no confusion ever existed or that it would not continue to exist in the minds of consumers who did not carry out that research. The trial judge’s consideration should have been limited to how a consumer, upon encountering the Alavida mark in the marketplace, with an imperfect recollection of the Masterpiece Inc. marks, would have reacted. In circumstances where a strong resemblance suggests a likelihood of confusion, and the other *s. 6(5)* factors do not point strongly against a likelihood of confusion, cost is unlikely to lead to a different conclusion.

A final issue is the role of expert evidence in the trade-mark confusion analysis. Generally, an expert should only be permitted to testify if the testimony is likely to be outside the experience and knowledge of the judge. Where the “casual consumer” is not particularly knowledgeable and there is a resemblance between the marks, expert evidence that simply assesses that resemblance will not usually be necessary. Judges should

des droits exclusifs que l’enregistrement de la marque conférerait à Alavida et des autres emplois qui pouvaient en être faits. Son approche ne reconnaissait pas qu’Alavida avait le droit d’employer les mots protégés sous la forme de son choix, y compris une forme qui ressemblait beaucoup à celle des marques de Masterpiece Inc. En l’espèce, comme la marque de commerce projetée d’Alavida n’est constituée que des mots « Masterpiece Living », la différence ou la similitude entre cette marque et chacune des marques de commerce de Masterpiece Inc. ainsi que le nom commercial de cette dernière s’apprécie uniquement en fonction de ces mots. L’aspect frappant ou unique de chaque marque de commerce est le mot « Masterpiece ». L’idée évoquée par chaque marque est également la même, à savoir la retraite dans le luxe. Il existe clairement une forte ressemblance entre « Masterpiece the Art of Living » et « Masterpiece Living ».

La troisième question à trancher est de savoir quelle est l’incidence de la nature et du coût des marchandises ou des services en cause sur l’analyse relative à la confusion. En l’espèce, le juge de première instance a commis une erreur en estimant que le fait qu’en général le consommateur à la recherche de biens et de services onéreux consacre un temps appréciable à s’informer sur la source de tels biens et services donne à penser que la probabilité de confusion dans un tel cas sera moins grande. Il convient plutôt d’évaluer la confusion en se fondant sur la première impression du consommateur s’apprêtant à faire un achat coûteux lorsqu’il voit la marque de commerce. La possibilité que des recherches approfondies puissent ultérieurement dissiper la confusion ne signifie pas qu’elle n’a jamais existé ou qu’elle cesserait de subsister dans l’esprit du consommateur qui n’a pas fait de telles recherches. Le juge de première instance aurait plutôt dû s’en tenir à la question de savoir comment le consommateur ayant un vague souvenir des marques de Masterpiece Inc. aurait réagi en voyant la marque d’Alavida. La question du coût ne mènera vraisemblablement pas à une conclusion différente dans les cas où l’existence d’une forte ressemblance donne à penser qu’il y a une probabilité de confusion et où les autres facteurs énoncés au par. 6(5) de la Loi ne militent pas fortement contre l’existence d’une telle probabilité.

La dernière question à trancher est de savoir quel est le rôle de la preuve d’expert dans l’analyse relative à la confusion. En général, l’expert ne doit être autorisé à témoigner que si son témoignage contient des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l’expérience et la connaissance du juge. Dans les cas où le « consommateur ordinaire » n’est pas censé posséder des connaissances particulières et où il existe une

consider the marks at issue, each as a whole, but having regard to the dominant or most striking or unique feature of the trade-mark, using their own common sense, to determine whether the casual consumer would be likely to be confused when first encountering the trade-mark. In this case, Alavida's expert engaged in a discussion of morphology and semantics instead of considering the marks as a whole. He also based his analysis on Alavida's actual post-registration use, rather than the full scope of rights granted to Alavida under its registration. Masterpiece Inc.'s survey was similarly unhelpful because it attempted to simulate consumers with an "imperfect recollection" when none was available. For this reason, the survey was not a valid assessment of the relevant question. Judges should be careful to question the necessity and relevance of such evidence, perhaps as part of a case management process, particularly in light of the substantial cost of evidence that may be of little utility.

Considering all the circumstances of the case, and particularly the strong similarity between Alavida's "Masterpiece Living" and Masterpiece Inc.'s "Masterpiece the Art of Living", Masterpiece Inc. has proven that the use of Alavida's trade-mark in the same area as those of Masterpiece Inc.'s would be likely to lead to the inference that the services associated with Masterpiece Inc.'s trade-marks were being performed by Alavida. Because Masterpiece Inc.'s use preceded Alavida's proposed use, Alavida was not entitled under s. 16(3) to registration of its trade-mark and it should be expunged from the register.

### Cases Cited

**Applied:** *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; **considered:** *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Ultravite Laboratories Ltd. v. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] S.C.R. 734; *esure Insurance Ltd. v. Direct Line Insurance plc*, 2008 EWCA Civ 842, [2008] R.P.C. 34; *General Electric Co. v. The General*

ressemblance entre les marques, il n'est généralement pas nécessaire de soumettre une preuve d'expert qui ne fournit qu'une simple appréciation de cette ressemblance. Les juges doivent examiner chaque marque litigieuse globalement, mais aussi eu égard à la caractéristique dominante de chacune, sa caractéristique la plus frappante ou singulière, en faisant appel à leur bon sens pour décider s'il y aurait probabilité de confusion chez le consommateur ordinaire qui voit la marque pour la première fois. En l'espèce, l'expert d'Alavida a fait une analyse de la morphologie et de la sémantique au lieu d'apprécier les marques globalement. Il a également fondé son analyse sur l'emploi qu'Alavida a réellement fait de sa marque après l'avoir fait enregistrer, au lieu de tenir compte de toute la portée des droits exclusifs que l'enregistrement de la marque conférerait à Alavida. De même, le sondage invoqué par Masterpiece Inc. n'était d'aucune utilité car il tentait de simuler l'existence de consommateurs avec un « vague souvenir » alors qu'il n'en existait pas. Pour cette raison, le sondage ne constituait pas une appréciation valable de la question pertinente. Les juges devraient s'interroger sur la nécessité et l'utilité d'une telle preuve, peut-être au stade de la gestion de l'instance, en particulier de manière à éviter que des ressources considérables soient consacrées à une preuve peu utile.

La prise en compte de toutes les circonstances de l'espèce, et particulièrement la très grande ressemblance entre la marque de commerce « Masterpiece Living » d'Alavida et la marque de commerce « Masterpiece the Art of Living » de Masterpiece Inc., amène à conclure que cette dernière a prouvé que l'emploi de la marque de commerce d'Alavida dans la même région que celle où ses marques sont employées serait susceptible de faire conclure que les services liés aux marques de commerce de Masterpiece Inc. sont fournis par Alavida. Comme l'emploi par Masterpiece Inc. a précédé celui projeté par Alavida, cette dernière n'avait pas droit à l'enregistrement de sa marque de commerce en vertu du par. 16(3), et celle-ci doit être biffée du registre.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; **arrêts examinés :** *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Ultravite Laboratories Ltd. c. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] R.C.S. 734; *esure Insurance Ltd. c. Direct Line Insurance plc*, 2008 EWCA Civ 842, [2008] R.P.C. 34; *General*

*Electric Co. Ltd.*, [1972] All E.R. 507; **referred to:** *Partlo v. Todd* (1888), 17 S.C.R. 196; *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] S.C.R. 192; *Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 511, aff'd (1988), 19 C.P.R. (3d) 331; *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 F.C. 91; *Conde Nast Publications Inc. v. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183; *General Motors Corp. v. Bellows*, [1949] S.C.R. 678.

### Statutes and Regulations Cited

*Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 2, 4, 6, 16(1), (3), 17, 18, 19, 20, 21, 30, 35, 40, 57(1).  
*Trade-marks Regulations*, SOR/96-195.

### Authors Cited

Gill, Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2006, release 2).  
Hughes, Roger T., and Toni Polson Ashton. *Hughes on Trade Marks*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 22).  
*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "resemblance".  
Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto, Ont.: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sexton, Layden-Stevenson and Trudel, J.J.A.), 2009 FCA 290, [2010] 4 F.C.R. 243, 397 N.R. 180, 78 C.P.R. (4th) 243, 312 D.L.R. (4th) 532, [2009] F.C.J. No. 1263 (QL), 2009 CarswellNat 3122, affirming a decision of O'Reilly J., 2008 FC 1412, 338 F.T.R. 168, 72 C.P.R. (4th) 160, [2008] F.C.J. No. 1826 (QL), 2008 CarswellNat 4970. Appeal allowed.

*W. Clarke Hunter, Q.C., Kelly Gill and Brandon Potter*, for the appellant.

*Scott Miller, Sharon Griffin and Heather Gallant*, for the respondent.

*Daniel R. Bereskin, Q.C., and Mark L. Robbins*, for the intervener.

*Electric Co. c. The General Electric Co. Ltd.*, [1972] All E.R. 507; **arrêts mentionnés :** *Partlo c. Todd* (1888), 17 R.C.S. 196; *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] R.C.S. 192; *Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd.*, [1986] A.C.F. n° 766 (QL), conf. par [1988] A.C.F. n° 176 (QL); *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 C.F. 91; *Conde Nast Publications Inc. c. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183; *General Motors Corp. c. Bellows*, [1949] R.C.S. 678.

### Lois et règlements cités

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 2, 4, 6, 16(1), (3), 17, 18, 19, 20, 21, 30, 35, 40, 57(1).  
*Règlement sur les marques de commerce*, DORS/96-195.

### Doctrine citée

Gill, Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2006, release 2).  
Hughes, Roger T., and Toni Polson Ashton. *Hughes on Trade Marks*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 22).  
*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2010, « ressemblance ».  
Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto, Ont. : Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sexton, Layden-Stevenson et Trudel), 2009 CAF 290, [2010] 4 R.C.F. 243, 397 N.R. 180, 78 C.P.R. (4th) 243, 312 D.L.R. (4th) 532, [2009] A.C.F. n° 1263 (QL), 2009 CarswellNat 5263, qui a confirmé une décision du juge O'Reilly, 2008 CF 1412, 338 F.T.R. 168, 72 C.P.R. (4th) 160, [2008] A.C.F. n° 1826 (QL), 2008 CarswellNat 4970. Pourvoi accueilli.

*W. Clarke Hunter, c.r., Kelly Gill et Brandon Potter*, pour l'appelante.

*Scott Miller, Sharon Griffin et Heather Gallant*, pour l'intimée.

*Daniel R. Bereskin, c.r., et Mark L. Robbins*, pour l'intervenante.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[1] Trade-marks in Canada are an important tool to assist consumers and businesses. In the marketplace, a business marks its wares or services as an indication of provenance. This allows consumers to know, when they are considering a purchase, who stands behind those goods or services. In this way, trade-marks provide a “shortcut to get consumers to where they want to go”, *per* Binnie J. in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, at para. 21. Where the trade-marks of different businesses are similar, a consumer may be unable to discern which company stands behind the wares or services. Confusion between trade-marks impairs the objective of providing consumers with a reliable indication of the expected source of wares or services. This case provides this Court with the opportunity of reviewing the basic approach and criteria applicable to a confusion analysis between competing trade-marks under the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13 (“Act”).

[2] The question in this case is whether the trade-mark “Masterpiece Living”, proposed and subsequently registered by Alavida Lifestyles Inc. (“Alavida”), a company entering the retirement residence industry in Ontario, was then confusing with the unregistered trade-marks or trade-name previously used by another company, Masterpiece Inc., in the retirement residence industry in Alberta.

[3] Masterpiece Inc. contends that Alavida’s trade-mark, on the date its application for registration was filed with the Canadian Intellectual Property Office, December 1, 2005, was confusing with Masterpiece Inc.’s trade-name and trade-marks. It argues that Alavida was not entitled to

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[1] Au Canada, les marques de commerce sont un outil très utile aux consommateurs et aux entreprises. Ainsi, toute entreprise appose une marque sur les marchandises ou les services qu’elle vend afin d’en indiquer la provenance, ce qui permet aux consommateurs d’en connaître l’origine. Les marques de commerce font donc en quelque sorte « office de raccourci qui dirige les consommateurs vers leur objectif », comme l’a dit le juge Binnie dans *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, par. 21. Dans les cas où les marques de commerce de différentes entreprises sont similaires, le consommateur peut ne pas savoir quelle société offre les marchandises ou les services qui l’intéressent. La confusion entre les marques de commerce nuit à l’objectif qui consiste à fournir aux consommateurs une indication fiable de l’origine des marchandises ou des services. La présente affaire donne à la Cour l’occasion d’examiner la façon fondamentale d’aborder la question de savoir si des marques de commerce concurrentes créent de la confusion (l’« analyse relative à la confusion ») ainsi que les critères qu’il convient d’appliquer à cet égard selon la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13 (« Loi »).

[2] La question en litige en l’espèce est de savoir si la marque de commerce « Masterpiece Living », projetée, puis enregistrée par la société Alavida Lifestyles Inc. (« Alavida »), qui fait ses débuts dans le secteur des résidences pour personnes âgées en Ontario, créait de la confusion avec les marques de commerce ou le nom commercial non enregistrés qu’une autre société, Masterpiece Inc., employait déjà dans le même secteur en Alberta.

[3] Masterpiece Inc. prétend qu’à la date à laquelle Alavida a produit sa demande d’enregistrement auprès de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (la « demande d’Alavida »), soit le 1<sup>er</sup> décembre 2005, la marque de commerce de cette dernière créait de la confusion avec son nom

apply for registration of its mark because of its confusing similarity to Masterpiece Inc.'s trade-name and trade-marks, which were used prior to Alavida's application. Thus, it argues, the registration is invalid and should be expunged.

[4] Masterpiece Inc. was unsuccessful in the Federal Court (2008 FC 1412, 72 C.P.R. (4th) 160) and Federal Court of Appeal (2009 FCA 290, [2010] 4 F.C.R. 423) and now appeals to this Court.

[5] I am of the respectful opinion that the learned trial judge and the Federal Court of Appeal in this case did not interpret and apply the criteria for determining confusion correctly. Upon a correct interpretation and application, I conclude that Alavida's proposed trade-mark "Masterpiece Living" was confusing with at least one of Masterpiece Inc.'s trade-marks when the registration application was filed on December 1, 2005. Therefore, Alavida was not entitled to registration of its proposed mark. Because I have found confusion between one of Masterpiece Inc.'s trade-marks and Alavida's mark, it is not necessary to perform a confusion analysis between the other of Masterpiece Inc.'s trade-marks and its trade-name with Alavida's mark. I would allow the appeal and order the Registrar of Trade-marks to expunge Alavida's registration from the register of trade-marks.

[6] I should make clear that this decision deals only with the question of expungement of Alavida's trade-mark registration for "Masterpiece Living". Whether Masterpiece Inc. may register a trade-mark that comprises or includes the word "Masterpiece" will now be a matter for Masterpiece Inc. and the Registrar.

## II. Facts

[7] Both Masterpiece Inc. and Alavida operate in the retirement residence industry. Prior to December 2005, Masterpiece Inc. used several trade-marks which included the word "Masterpiece", as well as its trade-name "Masterpiece Inc.". Alavida entered

commercial et ses marques de commerce, qu'elle employait déjà, et que pour cette raison, cette demande était irrecevable. Elle fait donc valoir que l'enregistrement de la marque d'Alavida est invalide et qu'il doit être biffé.

[4] Déboutée en Cour fédérale (2008 CF 1412 (CanLII)) et en Cour d'appel fédérale (2009 CAF 290, [2010] 4 R.C.F. 423), Masterpiece Inc. se pourvoit à présent devant notre Cour.

[5] À mon avis, le juge de première instance et la Cour d'appel fédérale (« Cour d'appel ») n'ont pas interprété et appliqué correctement le critère qui sert à décider s'il y a confusion. En effet, une interprétation et une application correctes de ce critère m'amèneraient à conclure qu'à la date du dépôt de la demande d'Alavida, la marque de commerce projetée « Masterpiece Living » créait de la confusion avec au moins l'une des marques de commerce de Masterpiece Inc., et qu'Alavida n'avait donc pas le droit de la faire enregistrer. Comme j'ai conclu qu'il y avait confusion entre l'une des marques de commerce de Masterpiece Inc. et la marque d'Alavida, il n'est pas nécessaire de se demander si les autres marques de commerce et le nom commercial de Masterpiece Inc., d'une part, et la marque d'Alavida, d'autre part, créent de la confusion. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner au registraire des marques de commerce de radier du registre des marques de commerce l'enregistrement d'Alavida.

[6] Je tiens à préciser que la présente décision ne traite que de la radiation de l'enregistrement de la marque de commerce « Masterpiece Living » d'Alavida, et qu'il revient au registraire de décider, sur demande de Masterpiece Inc., si cette dernière peut faire enregistrer une marque de commerce qui comprend le mot « Masterpiece ».

## II. Les faits

[7] Masterpiece Inc. et Alavida font toutes les deux des affaires dans le secteur des résidences pour personnes âgées. Avant décembre 2005, Masterpiece Inc. se servait de plusieurs marques de commerce qui comprenaient le mot

the market near the end of 2005 and applied to register the trade-mark “Masterpiece Living” to market its services.

[8] Masterpiece Inc. was incorporated in 2001. In the years between 2001 and 2005, it undertook two retirement residence construction and operation projects in Alberta and began a third. During this time, it used its corporate name, Masterpiece Inc., as a trade-name on materials including prospectuses, contracts and advertisements.

[9] Concurrently, Masterpiece Inc. used several unregistered trade-marks which involved the word “Masterpiece” including “Masterpiece the Art of Living”, “Masterpiece the Art of Retirement Living”, and a stylized word “Masterpiece” alongside a butterfly logo. It also used other marks, including the trade-mark “Club Sierra”, in its advertisements.

[10] Alavida, a subsidiary of Ashcroft Homes Inc., was incorporated on August 4, 2005. It applied to register the trade-mark “Masterpiece Living” on December 1, 2005, on the basis of a proposed use. The mark was registered unopposed on March 23, 2007. Since January 2006, Alavida has used “Masterpiece Living” as its trade-mark.

[11] Shortly after Alavida’s application, Masterpiece Inc. changed its branding slightly, and began using the very same trade-mark “Masterpiece Living”. The result of these almost simultaneous decisions was that, beginning in 2006, there were two Canadian companies, one operating in Alberta, another in Ontario, using the trade-mark “Masterpiece Living” in the retirement residence industry.

[12] In January 2006, Masterpiece Inc. applied to register “Masterpiece” as a trade-mark, and in

« Masterpiece », ainsi que de son nom commercial, « Masterpiece Inc. ». Pour sa part, Alavida a commencé à faire des affaires vers la fin de 2005, époque à laquelle elle a demandé l’enregistrement de la marque de commerce « Masterpiece Living » afin de commercialiser ses services.

[8] Masterpiece Inc. a été constituée en société en 2001. Entre 2001 et 2005, elle a construit deux résidences pour personnes âgées en Alberta en vue de leur exploitation et entrepris la construction d’une troisième résidence. Au cours de cette période, elle a employé sa dénomination sociale, Masterpiece Inc., en tant que nom commercial dans des documents tels des prospectus, des contrats et des publicités.

[9] À la même époque, Masterpiece Inc. employait plusieurs marques de commerce non enregistrées qui comprenaient le mot « Masterpiece », dont « Masterpiece the Art of Living », « Masterpiece, the Art of Retirement Living » et le mot « Masterpiece » inscrit sous forme stylisée et accompagné d’un logo sous forme de papillon. Elle employait aussi d’autres marques, dont la marque de commerce « Club Sierra », dans ses publicités.

[10] Alavida, une filiale d’Ashcroft Homes Inc., a été constituée en société le 4 août 2005. Elle a demandé l’enregistrement de la marque de commerce « Masterpiece Living » le 1<sup>er</sup> décembre 2005 parce qu’elle en projetait l’emploi. La marque a été enregistrée sans opposition le 23 mars 2007. Depuis janvier 2006, Alavida emploie la marque de commerce « Masterpiece Living ».

[11] Peu de temps après le dépôt de la demande d’Alavida, Masterpiece Inc. a modifié légèrement sa marque et commencé à employer exactement la même marque de commerce qu’Alavida, c’est-à-dire « Masterpiece Living ». Ces décisions quasi simultanées ont fait en sorte qu’à partir de 2006 deux sociétés canadiennes, l’une exerçant ses activités en Alberta et l’autre en Ontario, employaient la marque de commerce « Masterpiece Living » dans le secteur des résidences pour personnes âgées.

[12] En janvier 2006, Masterpiece Inc. a demandé l’enregistrement de la marque de commerce

June 2006, it applied to register the trade-mark “Masterpiece Living”. As a result of Alavida’s prior application, which was eventually granted, Masterpiece Inc.’s applications for both the trade-mark “Masterpiece Living” and the trade-mark “Masterpiece” were denied, as the Registrar concluded that they were confusing with Alavida’s trade-mark “Masterpiece Living”.

[13] On March 16, 2007, Masterpiece Inc. commenced this application to expunge Alavida’s registration. It appears that Masterpiece Inc. did not oppose Alavida’s application. However, it was not argued that its failure to do so had any impact on the expungement proceedings.

### III. Federal Court

[14] O’Reilly J. dismissed Masterpiece Inc.’s application to expunge the Alavida trade-mark.

[15] He found that if Alavida’s trade-mark was confusingly similar to any trade-marks or trade-names that had previously been used, Alavida would not be entitled to the registration. He held that when considering whether a confusing mark was used prior to an application, “the relevant date is the date of filing of the application” (para. 9).

[16] The trial judge found that Masterpiece Inc. had shown “some use” of the trade-name “Masterpiece” and related marks including the word “Masterpiece” prior to Alavida’s application (at para. 19 (emphasis in original)), although he found the use was rather sporadic. He then considered whether there was a likelihood of confusion, under s. 6(5) of the Act, between Alavida’s trade-mark and these prior marks on the date of filing of Alavida’s application for registration.

[17] In conducting the confusion analysis under s. 6(5) of the Act, he found that the word “Masterpiece”

« Masterpiece » et, en juin 2006, de « Masterpiece Living ». La demande antérieure d’Alavida ayant finalement été accordée, les demandes de Masterpiece Inc. ont été rejetées car le registraire avait conclu qu’elles créaient de la confusion avec la marque de commerce « Masterpiece Living » d’Alavida.

[13] Le 16 mars 2007, Masterpiece Inc. a présenté une demande de radiation de l’enregistrement de la marque de commerce d’Alavida. Il semble que Masterpiece Inc. ne s’était pas opposée à la demande d’Alavida, mais il n’a pas été allégué que cette omission a eu une incidence quelconque sur la procédure de radiation.

### III. Cour fédérale

[14] Le juge O’Reilly a rejeté la demande de Masterpiece Inc. sollicitant la radiation de l’enregistrement de la marque de commerce d’Alavida.

[15] Il a conclu que si la marque de commerce d’Alavida était semblable à une marque de commerce ou à un nom commercial déjà employé au point de créer de la confusion, Alavida n’aurait pas le droit de la faire enregistrer. Par ailleurs, il a affirmé que lorsqu’il s’agit de décider si une marque créant de la confusion a été employée avant de faire l’objet d’une demande d’enregistrement, « la date pertinente est la date de la production de la demande » (par. 9).

[16] Selon lui, Masterpiece Inc. a démontré qu’elle avait fait « un certain emploi » de la marque de commerce « Masterpiece » et de marques connexes comprenant le mot « Masterpiece », avant qu’Alavida ne produise sa demande (par. 19 (soulignement dans l’original)). Il a cependant conclu que cet emploi avait été plutôt sporadique. Il s’est ensuite demandé, en appliquant le par. 6(5) de la Loi, s’il existait une probabilité que la marque de commerce d’Alavida et les marques déjà employées par Masterpiece Inc. créaient de la confusion à la date de la demande d’Alavida.

[17] Dans l’analyse relative à la confusion qu’il a faite en application du par. 6(5) de la Loi, il a

in association with retirement residences or services was somewhat inherently distinctive (para. 41), but that there had been no acquired distinctiveness through use in any of Masterpiece Inc.'s marks on the relevant date (para. 42). On the issue of the resemblance between the marks, the trial judge accepted observations made by one of Alavida's experts that Alavida's post-registration use of its marks differed from Masterpiece Inc.'s use of its marks, both in design and in the focus of the advertisements. He found that although there was "obviously a degree of resemblance" as between the two companies' marks, these differences in use served to reduce the likelihood of confusion (para. 46). He also observed that the choice of retirement residence was an important and expensive decision. As a result, consumers could be expected to research their decisions carefully, which would also reduce the likelihood of confusion.

[18] On the basis of these considerations, he concluded that Masterpiece Inc. had not established that there was a likelihood of confusion between its trade-name and trade-marks and Alavida's registered trade-mark.

#### IV. Federal Court of Appeal

[19] At the Federal Court of Appeal, Sexton and Trudel J.J.A., writing for the court, dismissed Masterpiece Inc.'s appeal.

[20] The Court of Appeal upheld the findings of the trial judge that the relevant date for the confusion analysis was the date of filing of Alavida's trade-mark application, December 1, 2005. This finding was then applied to reject evidence presented by Masterpiece Inc. that by December 1, 2005, it had unexecuted plans to expand into the central Canadian market. The court found that the possibility of future confusion was not relevant to

conclu qu'il y avait un certain caractère distinctif dans l'usage du mot « Masterpiece » en liaison avec les résidences ou les services pour personnes âgées (par. 41), mais que, à la date pertinente, aucune des marques de commerce de Masterpiece Inc. n'avait acquis de caractère distinctif à la suite de leur emploi par cette dernière (par. 42). En ce qui concerne le degré de ressemblance entre les marques, il a accepté les observations de l'un des experts d'Alavida, qui a expliqué qu'Alavida n'avait pas employé sa marque, après l'avoir fait enregistrer, de la même façon que Masterpiece Inc. employait les siennes, et ce tant sur le plan du design de la marque que sur celui de la conception des publicités. Il a conclu que même s'il y avait « de toute évidence un degré de ressemblance » entre les marques de l'une et l'autre société, ces différences dans la façon de les employer diminuaient la probabilité de confusion (par. 46). Il a également souligné que le choix d'une résidence pour personnes âgées était une décision importante et à caractère onéreux, et qu'on pouvait donc s'attendre à ce que les consommateurs prennent soin de se renseigner avant de prendre leur décision, ce qui diminuait aussi la probabilité de confusion.

[18] Sur la base de ces considérations, il a conclu que Masterpiece Inc. n'avait pas établi qu'il existait une probabilité que son nom commercial et ses marques de commerce, d'une part, et la marque de commerce d'Alavida, d'autre part, créaient de la confusion.

#### IV. Cour d'appel fédérale

[19] Les juges Sexton et Trudel, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, ont rejeté l'appel de Masterpiece Inc.

[20] La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge de première instance que la date pertinente pour les besoins de l'analyse relative à la confusion était celle de la demande d'Alavida, soit le 1<sup>er</sup> décembre 2005. Sur la base de cette conclusion, la Cour d'appel a rejeté la preuve que Masterpiece Inc. avait présentée pour établir qu'au 1<sup>er</sup> décembre 2005 elle prévoyait déjà étendre ses activités au marché des provinces centrales canadiennes. Selon la Cour



the assessment of confusion under the Act, and therefore Masterpiece Inc.'s intention to expand its operations into new markets was irrelevant. It stated, at para. 22:

At the date of filing of the respondent's trade-mark, the appellant did not sell its product in the same market as the respondent. This Court need not consider the appellant's plans for expansion after that date.

[21] The balance of the Court of Appeal reasons also generally agreed with the trial judge's approach to the confusion analysis, and found no palpable and overriding errors in his consideration of the evidence. Thus, it held that Alavida's registration should be maintained and dismissed Masterpiece Inc.'s appeal.

#### V. Issues on Appeal

[22] There are four issues for consideration by this Court:

1. Is the location where a mark is used relevant when considering the likelihood of confusion between an applied for or registered trade-mark and a prior unregistered trade-mark or trade-name?
2. What considerations are applicable in the assessment of the resemblance between a proposed use trade-mark and an existing unregistered trade-mark?
3. When considering the "nature of the trade" under s. 6(5) of the Act, what effect does the nature and cost of the wares or services have on the confusion analysis?
4. When should courts take into account expert evidence in trade-mark or trade-name confusion cases?

d'appel, le fait que les marques en cause pourraient un jour créer de la confusion n'avait rien à voir avec l'analyse relative à la confusion qu'il convenait de faire sous le régime de la Loi, et, par conséquent, l'intention de Masterpiece Inc. d'étendre ses activités à de nouveaux marchés n'était aucunement pertinente. Elle a déclaré ce qui suit au par. 22 :

À la date de production de la demande d'enregistrement de la marque de commerce de l'intimée, l'appelante ne vendait pas son produit dans le même marché que celui de l'intimée. La Cour n'est pas tenue de prendre en compte les plans d'expansion de l'appelante postérieurs à cette date.

[21] Dans le reste de ses motifs, la Cour d'appel a également approuvé de manière générale la façon dont le juge de première instance a fait l'analyse relative à la confusion, et elle a conclu qu'il n'avait commis aucune erreur manifeste ou dominante en examinant la preuve. Elle a donc jugé que l'enregistrement de la marque de commerce d'Alavida devait être maintenu et a rejeté l'appel de Masterpiece Inc.

#### V. Les questions en litige dans le présent pourvoi

[22] La Cour doit examiner les quatre questions suivantes :

1. L'endroit où les marques sont employées est-il pertinent lorsqu'il s'agit de décider s'il existe une probabilité qu'une marque de commerce demandée ou déposée crée de la confusion avec une marque de commerce ou un nom commercial non déposé mais déjà employé?
2. De quels facteurs faut-il tenir compte pour évaluer la ressemblance entre une marque de commerce dont l'emploi est projeté et une marque de commerce employée mais non déposée?
3. Dans le cadre de l'examen de la « nature du commerce » en application du par. 6(5) de la Loi, quelle est l'incidence de la nature et du coût des marchandises ou des services en cause sur l'analyse relative à la confusion?
4. Quand les tribunaux doivent-ils tenir compte d'une preuve d'expert dans les affaires où des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion?

## VI. Analysis

[23] Sections of the Act relevant to this appeal are reproduced in the Appendix at the conclusion of these reasons.

A. *Is the Location Where a Mark Is Used Relevant When Considering the Likelihood of Confusion Between an Applied for or Registered Trade-Mark and a Prior Unregistered Trade-Mark or Trade-Name?*

[24] In the Federal Court of Appeal, a major focus in the reasons was whether Masterpiece Inc.'s plan to expand into eastern Canada, which could lead it into direct competition with Alavida, was relevant to the determination of confusion. While those plans have now been executed, and Masterpiece Inc. is operating in the retirement residence industry in Quebec, on December 1, 2005, they were merely plans.

[25] The Federal Court of Appeal concluded that these plans were not relevant. However, in doing so, it distinguished several authorities which Masterpiece Inc. submitted to support the relevance of its plans. Some of these authorities suggested that the geographical location where two trade-marks are used or proposed to be used does not affect the likelihood of confusion.

[26] Distinguishing these authorities could be seen as an acceptance that the geographical locale in which marks are used or proposed to be used is relevant for determining whether there is a likelihood of confusion. Indeed, in this Court, there was an intervention by the International Trademark Association which sought to address only this point. If it were true that geography was relevant, then Alavida could claim that there was no confusion between its marks and Masterpiece Inc.'s marks because on December 1, 2005, Masterpiece

## VI. Analyse

[23] Les dispositions de la Loi qui sont pertinentes à l'égard du présent pourvoi sont reproduites à l'annexe figurant à la fin des présents motifs.

A. *L'endroit où les marques sont employées est-il pertinent lorsqu'il s'agit de décider s'il existe une probabilité qu'une marque de commerce demandée ou déposée crée de la confusion avec une marque de commerce ou un nom commercial non déposé mais déjà employé?*

[24] Dans ses motifs, la Cour d'appel a beaucoup insisté sur la question de savoir s'il fallait, dans l'analyse relative à la confusion, tenir compte des projets d'expansion de Masterpiece Inc. dans l'est du Canada, lesquels pourraient la mettre en concurrence directe avec Alavida. Ces projets ont depuis été réalisés et Masterpiece Inc. fait maintenant des affaires dans le secteur des résidences pour personnes âgées au Québec, mais le 1<sup>er</sup> décembre 2005, il n'était question que de projets.

[25] La Cour d'appel a conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de ces projets. Toutefois, ce faisant, elle a fait des distinctions d'avec plusieurs précédents invoqués par Masterpiece Inc. pour étayer son argument que ces projets doivent au contraire être pris en compte. Certains de ces précédents donnaient à penser que le lieu géographique où deux marques de commerce sont employées ou dans lequel on projette de le faire n'a pas d'incidence sur la probabilité qu'elles créent de la confusion.

[26] L'établissement de telles distinctions pourrait être perçu comme la reconnaissance du fait que le lieu géographique où les marques sont employées ou dans lequel on projette de le faire constitue un facteur pertinent à prendre en compte dans l'analyse relative à la confusion. D'ailleurs, la International Trademark Association est intervenue devant la Cour pour traiter de cette seule question. Si le lieu géographique était pertinent, Alavida pourrait prétendre que sa marque ne créait pas de confusion avec les marques de Masterpiece

Inc. was only operating in Alberta, while it was operating in Ontario.

[27] While it is not entirely clear that the Federal Court of Appeal's reasons should be read as suggesting that geography is relevant, I would take this opportunity to dispel any doubt on this point.

[28] The Canadian trade-marks regime is national in scope. The owner of a registered trade-mark, subject to a finding of invalidity, is entitled to the exclusive use of that mark in association with the wares or services to which it is connected throughout Canada. Section 19 of the *Trade-marks Act* provides:

19. Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

[29] With respect to confusion, ss. 6(1) and (2) of the *Trade-marks Act* provide:

6. (1) For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

Section 6(3) deals with trade-mark confusion with a trade-name and 6(4) with trade-name confusion with a trade-mark. In subsections (2), (3) and (4), the same formula is used “if the use of both . . . in

Inc., car, au 1<sup>er</sup> décembre 2005, celle-ci n'exerçait ses activités qu'en Alberta alors qu'Alavida, elle, faisait des affaires en Ontario.

[27] Quoiqu'on puisse douter que la Cour d'appel laissait entendre dans ses motifs que le lieu géographique constituait un facteur pertinent, je profite de l'occasion pour dissiper tout doute à cet égard.

[28] Le régime canadien en matière de marques de commerce a une portée nationale. En effet, à moins que sa marque ne soit jugée invalide, le propriétaire d'une marque de commerce déposée a le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne les marchandises ou les services auxquels elle se rapporte. L'article 19 de la Loi est rédigé ainsi :

19. Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services.

[29] Pour ce qui est de la confusion, les par. 6(1) et 6(2) de la Loi prévoient ce qui suit :

6. (1) Pour l'application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

Le paragraphe 6(3) de la Loi vise l'emploi d'une marque de commerce qui crée de la confusion avec un nom commercial, et le par. 6(4), la situation inverse. Les paragraphes 6(2), (3) et (4) reprennent

the same area would be likely to lead to the inference”.

[30] It is immediately apparent from these words, “if the use of both . . . in the same area”, that the test for confusion is based upon the hypothetical assumption that both trade-names and trade-marks are used “in the same area”, irrespective of whether this is actually the case. As a result, geographical separation in the use of otherwise confusingly similar trade-names and trade-marks does not play a role in this hypothetical test. This must be the case, because, pursuant to s. 19, subject to exceptions not relevant here, registration gives the owner the exclusive right to the use of the trade-mark throughout Canada.

[31] In order for the owner of a registered trade-mark to have exclusive use of the trade-mark throughout Canada, there cannot be a likelihood of confusion with another trade-mark anywhere in the country.

[32] Section 16(3) confirms this conclusion, stating that an applicant for a proposed mark will be entitled to registration unless at the date of filing the trade-mark it is confusing with a trade-mark or trade-name that had been previously used in Canada. Section 16(3) provides:

16. . . .

(3) Any applicant who has filed an application in accordance with section 30 for registration of a proposed trade-mark that is registrable is entitled, subject to sections 38 and 40, to secure its registration in respect of the wares or services specified in the application, unless at the date of filing of the application it was confusing with

la même formule : « . . . lorsque l’emploi des deux [. . .] dans la même région serait susceptible de faire conclure . . . ».

[30] Il ressort immédiatement des mots « lorsque l’emploi des deux [. . .] dans la même région » que le critère qu’il convient d’appliquer pour décider s’il y a confusion est fondé sur l’hypothèse que tant les noms commerciaux que les marques de commerce sont employés « dans la même région », que ce soit le cas ou non (le « critère fondé sur l’hypothèse »). Ainsi, le fait que des noms commerciaux et des marques de commerce similaires au point de créer de la confusion ne soient pas employés dans le même lieu géographique n’est d’aucune incidence en ce qui concerne ce critère. Il doit en être ainsi parce que l’art. 19 de la Loi précise que, sous réserve de certaines exceptions qui ne nous intéressent pas ici, l’enregistrement d’une marque donne à son propriétaire le droit exclusif à l’emploi de celle-ci dans tout le Canada.

[31] Pour que le propriétaire d’une marque de commerce déposée ait le droit exclusif à l’emploi de celle-ci dans tout le Canada, il ne faut pas qu’elle soit susceptible de causer de la confusion avec une autre marque de commerce à quelque autre endroit que ce soit au pays.

[32] Cette conclusion est confirmée par le par. 16(3) de la Loi, qui prévoit que tout requérant qui a produit une demande en vue de l’enregistrement d’une marque de commerce projetée a droit d’en obtenir l’enregistrement à moins que, à la date de la production de la demande, elle n’ait créé de la confusion avec une marque de commerce ou un nom commercial antérieurement employé au Canada. Voici le libellé du par. 16(3) :

16. . . .

(3) Tout requérant qui a produit une demande selon l’article 30 en vue de l’enregistrement d’une marque de commerce projetée et enregistrable, a droit, sous réserve des articles 38 et 40, d’en obtenir l’enregistrement à l’égard des marchandises ou services spécifiés dans la demande, à moins que, à la date de production de la demande, elle n’ait créé de la confusion :

(a) a trade-mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person;

(b) a trade-mark in respect of which an application for registration had been previously filed in Canada by any other person; or

(c) a trade-name that had been previously used in Canada by any other person.

[33] Whether in assessing trade-mark infringement under s. 19 or entitlement under s. 16, the test for likelihood of confusion is the same. The application of the hypothetical test reflects the legislative intent to provide a national scope of protection for registered trade-marks in Canada (see D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 536).

**B. *What Considerations Are Applicable in the Assessment of the Resemblance Between a Proposed Use Trade-Mark and an Existing Unregistered Trade-Mark?***

[34] To clarify the proper approach to assessing the resemblance between a proposed use trade-mark and existing unregistered marks, it will be useful to address a number of issues:

- (1) the relationship between use and registration;
- (2) the test for confusion;
- (3) the necessity to consider each mark separately;
- (4) the approach to testing for resemblance;
- (5) the necessity to consider the proposed use trade-mark according to its terms, rather than by its actual use;

a) soit avec une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne;

b) soit avec une marque de commerce à l'égard de laquelle une demande d'enregistrement a été antérieurement produite au Canada par une autre personne;

c) soit avec un nom commercial antérieurement employé au Canada par une autre personne.

[33] Que l'on se demande s'il y a eu violation du droit du propriétaire d'une marque de commerce au regard de l'art. 19 ou si l'intéressé a droit d'obtenir l'enregistrement d'une marque en application de l'art. 16, le critère qu'il convient d'appliquer pour décider s'il existe une probabilité de confusion demeure le même. L'application du critère fondé sur l'hypothèse traduit l'intention du législateur d'accorder une protection d'envergure nationale aux marques de commerce déposées au Canada (voir D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2<sup>e</sup> éd. 2011), p. 536).

**B. *De quels facteurs faut-il tenir compte pour évaluer la ressemblance entre une marque de commerce dont l'emploi est projeté et une marque de commerce employée mais non déposée?***

[34] Dans le but de clarifier la démarche qu'il convient d'adopter pour évaluer la ressemblance entre une marque de commerce dont l'emploi est projeté et des marques de commerce employées mais non déposées, il sera utile d'examiner les questions suivantes :

- (1) la relation entre l'emploi et l'enregistrement;
- (2) le critère en matière de confusion;
- (3) la nécessité d'examiner chaque marque séparément;
- (4) la démarche applicable pour évaluer la ressemblance;
- (5) la nécessité d'examiner la marque de commerce dont l'emploi est projeté en fonction des termes de la demande d'enregistrement plutôt qu'en fonction de son emploi réel;

- (6) the requirement to assess the unregistered marks according to their actual use; and
- (7) the resemblance between the trade-marks in issue.

While these issues are relevant in this case, they are not intended to be an exhaustive list of all considerations that are relevant in assessing resemblance.

(1) The Relationship Between Use and Registration

[35] At the outset, it is important to recall the relationship between use and registration of a trade-mark. Registration itself does not confer priority of title to a trade-mark. At common law, it was use of a trade-mark that conferred the exclusive right to the trade-mark. While the *Trade-marks Act* provides additional rights to a registered trade-mark holder than were available at common law, registration is only available once the right to the trade-mark has been established by use. As explained by Ritchie C.J. in *Partlo v. Todd* (1888), 17 S.C.R. 196, at p. 200:

It is not the registration that makes the party proprietor of a trade-mark; he must be proprietor before he can register . . .

[36] That principle established under Canada's early trade-mark legislation continues under the present Act. Rights arising from use have been incorporated into the Act by granting rights to the first user of a trade-mark in two ways. First, under s. 16, a party normally gains a priority right to register a trade-mark when it first uses that trade-mark. Second, a user is also able to oppose applications or apply to expunge registrations based on its earlier use of a confusing trade-mark. This explains why an unregistered trade-mark of Masterpiece Inc. can be the basis of a challenge to Alavida's subsequent registration application. Section 16(3) of the Act recognizes the right of a prior user against any

- (6) l'exigence d'évaluer les marques de commerce non déposées en fonction de leur emploi réel;
- (7) la ressemblance entre les marques de commerce en litige.

Bien que toutes ces questions soient pertinentes en l'espèce, elles ne sont pas censées constituer une liste complète de l'ensemble des facteurs qu'il faut prendre en compte pour évaluer la ressemblance.

(1) La relation entre l'emploi et l'enregistrement

[35] Au départ, il me paraît important de faire un rappel sur le lien qui existe entre l'emploi et l'enregistrement d'une marque de commerce. L'enregistrement d'une marque de commerce ne confère pas en soi un droit prioritaire sur la marque. En common law, c'était l'emploi de la marque de commerce qui conférait le droit exclusif sur celle-ci. Bien que la Loi confère au titulaire d'une marque de commerce déposée des droits autres que ceux dont il pouvait se prévaloir en common law, la personne qui cherche à faire enregistrer une marque de commerce doit d'abord établir qu'elle a un droit sur celle-ci parce qu'elle l'emploie. Le juge en chef Ritchie a affirmé ce qui suit dans *Partlo c. Todd* (1888), 17 R.C.S. 196, p. 200 :

[TRADUCTION] Ce n'est pas l'enregistrement qui rend la partie propriétaire d'une marque de commerce; la marque doit lui appartenir pour qu'elle puisse l'enregistrer . . .

[36] Ce principe, que les premières lois canadiennes en matière de marque de commerce ont établi, a été repris dans la Loi, qui confère des droits de deux façons au premier utilisateur d'une marque de commerce. D'une part, selon l'art. 16, la partie qui est la première à employer la marque de commerce obtient normalement un droit prioritaire de l'enregistrer. D'autre part, l'utilisateur de la marque de commerce peut s'opposer aux demandes d'enregistrement d'autres personnes ou encore demander la radiation d'enregistrements au motif qu'il emploie déjà une marque de commerce créant de la confusion. Cela explique pourquoi Masterpiece Inc. peut, pour contester la demande d'Alavida, invoquer le

application for registration based upon subsequent use. Section 17(1) preserves that right, subject to certain limitations that are of no relevance here, where the trade-mark has been registered.

[37] It should also be explained why Alavida's application for a proposed trade-mark on December 1, 2005, would preclude Masterpiece Inc.'s subsequent trade-mark applications based on actual use. As noted above, at common law, trade-mark protection only arose from actual use. However, under the current *Trade-marks Act*, the opportunity was created for an applicant to claim priority as of the date the applicant files for a proposed but yet unused trade-mark. Registration will, however, not occur unless the applicant subsequently provides a declaration demonstrating that the proposed trade-mark was actually used within the time specified in s. 40(2) of the Act.

[38] In this case, Alavida did provide such a declaration, with the result that its priority claim as of December 1, 2005, the date it filed its registration application, precluded Masterpiece Inc. from obtaining registration of "Masterpiece Living", the exact same trade-mark as Alavida, by a subsequent application based on use after December 1, 2005. Instead, it would have had to oppose Alavida's application or would have to apply to expunge Alavida's trade-mark registration on the grounds of likelihood of confusion between Alavida's trade-mark and its trade-marks or trade-name that had been in use before December 1, 2005. Because Masterpiece Inc. did not oppose Alavida's application, which was granted, the only remedy open to Masterpiece Inc. was to apply to have Alavida's mark expunged. If successful, this remedy would allow Masterpiece Inc.'s application for registration

fait qu'elle employait déjà une certaine marque de commerce non déposée au moment où cette dernière a présenté sa demande. Le paragraphe 16(3) de la Loi reconnaît à l'utilisateur d'une marque de commerce le droit de s'opposer à toute demande d'enregistrement d'une marque qui crée de la confusion avec la sienne, au motif qu'il employait déjà sa marque au moment du dépôt de la demande. Le paragraphe 17(1) garantit ce droit, sous réserve de certaines limites qui ne nous intéressent pas ici, dans les cas où la marque de commerce a été enregistrée.

[37] Il faut également expliquer pourquoi la demande d'Alavida, en date du 1<sup>er</sup> décembre 2005, empêchait Masterpiece Inc. d'obtenir par la suite l'enregistrement des marques de commerce en invoquant le fait qu'elle les employait déjà. Comme je l'ai déjà dit, en common law, la marque de commerce n'était protégée que si son utilisateur établissait qu'il l'employait déjà. Cependant, la Loi permet de revendiquer la priorité à compter de la date du dépôt de la demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée qui n'a pas encore été employée. Cela dit, l'enregistrement n'aura lieu que si l'intéressé soumet par la suite une déclaration établissant qu'il a effectivement employé la marque de commerce projetée dans le délai prescrit au par. 40(2) de la Loi.

[38] En l'espèce, Alavida a bien soumis une telle déclaration, de sorte que sa revendication de priorité au 1<sup>er</sup> décembre 2005, date à laquelle elle a déposé sa demande d'enregistrement, empêchait Masterpiece Inc. de faire enregistrer la marque de commerce « Masterpiece Living », qui était identique à la sienne, par le biais d'une demande ultérieure fondée sur l'emploi après le 1<sup>er</sup> décembre 2005. Masterpiece Inc. devait plutôt s'opposer à la demande d'Alavida ou demander la radiation de l'enregistrement de la marque de commerce de celle-ci en invoquant la probabilité de confusion entre la marque de commerce d'Alavida et les marques de commerce ou le nom commercial qu'elle avait employés avant le 1<sup>er</sup> décembre 2005. Masterpiece Inc. ne s'étant pas opposée à la demande d'Alavida, laquelle a été accueillie, le seul recours dont elle dispose consiste à demander

of its own trade-marks to be considered on its merits by the Registrar of Trade-marks.

(2) The Test for Confusion

[39] The question at the centre of this case is whether there was confusion between Alavida's and Masterpiece Inc.'s trade-marks or trade-name in terms of s. 6 of the Act. In my respectful opinion, the learned trial judge erred in law when conducting the confusion analysis, and thereby erred in his conclusion that Masterpiece Inc. had not established confusion between its trade-name and trade-marks and Alavida's now registered trade-mark.

[40] At the outset of this confusion analysis, it is useful to bear in mind the test for confusion under the *Trade-marks Act*. In *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824, Binnie J. restated the traditional approach, at para. 20, in the following words:

The test to be applied is a matter of first impression in the mind of a casual consumer somewhat in a hurry who sees the [mark], at a time when he or she has no more than an imperfect recollection of the [prior] trade-marks, and does not pause to give the matter any detailed consideration or scrutiny, nor to examine closely the similarities and differences between the marks.

Binnie J. referred with approval to the words of Pigeon J. in *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] S.C.R. 192, at p. 202, to contrast with what is not to be done — a careful examination of competing marks or a side by side comparison.

[41] In this case, the question is whether, as a matter of first impression, the “casual consumer somewhat in a hurry” who sees the Alavida trade-mark, when that consumer has no more than an imperfect recollection of any one of the Masterpiece Inc. trade-marks or trade-name, would be likely to

la radiation de l'enregistrement de la marque d'Alavida. Si Masterpiece Inc. a gain de cause, sa demande d'enregistrement de ses marques de commerce pourra alors être examinée sur le fond par le registraire.

(2) Le critère en matière de confusion

[39] La question au cœur du présent litige est de savoir si la marque de commerce d'Alavida et les marques de commerce ou le nom commercial de Masterpiece Inc. créaient de la confusion au sens de l'art. 6 de la Loi. J'estime en toute déférence que le juge de première instance a commis une erreur de droit dans son analyse relative à la confusion, ce qui l'a amené à conclure à tort que Masterpiece Inc. n'a pas établi que son nom commercial et ses marques de commerce, d'une part, et la marque de commerce d'Alavida — maintenant une marque déposée —, d'autre part, créaient de la confusion.

[40] Il est utile, en commençant l'analyse relative à la confusion, de se rappeler le critère prévu dans la Loi. Dans *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824, par. 20, le juge Binnie a reformulé la démarche traditionnelle de la façon suivante :

Le critère applicable est celui de la première impression que laisse dans l'esprit du consommateur ordinaire plutôt pressé la vue [de la marque], alors qu'il n'a qu'un vague souvenir des marques de commerce [antérieures] et qu'il ne s'arrête pas pour réfléchir à la question en profondeur, pas plus que pour examiner de près les ressemblances et les différences entre les marques.

Le juge Binnie renvoie avec approbation aux propos tenus par le juge Pigeon dans *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] R.C.S. 192, p. 202, pour faire ressortir ce qu'il ne faut pas faire, à savoir un examen minutieux des marques concurrentes ou une comparaison côte à côte.

[41] En l'espèce, la question est de savoir si, à partir de sa première impression, le « consommateur ordinaire plutôt pressé » qui voit la marque de commerce d'Alavida alors qu'il n'a qu'un vague souvenir de l'une ou l'autre des marques de commerce ou du nom commercial de Masterpiece Inc.



be confused; that is, that this consumer would be likely to think that Alavida was the same source of retirement residence services as Masterpiece Inc.

(3) The Necessity to Consider Each Mark Separately

[42] As noted above, the basis for Masterpiece Inc.'s claim under s. 16(3) of the Act is that the trade-mark for which Alavida applied was confusing with any trade-mark or the trade-name it had used prior to December 1, 2005.

[43] Under s. 16(3), even one confusingly similar trade-mark or trade-name will invalidate Alavida's registration. In pleading several potentially confusingly similar trade-marks and trade-names, Masterpiece Inc. presented several distinct bases for an invalidation of Alavida's registration.

[44] Section 6(5) of the Act sets out the required approach to a confusion analysis. All surrounding circumstances must be considered including:

6. . . .

(5) . . .

(a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;

(b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;

(c) the nature of the wares, services or business;

(d) the nature of the trade; and

(e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

serait vraisemblablement confus, c'est-à-dire s'il est probable que ce consommateur considérerait qu'Alavida et Masterpiece Inc. constituent un seul et même fournisseur de services de résidence pour personnes âgées.

(3) La nécessité d'examiner chaque marque séparément

[42] Comme je l'ai souligné plus tôt, la prétention formulée par Masterpiece Inc. en vertu du par. 16(3) de la Loi est que la marque de commerce qu'Alavida cherchait à faire enregistrer créait de la confusion avec l'une ou l'autre des marques de commerce ou le nom commercial qu'elle avait employés avant le 1<sup>er</sup> décembre 2005.

[43] Selon le par. 16(3), une seule marque de commerce ou un seul nom commercial créant de la confusion aura pour effet d'invalider l'enregistrement d'Alavida. En invoquant l'existence de plusieurs marques de commerces et noms commerciaux susceptibles de créer de la confusion, Masterpiece Inc. a présenté plusieurs motifs distincts justifiant l'invalidation de l'enregistrement d'Alavida.

[44] Le paragraphe 6(5) de la Loi établit la démarche à suivre dans l'analyse relative à la confusion. Il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris :

6. . . .

(5) . . .

a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou des noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;

b) la période durant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;

c) le genre de marchandises, services ou entreprises;

d) la nature du commerce;

e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

[45] Some of the s. 6(5) factors that guide the confusion analysis will be the same for each of the trade-marks and trade-name in this case. For example, all of the evidence suggests that Masterpiece Inc. only engaged in the retirement residence industry and used all of its marks in relation to that industry. In others, each mark will have to be considered separately. For example, because the Masterpiece Inc. trade-marks are different in content from one another, and are different from the trade-name, it will be necessary to consider the similarity of Alavida's proposed trade-mark, "Masterpiece Living", to each of the trade-marks and trade-name for which Masterpiece Inc. has established use.

[46] The trial judge found that Masterpiece Inc. demonstrated that it had used the trade-name "Masterpiece" and the trade-marks "Masterpiece the Art of Retirement Living" and "Masterpiece the Art of Living". Alavida's application for registration was for the trade-mark "Masterpiece Living". It was therefore necessary to compare Alavida's "Masterpiece Living" with each of Masterpiece Inc.'s trade-marks and trade-name separately.

[47] However, instead of undertaking a separate resemblance analysis comparing each of Masterpiece Inc.'s marks and trade-name with Alavida's mark, the trial judge undertook a single composite analysis. He only considered the issue of resemblance between "Masterpiece Living" and all of Masterpiece Inc.'s trade-marks and trade-name generally. At para. 46, he stated:

There is obviously a degree of resemblance as between Masterpiece Inc.'s trade-name and marks and Alavida's registered mark for "Masterpiece Living". However, as part of the overall circumstances, I note that Alavida's use of "Masterpiece Living" has been in the nature of a slogan accompanying its corporate identity. By contrast, Masterpiece Inc. uses "Masterpiece"

[45] Certains des facteurs énumérés au par. 6(5) qui guident l'analyse relative à la confusion seront les mêmes pour chaque marque de commerce et pour le nom commercial en cause dans la présente affaire. Par exemple, il ressort de l'ensemble de la preuve que Masterpiece Inc. ne faisait des affaires que dans le secteur des résidences pour personnes âgées, et que c'est dans ce seul secteur d'activités qu'elle employait l'ensemble de ses marques. Dans d'autres cas, il faudra examiner chaque marque séparément. Par exemple, puisque les marques de commerce de Masterpiece Inc. sont distinctes les unes des autres sur le plan du contenu et différent de son nom commercial, il faudra examiner la similitude entre « Masterpiece Living », la marque de commerce projetée d'Alavida, et chacune des marques de commerce ainsi que le nom commercial dont Masterpiece Inc. a démontré l'utilisation selon ce qu'elle a établi.

[46] Le juge de première instance a conclu que Masterpiece Inc. avait démontré qu'elle avait employé le nom commercial « Masterpiece » et les marques de commerce « Masterpiece the Art of Retirement Living » et « Masterpiece the Art of Living ». La demande d'Alavida visait la marque de commerce « Masterpiece Living ». Il fallait donc comparer la marque de commerce « Masterpiece Living » d'Alavida à chacune des marques de commerce et au nom commercial de Masterpiece Inc. séparément.

[47] Cependant, au lieu de comparer une à une les marques de Masterpiece Inc. ainsi que le nom commercial de cette dernière à la marque d'Alavida, le juge s'est plutôt livré à une analyse globale. Il s'est contenté d'examiner de façon générale la ressemblance entre la marque « Masterpiece Living » et l'ensemble des marques de commerce ainsi que le nom commercial de Masterpiece Inc. Il a déclaré ce qui suit, au par. 46 :

Il y a de toute évidence un degré de ressemblance entre le nom commercial et les marques de commerce de Masterpiece Inc. et la marque déposée d'Alavida « Masterpiece Living ». Cependant, compte tenu de toutes les circonstances, je prends note qu'Alavida emploie « Masterpiece Living » comme slogan accompagnant son nom commercial. Au contraire,

to identify the company itself, along with various other words and phrases of far lesser prominence, alongside a distinctive butterfly logo. These differences help reduce the likelihood of confusion. [Emphasis added.]

[48] However, under ss. 16(3)(a) and (c) of the Act, Masterpiece Inc. was entitled to assert, and have considered, any of the marks or trade-name that it had used prior to December 1, 2005, as a basis to challenge Alavida's application for registration. In my opinion, the trial judge erred in not conducting the separate analysis required by the Act. Some of the expert evidence which treated Masterpiece Inc.'s trade-marks and trade-name as a whole instead of one by one (see, e.g., paras. 21-23 and 36), may have contributed to this error.

(4) The Approach to Testing for Resemblance

[49] In applying the s. 6(5) factors to the question of confusion, the trial judge conducted his analysis in the order of the criteria set forth in s. 6(5), concluding with a consideration of the resemblance between the marks. While it is no error of law to do so, the degree of resemblance, although the last factor listed in s. 6(5), is the statutory factor that is often likely to have the greatest effect on the confusion analysis (K. Gill and R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 8-54; R. T. Hughes and T. P. Ashton, *Hughes on Trade Marks* (2nd ed. (loose-leaf)), at §74, p. 939). As Professor Vaver points out, if the marks or names do not resemble one another, it is unlikely that even a strong finding on the remaining factors would lead to a likelihood of confusion. The other factors become significant only once the marks are found to be identical or very similar (Vaver, at p. 532). As a result, it has been suggested that a consideration of resemblance is where most confusion analyses should start (*ibid.*).

Masterpiece Inc. utilise « Masterpiece » pour nommer l'entreprise même, de même que d'autres mots ou expressions beaucoup moins importantes [sic], et l'inscrit à côté du papillon qui constitue son logo distinctif. Ces différences diminueront la probabilité de confusion. [Je souligne.]

[48] Toutefois, selon les al. 16(3)a) et c) de la Loi, Masterpiece Inc. avait le droit de faire valoir et faire examiner l'une ou l'autre des marques ou le nom commercial qu'elle avait employés avant le 1<sup>er</sup> décembre 2005 en vue de contester la demande d'Alavida. Selon moi, le juge a commis une erreur en omettant de faire l'analyse distincte exigée par la Loi. Certaines des preuves d'expert qui ont traité des marques de commerce et du nom commercial de Masterpiece Inc. globalement et non individuellement (voir, par ex., les par. 21-23 et 36) ont pu contribuer à cette erreur.

(4) La démarche applicable pour évaluer la ressemblance

[49] En analysant la question de savoir si les marques de commerce en cause créaient de la confusion, le juge a appliqué dans l'ordre les facteurs énoncés au par. 6(5) de la Loi avant d'examiner si ces marques se ressemblaient. Bien que l'adoption d'une telle démarche ne constitue pas une erreur de droit, il arrive souvent que le degré de ressemblance soit le facteur susceptible d'avoir le plus d'importance dans l'analyse relative à la confusion, et ce même s'il est mentionné en dernier lieu au par. 6(5) (K. Gill et R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 8-54; R. T. Hughes et T. P. Ashton, *Hughes on Trade Marks* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), §74, p. 939). Comme le souligne le professeur Vaver, si les marques ou les noms ne se ressemblent pas, il est peu probable que l'analyse amène à conclure à la probabilité de confusion même si les autres facteurs tendent fortement à indiquer le contraire. En effet, ces autres facteurs ne deviennent importants que si les marques sont jugées identiques ou très similaires (Vaver, p. 532). En conséquence, certains prétendent que, dans la plupart des cas, l'étude de la ressemblance devrait constituer le point de départ de l'analyse relative à la confusion (*ibid.*).

[50] I will therefore first review the trial judge's consideration of the degree of resemblance of the marks.

(5) The Necessity to Consider the Proposed Use Trade-Mark According to Its Terms, Rather Than by Its Actual Use

[51] In his analysis, the trial judge found that there was "obviously a degree of resemblance as between Masterpiece Inc.'s trade-name and marks and Alavida's registered mark" (para. 46).

[52] It is clear from the trial judge's reasons that he took into account Alavida's actual use of its mark in comparing the Alavida and Masterpiece Inc. marks. For convenience, I repeat a portion of para. 46 of his reasons:

However, as part of the overall circumstances, I note that Alavida's use of "Masterpiece Living" has been in the nature of a slogan accompanying its corporate identity.

[53] In my opinion, the trial judge's consideration of Alavida's actual use of its mark was problematic. The difficulty is that it takes into account a single form of the trade-mark that Alavida used after the relevant date. This single use did not reflect the entire scope of exclusive rights that were granted to Alavida under its registration. As found by Binnie J. in *Mattel*, at para. 53:

The appellant argued that the courts below erred in looking at the respondent's actual operations rather than at the terms set out in its application for the proposed trade-mark. It is quite true that the proper focus is the terms of the application, because what is at issue is what the registration would authorize the respondent to do, not what the respondent happens to be doing at the moment.

[54] Alavida's registration process began on December 1, 2005, with an application based on proposed use. At s. 30, the Act sets out what

[50] Par conséquent, je vais d'abord examiner l'analyse que le juge a faite du degré de ressemblance entre les marques.

(5) La nécessité d'examiner la marque de commerce dont l'emploi est projeté en fonction des termes de la demande d'enregistrement plutôt qu'en fonction de son emploi réel

[51] Dans son analyse, le juge de première instance a conclu qu'il y avait « de toute évidence un degré de ressemblance entre le nom commercial et les marques de commerce de Masterpiece Inc. et la marque déposée d'Alavida "Masterpiece Living" » (par. 46).

[52] Il ressort clairement des motifs du juge qu'il a pris en compte l'emploi qu'Alavida faisait réellement de sa marque en la comparant à celles de Masterpiece Inc. Par souci de commodité, je reproduis ci-après une partie des motifs qu'il a exposés au par. 46 :

Cependant, compte tenu de toutes les circonstances, je prends note qu'Alavida emploie « Masterpiece Living » comme slogan accompagnant son nom commercial.

[53] Selon moi, la façon dont le juge a examiné l'emploi qu'Alavida faisait réellement de sa marque posait problème, car il n'a tenu compte que d'une seule représentation de la marque que celle-ci employait après la date pertinente. Or, cette seule représentation ne reflétait pas toute la portée des droits exclusifs que l'enregistrement de la marque conférait à Alavida. Comme a conclu le juge Binnie dans *Mattel*, par. 53 :

L'appelante a soutenu que les instances inférieures ont eu tort d'examiner les activités réelles de l'intimée plutôt que les termes figurant dans sa demande d'enregistrement de la marque projetée. Il est vrai qu'il faut s'attacher aux termes employés dans la demande, parce que ce qui est en cause est ce que l'enregistrement permettrait à l'intimée de faire, et non pas ce qu'elle fait actuellement.

[54] Alavida a entamé le processus d'enregistrement le 1<sup>er</sup> décembre 2005 en soumettant une demande fondée sur l'emploi qu'elle comptait faire

must be included in an application for registration. When submitting the application, an applicant is required to provide a formulation of its trade-mark in addition to various other pieces of information. The trade-mark on an application may simply be a word mark, or it may be a design, or it may be a word mark and design (for example, see the marks in *Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 511 (F.C.T.D.), aff'd (1988), 19 C.P.R. (3d) 331 (F.C.A.)). The application may identify the mark as being used only with particular colours: *Trade-marks Regulations*, SOR/96-195. An application may also contain disclaimers, or an applicant may be required by the Registrar to include disclaimers, to limit the scope of trade-mark rights: s. 35 of the Act.

[55] In this case, Alavida's registration (TMA 684,557) identifies the trade-mark that Alavida applied for and was subsequently registered — the words "Masterpiece Living". This trade-mark is identified only in a textual form. It would therefore permit Alavida to use the words "Masterpiece Living" in any size and with any style of lettering, color or design. As found by the Federal Court of Appeal in *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 F.C. 91:

Nothing restricts the appellant from changing the colour of its signs or the style of lettering of "Mr. Submarine" or from engaging in a telephone and delivery system such as that followed by the respondent or any other suitable system for the sale of its sandwiches. Were it to make any of these changes its exclusive right to the use of "Mr. Submarine" would apply just as it applies to its use in the appellant's business as presently carried on. Whether the respondent's trade marks or trade names are confusing with the appellant's registered trade mark must accordingly be considered not only having regard to the appellant's present business in the area of the respondent's operations but having regard as well to whether confusion would be likely if the appellant were to operate in that area in any way open to it

de la marque. L'article 30 de la Loi précise ce que doit contenir la demande d'enregistrement. Le demandeur doit y inclure une représentation de sa marque de commerce ainsi que divers autres renseignements. La marque de commerce figurant dans une demande d'enregistrement peut consister tout simplement en un ou des mots servant de marque, en un dessin, ou encore en un ou des mots accompagnés d'un dessin (voir, p. ex., les marques dans *Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd.*, [1986] A.C.F. n° 766 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1988] A.C.F. n° 176 (QL) (C.A.F.)). La demande peut mentionner que la marque n'est utilisée que dans des couleurs bien précises : *Règlement sur les marques de commerce*, DORS/96-195. Elle peut également contenir des désistements, notamment à la demande du registraire dans le cas où il estime qu'il convient de limiter la portée des droits liés à la marque de commerce en cause : art. 35 de la Loi.

[55] En l'espèce, l'enregistrement d'Alavida (LMC 684,557) mentionne la marque de commerce que cette entreprise souhaitait faire enregistrer en produisant sa demande, à savoir les mots « Masterpiece Living ». Cette marque de commerce n'étant décrite que sous forme de mots, Alavida avait donc le droit d'employer les mots « Masterpiece Living » dans la taille, le style de lettres, la couleur ou le motif de son choix. La Cour fédérale a conclu ce qui suit dans *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 C.F. 91 :

Rien n'empêche l'appelante de changer la couleur de ses enseignes ou le style de lettres de « Mr. Submarine », ou d'adopter un système téléphonique et de livraison tel que celui suivi par l'intimée ou tout autre système convenable pour la vente de ses sandwiches. Si elle devait effectuer un de ces changements, son droit exclusif à l'emploi de « Mr. Submarine » s'appliquerait tout comme il s'applique à son emploi dans l'entreprise qu'elle exploite actuellement. La question de savoir si les marques de commerce ou les noms commerciaux de l'intimée créent de la confusion avec la marque enregistrée de l'appelante doit donc être examinée en tenant compte non seulement de l'entreprise actuelle que l'appelante exploite dans la région des opérations de l'intimée, mais aussi de

using its trade mark in association with the sandwiches or services sold or provided in the operation. [Emphasis added; pp. 102-3.]

[56] When engaging in a confusion analysis, it is important to keep in mind that the exclusive rights granted by the Act refer to a registered trade-mark (ss. 19, 20 and 21). Where a court is called upon to decide if there is a likelihood of confusion between that registered trade-mark and any registered or previously used unregistered trade-marks, the analysis should address the proposed trade-mark for which the registration was ultimately obtained.

[57] If the trial judge had recognized that it was open to Alavida to use its trade-mark in any way within the scope of its registration, he would have had to conclude that the actual use by Alavida did not limit Alavida's rights. Alavida was entitled to use the words in any form.

[58] The problem with an analysis which takes into account limited use becomes apparent by observing that the bare words "Masterpiece Living" could be presented in many ways under the registration. Nothing would prevent Alavida from altering its advertising to highlight the word "Masterpiece" and give the word "Living" less prominence, just as Masterpiece Inc. had done, or from changing the font or style of lettering that it had used.

[59] For this reason, it was incorrect in law to limit consideration to Alavida's post-application use of its trade-mark to find a reduced likelihood of confusion. Actual use is not irrelevant, but it should not be considered to the exclusion of potential uses within the registration. For example, a subsequent use that is within the scope of a registration, and is the same or very similar to an existing mark will show how that registered mark may

la possibilité de confusion si l'appelante devait exercer ses activités dans cette région de toute manière qui lui est permise en utilisant sa marque de commerce en liaison avec les sandwiches vendus ou les services exécutés dans l'exercice de son entreprise. [Je souligne; p. 102-103.]

[56] Dans l'analyse relative à la confusion, il importe de se rappeler que les droits exclusifs conférés par la Loi se rapportent à la « marque de commerce déposée » (art. 19, 20 et 21). Le tribunal appelé à statuer sur la probabilité de confusion entre une marque de commerce déposée et une autre marque — déposée ou non déposée mais utilisée antérieurement à la première — doit faire porter son analyse sur la marque de commerce projetée dont l'enregistrement a finalement été obtenu.

[57] Si le juge de première instance avait reconnu qu'Alavida pouvait employer sa marque de commerce comme bon lui semblait dans le champ d'application de son enregistrement, il lui aurait fallu conclure que l'emploi qu'elle faisait réellement de sa marque ne limitait pas ses droits. L'entreprise avait le droit d'employer les mots sous la forme de son choix.

[58] Le problème découlant d'une analyse qui tient compte de l'emploi limité de la marque en question devient manifeste lorsqu'on constate que les simples mots « Masterpiece Living » pourraient être présentés de diverses façons suivant l'enregistrement. En effet, rien n'empêcherait Alavida de modifier sa publicité en mettant en relief le mot « Masterpiece » et en donnant au mot « Living » moins d'importance, comme Masterpiece Inc. l'a fait, ou en en modifiant la typographie.

[59] Pour cette raison, ne faire porter l'examen que sur l'emploi qu'Alavida faisait de sa marque de commerce après avoir produit sa demande d'enregistrement pour conclure qu'il était peu probable que les marques en cause créent de la confusion revenait à commettre une erreur de droit. L'examen de l'emploi réel de la marque n'est certes pas dénué de pertinence, mais il ne doit pas non plus remplacer complètement l'examen d'autres emplois qui

be used in a way that is confusing with an existing mark.

(6) The Requirement to Assess the Unregistered Marks According to Their Actual Use

[60] As for Masterpiece Inc., because its trade-marks were unregistered on December 1, 2005, it may only rely on those trade-marks that it had actually used and the trade-name under which it had been carrying on business, and which had not been abandoned up to that date (see s. 17(1)). There is no suggestion of abandonment in this case (transcript, at p. 17, lines 8-12).

(7) The Resemblance Between the Trade-Marks in Issue

[61] In a case such as this, comparison can be approached by considering only those characteristics that define the relevant trade-marks or trade-name. It is only these elements that will allow consumers to distinguish between the two trade-marks or between the trade-mark and the trade-name. Here, because Alavida's proposed trade-mark is only the words "Masterpiece Living", the difference between or similarity with each of Masterpiece Inc.'s trade-marks and trade-name must be assessed only on the basis of these words alone. In my opinion, Alavida's "Masterpiece Living" is closest to Masterpiece Inc.'s "Masterpiece the Art of Living". I think that comparing this Masterpiece Inc. trade-mark with the Alavida trade-mark is decisive. If Alavida's mark is not likely to cause confusion with this Masterpiece Inc. mark, it is unnecessary to consider the other Masterpiece Inc. marks and trade-name which are less similar to the Alavida trade-mark. Conversely, if Alavida's trade-mark is found to be likely to cause confusion with this Masterpiece Inc. mark,

pourraient être faits en conformité avec l'enregistrement. Par exemple, l'emploi ultérieur, dans le champ d'application d'un enregistrement, d'une marque déposée identique ou très semblable à une marque qui existe déjà montrera comment la marque déposée peut être utilisée d'une manière qui crée de la confusion avec celle-ci.

(6) L'exigence d'évaluer les marques de commerce non déposées en fonction de leur emploi réel

[60] En ce qui concerne Masterpiece Inc., comme ses marques de commerce n'étaient pas déposées en date du 1<sup>er</sup> décembre 2005, elle ne peut faire valoir que les marques de commerce qu'elle avait effectivement employées et le nom commercial sous lequel elle avait exercé ses activités jusqu'à cette date, à condition de ne pas les avoir abandonnés (voir par. 17(1)). Or, rien ne tend à indiquer qu'il y ait eu abandon dans la présente cause (transcription, p. 17, lignes 8-12).

(7) La ressemblance entre les marques de commerce en litige

[61] Dans un cas comme celui qui nous occupe, il est possible de comparer les marques de commerce ou le nom commercial pertinents en n'examinant que les caractéristiques qui les définissent. Seuls ces éléments permettront aux consommateurs de faire la distinction entre les deux marques de commerce ou entre la marque de commerce et le nom commercial. En l'espèce, comme la marque de commerce projetée d'Alavida n'est constituée que des mots « Masterpiece Living », la différence ou la similitude entre cette marque et, d'une part, chacune des marques de commerce de Masterpiece Inc. et, d'autre part, le nom commercial de cette dernière, s'apprécie uniquement en fonction de ces mots. Selon moi, la marque « Masterpiece Living » d'Alavida se rapproche le plus de la marque « Masterpiece the Art of Living » de Masterpiece Inc. J'estime que la comparaison de ces deux marques est déterminante. Or, s'il est peu probable que ces marques créent de la confusion, il ne sera pas nécessaire d'étudier les autres marques de Masterpiece Inc. ainsi que le nom commercial de

it is unnecessary to test resemblance of its trade-mark with other Masterpiece Inc. trade-marks or its trade-name, although they may be relevant as part of the surrounding circumstances when likely confusion with the “Masterpiece the Art of Living” trade-mark is considered.

[62] Resemblance is defined as the quality of being either like or similar; see *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (5th ed. 2002), at p. 2544, under the definition of “resemblance”. The term “degree of resemblance” in s. 6(5)(e) of the Act implies that likelihood of confusion does not arise solely from identical trade-marks. “[D]egree of resemblance” recognizes that marks with some differences may still result in likely confusion.

[63] The first word in both Alavida’s and Masterpiece Inc.’s trade-marks is the identical word “Masterpiece”. It has been held that for purposes of distinctiveness, the first word is important (see *Conde Nast Publications Inc. v. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (F.C.T.D.), at p. 188, per Cattanach J.).

[64] While the first word may, for purposes of distinctiveness, be the most important in some cases, I think a preferable approach is to first consider whether there is an aspect of the trade-mark that is particularly striking or unique. Here there is nothing striking or unique about the word “Living” or the words “the Art of Living”. “Masterpiece” is the word that distinguishes Alavida and Masterpiece Inc. from other sources of retirement residence services. It is a reasonable conclusion that “Masterpiece” is the dominant word in these trade-marks, and it is obviously identical as between Alavida and Masterpiece Inc. By the same token, in

celle-ci, qui s’apparentent moins à la marque de commerce d’Alavida. À l’inverse, s’il est conclu qu’elles créent probablement de la confusion, il ne sera pas nécessaire de se demander si la marque d’Alavida ressemble à ces autres marques de Masterpiece Inc. ou au nom commercial de celle-ci, bien qu’il puisse s’agir de facteurs pertinents faisant partie des circonstances de l’espèce à prendre en compte dans l’examen de la question de savoir s’il y a une probabilité de confusion avec la marque de commerce « Masterpiece the Art of Living ».

[62] La ressemblance est définie comme étant le rapport entre des objets de même espèce présentant des éléments identiques. Cette définition comprend l’idée de similitude; voir la définition de « ressemblance » dans *Le Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (2010), p. 2220. Le mot « degré de ressemblance » à l’al. 6(5)e) de la Loi sous-entend que ce n’est pas seulement dans les cas où les marques de commerce en cause sont identiques qu’il y a une probabilité de confusion : des marques comportant un certain nombre de différences peuvent aussi engendrer une probabilité de confusion.

[63] Le premier mot qui figure dans les marques de commerce d’Alavida et de Masterpiece Inc. est le même, à savoir « Masterpiece ». Il a été établi que le premier mot est important lorsqu’il s’agit d’établir le caractère distinctif d’une marque (voir *Conde Nast Publications Inc. c. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Cattanach, p. 188).

[64] Il est vrai que dans certains cas le premier mot sera l’élément le plus important pour établir le caractère distinctif d’une marque de commerce, mais j’estime qu’il est préférable de se demander d’abord si l’un des aspects de celle-ci est particulièrement frappant ou unique. En l’espèce, les mots « Living » ou « the Art of Living » ne sont en rien frappants ou uniques. « Masterpiece » est le mot qui distingue Alavida et Masterpiece Inc. des autres fournisseurs de services de résidence pour personnes âgées. Il est raisonnable de conclure qu’il est le mot dominant dans les marques de commerce de l’une et de l’autre. En outre, il est évidemment



the context of the retirement residence industry, the idea evoked by the word “Masterpiece”, high quality retirement lifestyle, is the same for both Alavida and Masterpiece Inc. Finally, the word “Living” is identical as between the Alavida and Masterpiece Inc. trade-marks.

[65] Given these striking similarities, it is, in my respectful view, very difficult not to find a strong resemblance as a whole between the two, Masterpiece Inc.’s trade-marks and Alavida’s trade-mark.

*C. When Considering the “Nature of the Trade” Under Section 6(5) of the Act, What Effect Does the Nature and Cost of the Wares or Services Have on the Confusion Analysis?*

[66] A further difficulty is the trial judge’s consideration of the cost associated with a retirement residence. He found that consumers in the market for a retirement residence will take more care and ultimately will be less likely to be led astray by confusing trade-marks than if they were in the market for less expensive wares or services. In taking into account both the nature of the parties’ business under s. 6(5)(c) and the “nature of the trade” under s. 6(5)(d), the trial judge wrote:

Turning to the nature of the business, both companies operate in the area of expensive retirement residences and services. People take considerable care in choosing a residence and selecting the company that will provide it. In these circumstances, consumers can be presumed to be less susceptible to confusion about the source of the goods or services they are seeking because they are unlikely to make choices based on first impressions. They will generally take considerable time to inform themselves about the source of expensive goods and services (*General Motors Corp. v. Bellows*, [1949] S.C.R. 678). [Emphasis added; para. 43.]

[67] This Court has affirmed that consumers in the market for expensive goods may be less likely

commun à ces marques. De même, dans le contexte du secteur des résidences pour personnes âgées, l’idée évoquée par le mot « Masterpiece », à savoir la retraite dans le luxe, est la même tant pour la marque d’Alavida que pour celle de Masterpiece Inc. Enfin, le mot « Living » est lui aussi commun aux marques d’Alavida et de Masterpiece Inc.

[65] Compte tenu de ces similitudes frappantes, j’estime, en toute déférence, qu’il est très difficile de ne pas conclure qu’il existe globalement une forte ressemblance entre les deux marques de commerce de Masterpiece Inc. et celle d’Alavida.

*C. Dans le cadre de l’examen de la « nature du commerce » en application du par. 6(5) de la Loi, quelle est l’incidence de la nature et du coût des marchandises ou des services en cause sur l’analyse relative à la confusion?*

[66] L’analyse du juge de première instance de ce qu’il en coûte pour acquérir une résidence pour personnes âgées soulève une autre difficulté. Il a conclu que les consommateurs à la recherche d’une telle résidence prendront plus de précautions et seront en bout de ligne moins susceptibles d’être induits en erreur par des marques de commerce créant de la confusion que s’ils étaient à la recherche de marchandises ou de services moins onéreux. Voici ce qu’il a écrit au sujet du genre d’entreprises des parties au sens de l’al. 6(5)(c) de la Loi et de la « nature du commerce » au sens de l’al. 6(5)(d) de celle-ci :

Pour ce qui est de la nature du commerce, les deux entreprises exercent leurs activités dans le domaine des résidences et des services pour personnes âgées dépendantes. Les gens mettent beaucoup de soin à choisir une résidence et l’entreprise qui l’exploite. Dans ces circonstances, on peut présumer que les consommateurs sont moins susceptibles de confondre la source des biens et services qu’ils recherchent, parce qu’il est peu probable qu’ils basent leur choix sur une première impression. En règle générale, ils consacrent un temps appréciable à s’informer sur la source de biens et services qui coûtent cher (*General Motors Corp. c. Bellows*, [1949] R.C.S. 678). [Je souligne; par. 43.]

[67] La Cour a affirmé que les consommateurs qui sont à la recherche de biens onéreux sont moins

to be confused when they encounter a trade-mark, but the test is still one of “first impression”. In his reasons, the trial judge used the importance and cost of expensive goods and services to change the likelihood of confusion test from one of first impression of a trade-mark to a test of consumers being “unlikely to make choices based on first impressions”. This approach is not consistent with the test for confusion under s. 6(5) which has been consistently endorsed by this Court, most recently in *Veuve Clicquot*.

[68] While the hypothetical test for likelihood of confusion must be applied in all situations, it is flexible enough to reflect the observation of Binnie J. in *Mattel*, at para. 58:

When buying a car or a refrigerator, more care will naturally be taken than when buying a doll or a mid-priced meal . . . .

[69] However, as one element of the broader hypothetical test, this care or attention must relate to the attitude of the consumer approaching an important or costly purchase when he or she encounters the trade-mark, not to the research or inquiries or care that may subsequently be taken. As Rand J. put it in *General Motors Corp. v. Bellows*, [1949] S.C.R. 678, at p. 692:

Do the words then in that situation [refrigerators] lend themselves to the errors of faint impression or recollection of the average person who goes to their market? [Emphasis added.]

[70] The focus of this question is the attitude of a consumer in the marketplace. Properly framed, consideration of the nature of the wares, services or business should take into account that there may be a lesser likelihood of trade-mark confusion where consumers are in the market for expensive or important wares or services. The reduced likelihood of confusion is still premised on the first impression of consumers *when they encounter* the marks in

susceptibles de confondre des marques de commerce, mais le critère demeure celui de la « première impression ». Dans ses motifs, le juge s’est fondé sur l’importance et le coût des biens et des services onéreux pour modifier le critère relatif à la probabilité de confusion. Selon lui, le critère applicable n’était pas celui de la première impression que laisse dans l’esprit des consommateurs la vue d’une marque de commerce, mais plutôt le « peu [de probabilité que les consommateurs] basent leur choix sur une première impression ». Cette démarche n’est pas compatible avec le critère en matière de confusion énoncé au par. 6(5) de la Loi, qui a été constamment repris par la Cour, tout récemment d’ailleurs dans *Veuve Clicquot*.

[68] Bien qu’il faille l’appliquer dans toutes les situations, le critère fondé sur l’hypothèse, qui sert à décider s’il y a probabilité de confusion, est assez souple pour refléter la remarque faite par le juge Binnie dans *Mattel*, par. 58 :

Il prend naturellement plus de précautions s’il achète une voiture ou un réfrigérateur, que s’il achète une poupée ou un repas à prix moyen . . .

[69] Toutefois, ces précautions ou cette attention, qui constituent l’un des éléments du critère — plus large — fondé sur l’hypothèse, doivent avoir trait à l’attitude du consommateur s’apprêtant à faire un achat important ou coûteux lorsqu’il voit la marque de commerce, et non pas à ses recherches ou précautions ultérieures. Le juge Rand a affirmé ce qui suit dans *General Motors Corp. c. Bellows*, [1949] R.C.S. 678, p. 692 :

[TRADUCTION] Les mots dans cette situation [réfrigérateurs] contribuent-ils aux vagues impressions ou souvenirs erronés de la personne ordinaire qui s’apprête à faire un achat? [Je souligne.]

[70] Cette question porte principalement sur l’attitude du consommateur qui s’apprête à faire un achat. Or, l’examen convenable de la nature des marchandises, des services ou de l’entreprise en cause doit tenir compte du fait que la probabilité que des marques de commerce créent de la confusion peut être moins grande lorsque le consommateur est à la recherche de marchandises ou de services importants ou onéreux. Il n’en demeure pas

question. Where they are shopping for expensive wares or services, a consumer, while still having an imperfect recollection of a prior trade-mark, is likely to be somewhat more alert and aware of the trade-mark associated with the wares or services they are examining and its similarity or difference with that of the prior trade-mark. A trade-mark, as Binnie J. observed in *Mattel*, is a shortcut for consumers. That observation applies whether they are shopping for more or less expensive wares or services.

[71] It is not relevant that, as the trial judge found, consumers are “unlikely to make choices based on first impressions” or that they “will generally take considerable time to inform themselves about the source of expensive goods and services” (para. 43). Both of these — subsequent research or consequent purchase — occur *after* the consumer encounters a mark in the marketplace.

[72] This distinction is important because even with this increased attentiveness, it may still be likely that a consumer shopping for expensive goods and services will be confused by the trade-marks they encounter. Careful research and deliberation may dispel any trade-mark confusion that may have arisen. However, that cannot mean that consumers of expensive goods, through their own caution and wariness, should lose the benefit of trade-mark protection. It is confusion when they encounter the trade-marks that is relevant. Careful research which may later remedy confusion does not mean that no confusion ever existed or that it will not continue to exist in the minds of consumers who did not carry out that research.

[73] Indeed, *before* source confusion is remedied, it may lead a consumer to seek out, consider

moins que cette probabilité moins grande est toujours fondée sur la première impression du consommateur *lorsqu’il voit* les marques en question. Le consommateur à la recherche de marchandises ou de services onéreux pourra n’avoir qu’un vague souvenir d’une marque de commerce qu’il a déjà vue, et il portera probablement un peu plus attention à la marque de commerce qui identifie les marchandises ou services qu’il est en train d’examiner, notamment quant aux similitudes ou différences entre cette marque et celle déjà vue. Comme l’a affirmé le juge Binnie dans *Mattel*, les marques de commerce sont des raccourcis offerts aux consommateurs. Cette affirmation s’applique peu importe que les consommateurs soient à la recherche de marchandises ou de services plus ou moins onéreux.

[71] Il est sans importance que, comme l’a conclu le juge de première instance, « il [soit] peu probable [que les consommateurs] basent leur choix sur une première impression » ou que, « [e]n règle générale, ils consacrent un temps appréciable à s’informer sur la source de biens et services qui coûtent cher » (par. 43). En effet, tant les recherches ultérieures que l’achat qui s’ensuit ont lieu *après* que le consommateur a vu une marque.

[72] Cette distinction est importante car, malgré ce degré d’attention accru, il peut tout de même subsister la probabilité que des marques de commerce créent de la confusion chez le consommateur à la recherche de biens et de services onéreux. Cela dit, une telle confusion peut se dissiper après mûre réflexion au terme de recherches approfondies. Toutefois, cela ne veut pas dire que le consommateur de biens onéreux ne peut bénéficier de la protection du régime des marques de commerce parce qu’il fait preuve de prudence et de méfiance. Ce qui compte, c’est la confusion qui naît dans son esprit lorsqu’il voit les marques de commerce. Il ne faut pas déduire de la dissipation ultérieure de la confusion au terme de recherches approfondies qu’elle n’a jamais existé ou qu’elle cessera de subsister dans l’esprit du consommateur qui n’a pas fait de telles recherches.

[73] D’ailleurs, *avant* qu’elle ne soit dissipée, une telle confusion peut amener le consommateur à

or purchase the wares or services from a source they previously had no awareness of or interest in. Such diversion diminishes the value of the goodwill associated with the trade-mark and business the consumer initially thought he or she was encountering in seeing the trade-mark. Leading consumers astray in this way is one of the evils that trade-mark law seeks to remedy. Consumers of expensive wares or services and owners of the associated trade-marks are entitled to trade-mark guidance and protection as much as those acquiring and selling inexpensive wares or services.

[74] For these reasons, it was an error to discount the likelihood of confusion by considering what actions the consumer might take after encountering a mark in the marketplace. The trial judge should have instead limited his consideration to how a consumer, upon encountering the Alavida mark in the marketplace, with an imperfect recollection of the Masterpiece Inc. mark, would have reacted. Because consumers for expensive retirement residence accommodation may be expected to pay somewhat more attention when first encountering a trade-mark than consumers of less expensive wares or services, cost is not irrelevant. However, in circumstances where a strong resemblance suggests a likelihood of confusion, and the other s. 6(5) factors do not point strongly against a likelihood of confusion, then the cost is unlikely to lead to a different conclusion.

D. *When Should Courts Take Into Account Expert Evidence in Trade-Mark Confusion Cases?*

(1) The Judge's Role in Controlling the Admission of Expert Evidence

[75] Tendering expert evidence in trade-mark cases is no different than tendering expert evidence

rechercher, considérer ou acheter les marchandises ou les services d'une source dont il ignorait jusque-là l'existence ou à laquelle il ne s'était pas auparavant intéressé, et, partant, diminuer la valeur de l'achalandage rattaché à la marque de commerce et à l'entreprise à laquelle le consommateur croyait initialement avoir affaire en voyant la marque de commerce. Induire ainsi le consommateur en erreur est l'un des maux que la législation sur les marques de commerce vise à enrayer. Les consommateurs de marchandises ou de services onéreux et les propriétaires des marques de commerce qui y sont associées ont autant droit de bénéficier du régime des marques de commerce, notamment en matière de protection, que ceux qui achètent ou vendent des marchandises ou des services peu coûteux.

[74] Pour ces raisons, j'estime que la décision du juge de première instance de faire abstraction de la probabilité de confusion en examinant ce que le consommateur était susceptible de faire au vu d'une marque était erronée. Il aurait plutôt dû s'en tenir à la question de savoir comment le consommateur ayant un vague souvenir de la marque de Masterpiece Inc. aurait réagi en voyant celle d'Alavida. Comme on peut s'attendre à ce que le consommateur à la recherche d'une résidence de luxe pour personnes âgées porte un peu plus attention à la marque de commerce qu'il voit pour la première fois que le consommateur de marchandises ou services moins onéreux, la question du coût n'est pas dénuée de pertinence. Toutefois, cette question ne mènera vraisemblablement pas à une conclusion différente dans les cas où l'existence d'une forte ressemblance donne à penser qu'il y a probabilité de confusion et où les autres facteurs énoncés au par. 6(5) de la Loi ne militent pas fortement contre l'existence d'une telle probabilité.

D. *Quand les tribunaux doivent-ils tenir compte d'une preuve d'expert dans les affaires où des marques de commerce créent de la confusion?*

(1) Le rôle du juge dans l'admission de la preuve d'expert

[75] La présentation d'une preuve d'expert dans les affaires portant sur des marques de commerce

in other contexts. This Court in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, set out four requirements to be met before expert evidence is accepted in a trial: (a) relevance; (b) necessity in assisting the trier of fact; (c) the absence of any exclusionary rule; and (d) a properly qualified expert. In considering the standard for the second of these requirements, “necessity”, the Court explained that an expert should not be permitted to testify if their testimony is not “likely to be outside the experience and knowledge of a judge”:

This pre-condition is often expressed in terms as to whether the evidence would be helpful to the trier of fact. The word “helpful” is not quite appropriate and sets too low a standard. However, I would not judge necessity by too strict a standard. What is required is that the opinion be necessary in the sense that it provide information “which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury”: as quoted by Dickson J. in *R. v. Abbey*, *supra*. As stated by Dickson J., the evidence must be necessary to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue due to their technical nature. [p. 23]

[76] In light of the relatively extensive expert evidence in this case, and the difficulties with the evidence that I discuss below, I think it is timely to recall that litigation is costly. Courts must fulfil their gatekeeper role to ensure that unnecessary, irrelevant and potentially distracting expert and survey evidence is not allowed to extend and complicate court proceedings. While this observation applies generally, I focus particularly on trade-mark confusion cases, which is the subject of this appeal.

[77] If a trial judge concludes that proposed expert evidence is unnecessary or irrelevant or will distract from the issues to be decided, he or she should disallow such evidence from being introduced. I will also suggest that proposed expert and survey evidence be a matter for consideration at the case management stage of proceedings so that if such evidence would not be admissible at trial,

ne diffère pas de la présentation d’une telle preuve dans d’autres contextes. Dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, la Cour a énoncé quatre exigences à satisfaire pour qu’une preuve d’expert soit acceptée au procès : a) la pertinence, b) la nécessité d’aider le juge des faits, c) l’absence de toute règle d’exclusion, et d) la qualification suffisante de l’expert. En examinant la norme relative à la deuxième de ces exigences, à savoir la « nécessité », la Cour a expliqué que l’expert ne doit être autorisé à témoigner que si son témoignage contient des renseignements « qui, selon toute vraisemblance, dépassent l’expérience et la connaissance d’un juge ou d’un jury » :

Cette condition préalable est fréquemment reprise dans la question de savoir si la preuve serait utile au juge des faits. Le mot « utile » n’est pas tout à fait juste car il établit un seuil trop bas. Toutefois, je ne jugerais pas la nécessité selon une norme trop stricte. L’exigence est que l’opinion soit nécessaire au sens qu’elle fournit des renseignements « qui, selon toute vraisemblance, dépassent l’expérience et la connaissance d’un juge ou d’un jury » : cité par le juge Dickson, dans *Abbey*, précité. Comme le juge Dickson l’a dit, la preuve doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d’apprécier les questions en litige étant donné leur nature technique. [p. 23]

[76] Compte tenu de la preuve d’expert relativement détaillée qui a été présentée en l’espèce et des problèmes posés par la preuve dont je discuterai plus loin, je pense qu’il est opportun de rappeler que les litiges coûtent cher. Les tribunaux doivent veiller à ce que les preuves d’expert et les preuves par sondage qui ne sont ni nécessaires, ni pertinentes, et qui risquent de troubler leur attention ne viennent pas rallonger et compliquer le déroulement de l’instance. Bien que cette remarque soit d’application générale, je cible particulièrement les affaires de confusion entre des marques de commerces, comme c’est le cas en l’espèce.

[77] Le juge de première instance ne doit admettre aucune preuve d’expert qui, selon lui, n’est ni nécessaire, ni pertinente, ou le distraira de son analyse des questions qu’il est appelé à trancher. Je pense aussi que c’est au stade de la gestion de l’instance qu’il convient de décider si les preuves d’expert et les preuves par sondage que les parties comptent présenter sont admissibles ou non, et ce,

much of the cost of engaging experts and conducting surveys may be avoided. To explain my reasons, I turn to the expert evidence in this case.

(2) The Expert Evidence in This Case Did Not Assist With the Confusion Analysis

[78] A significant part of the trial judgment, and argument in this Court, was dedicated to the expert evidence submitted by the parties. This evidence took two forms: expert testimony adduced by Alavida on how a consumer is likely to react when presented with the trade-marks, and a survey conducted by an expert for Masterpiece Inc. which was heavily critiqued by an expert for Alavida.

[79] It is apparent that the expert evidence on either side was not particularly helpful. Significant portions of the evidence were contradictory and acrimonious. In the result, these disputes appear to have substantially distracted from the confusion analysis rather than assisting it.

[80] The first problem was that much of the expert testimony did not meet the second *Mohan* requirement of being necessary. In a case such as this, where the “casual consumer” is not expected to be particularly skilled or knowledgeable, and there is a resemblance between the marks, expert evidence which simply assesses that resemblance will not generally be necessary. And it will be positively unhelpful if the expert engages in an analysis that distracts from the hypothetical question of likelihood of confusion at the centre of the analysis.

[81] The evidence of one of Alavida’s experts consisted in part of a discussion of morphology, semantics, rules of grammar and conventions of expression. This led him to conclude that in the case of Alavida’s “Masterpiece Living” trade-mark,

afin d’éviter que celles-ci n’engagent des frais inutiles. J’illustrerai mes propos en me penchant sur la preuve d’expert présentée en l’espèce.

(2) L’inutilité des preuves d’expert quant à l’analyse relative à la confusion

[78] Une partie importante de la décision rendue en première instance et de l’argumentation présentée à notre Cour a porté sur les preuves d’expert présentées par les parties, à savoir le témoignage d’expert produit par Alavida sur la réaction probable du consommateur lorsqu’on lui présente les marques de commerce, et les résultats d’un sondage mené par un expert pour le compte de Masterpiece Inc. qui ont été fortement contestés par un expert embauché par Alavida.

[79] De toute évidence, les preuves d’expert produites par l’une et l’autre partie n’ont pas été très utiles. En effet, de larges pans de leurs preuves respectives avaient un caractère contradictoire et acrimonieux. D’ailleurs, ces preuves, loin d’être utiles au tribunal, ont semblé avoir détourné son attention de l’analyse relative à la confusion.

[80] Le premier problème que posait une bonne partie du témoignage d’expert est le fait qu’il ne répondait pas à la deuxième exigence énoncée dans *Mohan*, c’est-à-dire la nécessité. Dans un cas comme celui qui nous occupe, où le « consommateur ordinaire » n’est pas censé posséder des compétences ou des connaissances particulières et où il existe une ressemblance entre les marques, il n’est généralement pas nécessaire de soumettre une preuve d’expert qui ne fournit qu’une simple appréciation de cette ressemblance. Par surcroît, une telle preuve sera carrément inutile si l’expert se livre à une analyse qui éloigne le tribunal de la question hypothétique qui est au cœur de l’analyse, à savoir s’il est probable que les marques créent de la confusion.

[81] La preuve soumise par l’un des experts d’Alavida consistait en partie en une analyse de la morphologie, de la sémantique, des règles de grammaire et des conventions en matière d’expression qui l’a amené à conclure que, dans la marque de

the focus of the mark is on life and living, where living is the dominant element. On the other hand, in the case of Masterpiece Inc.'s "Masterpiece the Art of Living", his view was that "Masterpiece" is the focal point which he thought reduced the likelihood of confusion.

[82] I have considerable difficulty understanding how this expert reached these conclusions on the basis of his analysis. If a conclusion is rational, an expert must be able to explain the reasons for it. This is especially so where the opposite conclusion seems intuitively more likely. No such explanation was provided. The distinctive word is "Masterpiece" in both cases, not "Living". "Masterpiece" is the first word in each trade-mark. The word "Living" appears in both the Masterpiece Inc. and Alavida trade-marks. The idea of the trade-marks is the same. As discussed above, in this case, it is apparent that in the retirement residence industry, Alavida's "Masterpiece Living" closely resembles Masterpiece Inc.'s "Masterpiece the Art of Living".

[83] Neither an expert, nor a court, should tease out and analyze each portion of a mark alone. Rather, it should consider the mark as it is encountered by the consumer — as a whole, and as a matter of first impression. In *Ultravite Laboratories Ltd. v. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] S.C.R. 734, Spence J., in deciding whether the words "DANDRESS" and "RES DAN" for removal of dandruff were confusing, succinctly made the point, at pp. 737-38: "[T]he test to be applied is with the average person who goes into the market and not one skilled in semantics."

[84] However, considering a trade-mark as a whole does not mean that a dominant component in a mark which would affect the overall impression

commerce « Masterpiece Living » d'Alavida, l'accent était mis sur le mot « Living » et en constituait l'élément dominant, alors que dans la marque « Masterpiece the Art of Living » de Masterpiece Inc., c'était le mot « Masterpiece » qui était l'élément dominant, ce qui, selon lui, réduisait la probabilité de confusion.

[82] J'ai beaucoup de difficulté à comprendre comment cet expert a pu tirer ces conclusions en se fondant sur cette analyse. Tout expert doit pouvoir expliquer les motifs qui sous-tendent une conclusion rationnelle. Cela est d'autant plus vrai dans les cas où la conclusion contraire semble intuitivement plus probable. Or, l'expert n'a pas fourni une telle explication. Dans les deux cas, le mot distinctif est « Masterpiece » et non pas « Living ». En effet, le mot « Masterpiece » est celui qui figure en premier dans chacune des marques de commerce. Pour sa part, le mot « Living » figure lui aussi dans chaque marque. L'idée véhiculée par les marques est la même dans chaque cas. Comme je l'ai déjà mentionné, il est évident que, dans le secteur des résidences pour personnes âgées, la marque de commerce « Masterpiece Living » d'Alavida ressemble beaucoup à la marque « Masterpiece the Art of Living » de Masterpiece Inc.

[83] Dans l'analyse d'une marque de commerce, ni l'expert, ni le tribunal ne doit considérer chaque partie de celle-ci séparément des autres éléments. Il convient plutôt d'examiner la marque telle que le consommateur la voit, à savoir comme un tout, et sur la base d'une première impression. Dans *Ultravite Laboratories Ltd. c. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] R.C.S. 734, le juge Spence, qui devait décider si les mots « DANDRESS » et « RES DAN », en liaison avec l'élimination des pellicules, créaient de la confusion, a exprimé succinctement sa pensée aux p. 737 et 738 : [TRADUCTION] « [L]e critère qu'il convient d'appliquer est celui de la personne ordinaire à la recherche d'un produit et non pas celui de la personne versée dans l'art du sens des mots. »

[84] Toutefois, examiner la marque de commerce dans son ensemble ne veut pas dire qu'il faut faire abstraction d'une composante dominante

of an average consumer should be ignored: see *esure Insurance Ltd. v. Direct Line Insurance plc*, 2008 EWCA Civ 842, [2008] R.P.C. 34, at para. 45, *per* Arden L.J. This is because, while the consumer looks at the mark as a whole, some aspect of the mark may be particularly striking. That will be because that aspect is the most distinctive part of the whole trade-mark. In this case, contrary to the view of the expert, the most distinctive and dominant component of the marks in issue is in all cases the word “Masterpiece” because it provides the content and punch of the trade-mark. The word “Living” is bland by comparison.

[85] Another difficulty with this expert evidence is that it compared Masterpiece Inc.’s marks with Alavida’s trade-mark in the format and font in which it was used by Alavida subsequent to December 1, 2005. The expert did not, as was necessary in this case, consider any other presentation available to Alavida in accordance with its trade-mark registration. For example, as discussed above, nothing would preclude Alavida from using the same format and font as Masterpiece Inc. and giving prominence to the word “Masterpiece” in the same manner as Masterpiece Inc. This may have been what led the trial judge into the same error in concluding that the subsequent use by Alavida of its trade-mark was sufficiently different from Masterpiece Inc.’s trade-marks and trade-name that it would reduce the likelihood of confusion.

[86] Another problematic example in the expert evidence relates to the expert’s reference to the cost and importance of the goods or services in question. The expert expresses the opinion:

As decision extend[s] from the shallow to the grave end of the decision spectrum, consumers exert a higher degree of consumer care and attention, increase their

de celle-ci qui aurait une incidence sur l’impression générale du consommateur moyen : voir les motifs de la juge Arden dans *esure Insurance Ltd. c. Direct Line Insurance plc*, 2008 EWCA Civ 842, [2008] R.P.C. 34, par. 45. Il en est ainsi parce que même si le consommateur regarde la marque dans son ensemble, il se peut qu’un certain aspect de celle-ci soit particulièrement frappant et qu’il en constitue l’élément le plus distinctif. Il en sera ainsi parce que cet aspect est la partie la plus distinctive de l’ensemble de la marque de commerce. En l’espèce, contrairement à l’expert, j’estime que la composante la plus distinctive et dominante de chacune des marques en cause est le mot « Masterpiece », car il en traduit le contenu et l’aspect le plus frappant. Le mot « Living » est fade par comparaison.

[85] Une autre difficulté liée à cette preuve d’expert réside dans le fait qu’elle comparait les marques de Masterpiece Inc. avec la marque de commerce d’Alavida dans la forme — notamment sur le plan typographique — sous laquelle celle-ci l’employait après le 1<sup>er</sup> décembre 2005. L’expert n’a pas, comme il devait le faire en l’espèce, examiné les autres formes de présentation qu’Alavida pouvait utiliser conformément à l’enregistrement de sa marque de commerce. Par exemple, comme je l’ai précédemment dit, rien n’empêcherait Alavida de présenter sa marque dans la même forme que celle de Masterpiece Inc. — notamment sur le plan typographique — et de mettre en évidence le mot « Masterpiece » comme cette dernière l’a fait. C’est peut-être ce qui a amené le juge de première instance à commettre la même erreur en concluant que l’emploi ultérieur par Alavida de sa marque était suffisamment différent de l’emploi des marques de commerce et du nom commercial de Masterpiece Inc. pour que la probabilité de confusion soit diminuée.

[86] Un autre aspect problématique de la preuve de l’expert est la mention par celui-ci du coût et de l’importance des biens ou des services en question. L’expert a exprimé l’opinion suivante sur ce point :

[TRADUCTION] À mesure que croît l’importance de sa décision de consommation, le consommateur fait montre de plus de vigilance et d’attention, il déploie



efforts to acquire information, engage in elaborate product search behaviours, and judge competing offers with elevated levels of scrutiny. Most importantly, as the degree of care exercised increases, the likelihood of confusion decreases. [A.R., vol. II, at p. 75]

[87] It is apparent that the expert was focusing on points in time after the consumer first encountered the trade-mark. As I have explained, subsequent research and care may unconfuse the consumer, but they do not detract from the confusion relevant for purposes of the *Trade-marks Act* that occurred when the consumer first encountered the trade-mark. The expert made assumptions of law that were wrong, and his conclusions were therefore wrong. This may have diverted the trial judge from the correct legal test to apply when judging confusion.

[88] In view of these and other difficulties with the expert evidence in this case, I think it may be useful to comment generally on the use of expert evidence in a confusion case. In doing so, I have found guidance in the observations of Lord Diplock in *General Electric Co. v. The General Electric Co. Ltd.*, [1972] 2 All E.R. 507 (H.L.). He distinguished between goods sold in a specialized market of sophisticated consumers engaged in a particular trade, e.g., large industrial electrical machinery, on the one hand, and those sold to the general public, on the other. Where the market is specialized, evidence about the special knowledge or sophistication of the targeted consumers may be essential to determining when confusion would be likely to arise. However, where goods are sold to the general public for ordinary use, he explained, at p. 515:

... the question whether such buyers would be likely to be deceived or confused by the use of the trade mark is a 'jury question'. By that I mean that if the issue had now, as formerly, to be tried by a jury, who as members of the

davantage d'efforts pour se renseigner, il recherche plus activement un produit et il apprécie de plus en plus méticuleusement les offres concurrentes. Mais, surtout, à mesure que le degré de vigilance exercée par le consommateur augmente, la probabilité de confusion diminue en conséquence. [d.a., vol. II, p. 75]

[87] Il est évident que l'expert s'est attaché à certains moments après que le consommateur a vu la marque de commerce pour la première fois. Comme je l'ai expliqué plus tôt, les recherches subséquentes effectuées par le consommateur et la vigilance manifestée ultérieurement par celui-ci peuvent dissiper la confusion dans l'esprit de ce dernier, mais elles ne changent rien à la confusion — pertinente pour l'application de la *Loi sur les marques de commerce* — qui a existé dans l'esprit du consommateur lorsqu'il a vu la marque de commerce pour la première fois. L'expert a appliqué des présomptions de droit erronées et a par conséquent tiré des conclusions elles-mêmes erronées. Ces erreurs ont pu amener le juge à appliquer le mauvais critère juridique pour apprécier la confusion.

[88] Compte tenu des problèmes susmentionnés et d'autres problèmes que pose la preuve d'expert en l'espèce, il pourrait être utile, je pense, de formuler quelques remarques générales sur l'utilisation d'une telle preuve dans une affaire de confusion. À cette fin, je vais m'inspirer des propos de lord Diplock dans *General Electric Co. c. The General Electric Co. Ltd.*, [1972] 2 All E.R. 507 (H.L.). Celui-ci y a fait une distinction entre, d'une part, les biens vendus dans un marché spécialisé composé de consommateurs avertis exerçant un commerce particulier, par exemple le commerce de gros appareils électriques industriels, et, d'autre part, les biens vendus au grand public. En présence d'un marché spécialisé, il peut s'avérer essentiel de faire la preuve du degré de connaissance ou caractère averti particulier des consommateurs afin de déterminer dans quels cas la confusion est susceptible de se produire. Toutefois, quand il est question de biens vendus aux membres du grand public pour usage courant, lord Diplock a affirmé ce qui suit à la p. 515 :

[TRADUCTION] ... la question de savoir si de tels acheteurs seraient susceptibles de se méprendre ou d'être confus en raison de l'emploi de la marque de commerce est une « question relevant du jury ». Je veux dire par

general public would themselves be potential buyers of the goods, they would be required not only to consider any evidence of other members of the public which had been adduced but also to use their own common sense and to consider whether they would themselves be likely to be deceived or confused.

[89] The question is not answered differently when the issue is determined by a judge. Lord Diplock wrote, continuing at p. 515:

The judge's approach to the question should be the same as that of a jury. He, too, would be a potential buyer of the goods. He should, of course, be alert to the danger of allowing his own idiosyncratic knowledge or temperament to influence his decision, but the whole of his training in the practice of the law should have accustomed him to this, and this should provide the safety which in the case of a jury is provided by their number. That in issues of this kind judges are entitled to give effect to their own opinions as to the likelihood of deception or confusion and, in doing so, are not confined to the evidence of witnesses called at the trial is well established by decisions of this House itself. [Emphasis added.]

[90] In *esure*, the same concern and caution was expressed about expert evidence of confusion. At para. 62, Arden L.J. stated:

Firstly, given that the critical issue of confusion of any kind is to be assessed from the viewpoint of the average consumer, it is difficult to see what is gained from the evidence of an expert as to his own opinion where the tribunal is in a position to form its own view. That is not to say that there may not be a role for an expert where the markets in question are ones with which judges are unfamiliar . . .

[91] In *Ultravite*, Spence J. was quite satisfied to express and apply his own view of the first impression of a trade-mark on the average consumer. At p. 738, he stated:

In expressing my view, I am putting myself in the position of the average person going into the market to purchase a dandruff remover and hair tonic.

là que si la question devait encore, comme auparavant, être tranchée par des jurés qui, à titre de membres du grand public, seraient des acheteurs éventuels des biens en question, ces jurés devraient non seulement considérer tout élément de preuve d'autres membres du public qui ont été produits, mais également se servir de leur propre sens commun et voir s'ils seraient eux-mêmes susceptibles de se méprendre ou d'être confus.

[89] La réponse à cette question n'est pas différente lorsque celle-ci est tranchée par un juge. Lord Diplock a ajouté ceci à la p. 515 :

[TRADUCTION] La démarche du juge à l'égard de la question devrait être la même que celle du jury. Lui aussi est un acheteur éventuel des biens concernés. Il doit évidemment demeurer prudent et ne pas laisser ses connaissances ou son tempérament particuliers influencer sa décision, mais l'ensemble de sa formation à la pratique du droit devrait l'avoir familiarisé avec ce risque, et cette formation devrait assurer la protection nécessaire, protection qui, dans le cas des jurés, découle de leur nombre. La Cour a bien établi dans certaines décisions que, dans les questions de ce genre, les juges ont le droit de se fier à leurs propres opinions quant à la probabilité de méprise ou de confusion et, de ce fait, n'ont pas à se limiter aux dépositions des témoins au procès. [Je souligne.]

[90] Dans *esure*, la même préoccupation et la même mise en garde ont été exprimées quant à la preuve d'expert relative à la confusion. Au paragraphe 62 de cette décision, la juge Arden a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Premièrement, comme la question cruciale de la confusion — quelle que soit la nature de cette confusion — doit être appréciée du point de vue du consommateur moyen, il est difficile d'imaginer quel avantage apporte l'opinion d'un expert lorsque le tribunal est en mesure d'arrêter sa propre opinion. Cela ne veut pas dire que les experts n'ont aucun rôle à jouer dans les cas où le juge ne connaît absolument rien des marchés en question . . .

[91] Dans *Ultravite*, le juge Spence se sentait très à l'aise d'exprimer et d'appliquer son propre point de vue quant à la première impression que produirait une marque de commerce sur le consommateur moyen. Il a déclaré ce qui suit à la p. 738 :

[TRADUCTION] En exprimant mon point de vue, je mets à la place de la personne moyenne qui se rend au marché pour acheter un shampoing antipellicules et une lotion capillaire.

[92] I would endorse these comments about expert evidence and follow the approach of Spence J. in *Ultravite*, the House of Lords in *General Electric* and the English Court of Appeal in *esure*. In cases of wares or services being marketed to the general public, such as retirement residences, judges should consider the marks at issue, each as a whole, but having regard to the dominant or most striking or unique feature of the trade-mark. They should use their own common sense, excluding influences of their “own idiosyncratic knowledge or temperament” to determine whether the casual consumer would be likely to be confused.

[93] Surveys, on the other hand, have the potential to provide empirical evidence which demonstrates consumer reactions in the marketplace — exactly the question that the trial judge is addressing in a confusion case. This evidence is not something which would be generally known to a trial judge, and thus unlike some other expert evidence, it would not run afoul of the second *Mohan* requirement that the evidence be necessary. However, the use of survey evidence should still be applied with caution.

[94] The use of consumer surveys in trade-mark cases has been recognized as valid evidence to inform the confusion analysis. As Binnie J. noted in *Mattel*, often the difficulty with survey evidence is whether it meets the first of the *Mohan* requirements: relevance. At para. 45, he further divided the question of relevance into two sub-issues:

As to the usefulness of the results, assuming they are elicited by a relevant question, courts have more recently been receptive to such evidence, provided the survey is both reliable (in the sense that if the survey were repeated it would likely produce the same results) and valid (in the sense that the right questions have been put to the right pool of respondents in the right

[92] Je fais miens ces commentaires sur le témoignage d’expert et je retiens la démarche du juge Spence dans *Ultravite*, de la Chambre des lords dans *General Electric* et de la Cour d’appel d’Angleterre dans *esure*. Dans les affaires portant sur des marchandises ou des services offerts au grand public, par exemple des résidences pour personnes âgées, les juges doivent évidemment examiner chaque marque litigieuse globalement, mais aussi eu égard à la caractéristique dominante de chacune, sa caractéristique la plus frappante ou singulière. Ils doivent faire appel à leur bon sens et ne pas se laisser influencer par leurs « connaissances ou [leur] tempérament particuliers » pour décider s’il y aurait probabilité de confusion chez le consommateur ordinaire.

[93] Les sondages, par contre, sont susceptibles d’apporter une preuve empirique des réactions des consommateurs — précisément la question que le juge de première instance examine dans une affaire de confusion. L’information fournie par ce genre de preuve n’est généralement pas connue des juges de première instance et, donc, contrairement à d’autres preuves d’expert, une telle preuve respecterait la deuxième exigence en matière de preuve énoncée dans *Mohan*, à savoir la nécessité de la preuve en question. Toutefois, la preuve par sondage doit être utilisée avec circonspection.

[94] L’utilisation de sondages effectués auprès des consommateurs dans des affaires de marques de commerce est reconnue comme un mode de preuve valide pour éclairer le tribunal dans l’analyse relative à la confusion. Comme l’a souligné le juge Binnie dans l’arrêt *Mattel*, souvent la difficulté que soulève la preuve par sondage est de savoir si elle respecte la première des exigences énoncées dans *Mohan*, à savoir la pertinence. Au paragraphe 45 de *Mattel*, le juge Binnie a divisé la question de la pertinence en deux sous-questions :

Quant à l’utilité des résultats, en présumant qu’ils ont été générés par une question pertinente, les tribunaux se sont récemment montrés réceptifs à cette preuve, dans la mesure où le sondage est à la fois fiable (dans le sens où, s’il était repris, on obtiendrait vraisemblablement les mêmes résultats) et valide (à savoir qu’on a posé les bonnes questions au bon bassin de répondants, de la

way, in the right circumstances to provide the information sought). [Emphasis added.]

[95] In *Mattel*, the survey at issue was found to be invalid, as it did not address the likelihood of confusion, only a “mere possibility, rather than a probability, of confusion” (para. 49). This was because the survey asked consumers whether they thought that the company that makes Barbie dolls “might have anything to do with” a restaurant that used the trade-mark “Barbie’s” (para. 1 (emphasis in original)).

[96] In this case, the problem is somewhat different. Unlike *Mattel*, *Masterpiece Inc.* had not yet established a presence in the community in which it operated. Thus, there were no casual or average consumers with “imperfect recollection” of *Masterpiece Inc.*’s marks to test. As a result, the survey was based on a series of questions that attempted to establish a proxy for “imperfect recollection”, and only thereafter test how such customers would react when exposed to the second mark. This is not asking questions “in the right way, in the right circumstances” to elicit evidence of how those *with* an imperfect recollection of *Masterpiece Inc.*’s marks would react to *Alavida*’s proposed mark. For a survey to be valid, it seems elementary that there must be some consumers who could have an imperfect recollection of the first mark. Simulating an “imperfect recollection” through a series of lead-up questions to consumers will rarely be seen as reliable and valid.

[97] While I would not absolutely foreclose the possibility that a party may devise a valid survey in a case where a trade-mark user has not established a sufficient presence in the marketplace for consumers to have formed an imperfect recollection of its trade-mark, I would venture that it is highly unlikely that such a survey would meet the requirements of reliability and validity.

bonne façon et dans des circonstances qui permettent d’obtenir les renseignements recherchés). [Je souligne.]

[95] Dans *Mattel*, le sondage en litige a été jugé invalide car il ne s’attachait pas à l’existence d’une probabilité de confusion, mais d’une « simple possibilité, plutôt qu’une probabilité, de confusion » (par. 49). En effet, on demandait aux consommateurs si, selon eux, la compagnie qui fabrique les poupées Barbie « pourrait avoir quelque chose à faire avec » un restaurant identifié par la marque de commerce « Barbie’s » (par. 1 (souligné dans l’original)).

[96] En l’espèce, le problème est quelque peu différent. Contrairement à *Mattel*, *Masterpiece Inc.* n’était pas encore bien implantée dans la collectivité où elle exerçait ses activités. Par conséquent, il n’existait pas de consommateurs moyens ou ordinaires auprès desquels on pouvait vérifier l’existence d’un « vague souvenir » des marques de *Masterpiece Inc.* Par conséquent, le sondage était fondé sur une série de questions qui tentaient d’abord de dégager une sorte de substitut de « vague souvenir », puis de voir comment de tels clients réagiraient en présence de la deuxième marque. Cette façon de procéder n’équivaut pas à poser des questions « de la bonne façon et dans des circonstances qui permettent d’obtenir » la preuve de la façon dont des consommateurs *possédant* un vague souvenir des marques de *Masterpiece Inc.* réagiraient face à la marque projetée d’*Alavida*. Pour qu’un sondage soit valide, il apparaît élémentaire qu’il doit exister un certain nombre de consommateurs susceptibles d’avoir un vague souvenir de la première marque. Simuler l’existence d’un « vague souvenir » au moyen d’une série de questions de mise en contexte sera rarement considéré comme une méthode fiable et valide.

[97] Bien que je n’écarte pas complètement la possibilité qu’une partie puisse concevoir un sondage valide dans un cas où l’utilisateur d’une marque de commerce ne serait pas suffisamment bien implanté dans le marché pour que ces consommateurs puissent avoir un vague souvenir de sa marque de commerce, je me hasarderais à affirmer qu’il est très peu probable qu’un tel sondage réponde aux exigences de fiabilité et de validité.

[98] I do not know the exact circumstances in which the expert evidence was introduced in this case or what was requested of the trial judge, and there is no suggestion that the trial judge erred in admitting it. Nonetheless, I think it is apparent, particularly with respect to the survey, that the evidence was of little assistance to the trial judge and indeed distracted from the required confusion analysis.

[99] Where parties propose to introduce expert evidence, a trial judge should question the necessity and relevance of the evidence having regard to the *Mohan* criteria before admitting it. As I have already pointed out, if a trial judge concludes that the expert evidence is unnecessary or will distract from the issues to be decided, he or she should disallow such evidence from being introduced.

[100] I would further suggest that it would be salutary to have a case management judge assess the admissibility and usefulness of proposed expert and survey evidence at an early stage so as to avoid large expenditures of resources on evidence of little utility.

[101] As I have said, I do not know the exact pre-trial procedures in this case or whether the Federal Court generally includes the scope and methodology of proposed surveys within the case management process in trade-mark confusion cases. However, in making this recommendation I have had regard to a similar recommendation made by Arden L.J., at para. 63 of *esure*, where she observed that surveys can be costly and sometimes based on wrong questions and produce irrelevant or unhelpful responses, precisely the difficulty with the survey in this case. I have had regard to her recommendation for case management direction on proposed surveys in making the recommendation outlined above. As she explained, at para. 64:

[98] Je ne connais pas les circonstances exactes dans lesquelles la preuve d'expert a été présentée en l'espèce ni ce qu'on a demandé au juge de première instance, et personne ne prétend que celui-ci a fait erreur en autorisant cette preuve. Néanmoins, il me semble évident, particulièrement en ce qui a trait au sondage, que la preuve a été peu utile au juge de première instance et qu'elle a de fait détourné son attention de l'analyse relative à la confusion qu'il devait faire.

[99] Lorsque des parties se proposent de produire une preuve d'expert, le juge de première instance devrait s'interroger, eu égard aux critères énoncés dans *Mohan*, sur la nécessité et l'utilité de cette preuve avant d'autoriser sa présentation. Comme je l'ai indiqué plus tôt, si le juge de première instance conclut que la preuve d'expert n'est pas nécessaire ou qu'elle détournera son attention des questions à trancher, il doit en refuser la production.

[100] J'ajouterais également qu'il serait avantageux qu'un juge chargé de la gestion de l'instance évalue, tôt dans celle-ci, l'admissibilité et l'utilité des preuves d'expert et par sondage dont on propose la production, de manière à éviter que des ressources considérables soient consacrées à une preuve peu utile.

[101] Comme je l'ai mentionné plus tôt, je ne sais pas exactement quelles procédures ont eu lieu en l'espèce ou si, dans les affaires de confusion en matière de marques de commerce, la Cour fédérale tient généralement compte, dans le processus de gestion de l'instance, de la méthodologie et de l'envergure des sondages envisagés. Toutefois, ma recommandation à cet égard s'inspire de celle au même effet faite par la juge Arden, au par. 63 de *esure*, où cette dernière a souligné que de tels sondages peuvent être onéreux, en plus d'être parfois basés sur de mauvaises questions et de produire en conséquence des réponses non pertinentes ou peu utiles. Il s'agit précisément du problème que pose le sondage dans la présente affaire. En énonçant la recommandation qui précède, j'ai considéré celle faite par la juge Arden quant aux directives sur la gestion de l'instance qui devraient être formulées au sujet des sondages envisagés. Voici les explications qu'elle a données, au par. 64 :

My object of referring to this developing practice [case management directions] is to give it wider publicity and to encourage practitioners in this field to use this mechanism, so that any waste of costs and court resources is minimised.

My object is the same.

## VII. The Confusion Analysis

[102] The determination of whether a likelihood of source confusion exists is a fact-finding and inference-drawing exercise, and thus, appellate courts should generally defer to the trial judge's fact findings and inferences, unless the facts and inferences were based on an error of law or constituted a palpable or overriding error of fact: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[103] In this case, three errors of law have been identified in the interpretation and application of the confusion analysis conducted by the trial judge. It is now necessary to consider whether the matter should be remitted to the trial judge for redetermination in accordance with these reasons, or whether this Court should make a fresh assessment of the evidence. In *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at para. 33, this Court found:

It is well established that appellate courts have the jurisdiction to make a fresh assessment of the evidence on the record where they deem such an assessment to be in the interests of justice and feasible on a practical level . . . .

In *Hollis*, the “bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial” which made the reassessment feasible. Here, this Court has a similarly complete record on which to make a redetermination, having concluded that the expert evidence was of little or no use to the issue of confusion. In order to avoid further protracting the

[TRADUCTION] L'objectif que je vise en faisant état de cette nouvelle pratique [directives sur la gestion de l'instance] est de la faire connaître davantage et d'encourager les praticiens dans ce domaine à recourir à ce mécanisme, de manière à réduire au minimum les coûts inutiles et l'utilisation injustifiée des ressources des tribunaux.

Je vise le même objectif.

## VII. L'analyse relative à la confusion

[102] Pour décider s'il existe une probabilité de confusion entre des sources de biens ou services, le juge de première instance doit constater les faits et tirer des inférences. En conséquence, les tribunaux d'appel doivent en règle générale s'en remettre aux constatations de fait et aux inférences du juge de première instance, sauf si les faits constatés par celui-ci ou les inférences qu'il a tirées découlent d'une erreur de droit ou constituent une erreur de fait manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[103] En l'espèce, trois erreurs de droit ont été relevées dans l'interprétation et l'application de l'analyse relative à la confusion effectuée par le juge de première instance. Il faut maintenant se demander si l'affaire doit être renvoyée au juge de première instance pour qu'il statue à nouveau en conformité avec les présents motifs, ou si la Cour doit procéder à une nouvelle appréciation de la preuve. Dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, par. 33, la Cour a tiré la conclusion suivante :

Il est bien établi que les juridictions d'appel ont compétence pour apprécier à nouveau la preuve au dossier lorsqu'elles estiment qu'une telle appréciation est dans l'intérêt de la justice et qu'elle ne soulève pas d'obstacle en pratique . . . .

Dans cette affaire, étant donné que « l'essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et non testimoniale », une nouvelle appréciation de cette preuve était réalisable. Dans le présent cas, notre Cour dispose également d'un dossier complet lui permettant de rendre une nouvelle décision, puisqu'elle a conclu que la

proceedings between these parties, I believe that the interests of justice would be served by this Court finally deciding the matter.

[104] Without repeating the findings above, there is no doubt that there is a strong resemblance between Masterpiece Inc.'s trade-mark, "Masterpiece the Art of Living" and Alavida's trade-mark, "Masterpiece Living". In my opinion, a casual consumer observing the Alavida trade-mark and having no more than an imperfect recollection of Masterpiece Inc.'s trade-mark would likely be confused into thinking that the source of the services associated with the Alavida trade-mark was one and the same as the source of the services associated with the Masterpiece Inc. trade-mark. The question now is whether any of the other circumstances reduce this likelihood of confusion to the point that confusion is not likely to occur.

[105] As to the cost and importance of retirement residence services, such considerations are relevant. However, in view of the close resemblance between the marks, even a consumer in the market for relatively expensive retirement residence accommodation would not likely recognize that Alavida's "Masterpiece Living" signified a different source than Masterpiece Inc.'s "Masterpiece the Art of Living". The ideas conveyed by both companies' marks are the same. Looking at the marks as a whole and the dominant word "Masterpiece" in particular, there is little to dispel the consumer from thinking that the source of the marks was the same.

[106] As to the nature of the wares, services or businesses, Alavida has argued that the services it sought to provide were "up-market" while Masterpiece Inc. only provided "middle-market" services. This parsing of the services is too narrow. Alavida's registration provides:

preuve d'expert ne présente que peu ou pas d'utilité quant à la question de la confusion. Afin de ne pas prolonger davantage les procédures opposant les parties, j'estime qu'il est dans l'intérêt de la justice que la Cour tranche la présente affaire de façon définitive.

[104] Sans reprendre toutes les constatations susmentionnées, il ne fait aucun doute qu'il existe une forte ressemblance entre la marque de commerce de Masterpiece Inc., « Masterpiece the Art of Living », et celle d'Alavida, « Masterpiece Living ». Selon moi, le consommateur ordinaire qui observerait la seconde marque et ne posséderait qu'un vague souvenir de la première confondrait probablement la source des services liés à la marque de commerce d'Alavida avec celle des services liés à la marque de commerce de Masterpiece Inc. et se dirait que ces services émanent d'une seule et même source. Il s'agit maintenant de se demander si quelque autre circonstance de l'espèce a pour effet de réduire cette probabilité de confusion au point qu'il y ait peu de risque qu'elle survienne.

[105] En ce qui concerne le coût et l'importance des services de résidences pour personnes âgées, ces facteurs sont pertinents. Toutefois, vu l'étroite ressemblance entre les marques, même le consommateur à la recherche d'une résidence pour personnes âgées relativement onéreuse ne constaterait probablement pas que la marque « Masterpiece Living » d'Alavida désigne une source de services différente de la marque « Masterpiece the Art of Living » de Masterpiece Inc. Les idées évoquées par les marques des deux sociétés sont les mêmes. Si on considère les marques globalement, ainsi que le mot dominant « Masterpiece » en particulier, peu de choses empêchent le consommateur de penser que les marques émanent de la même source.

[106] En ce qui concerne le genre de marchandises, de services ou d'entreprises, Alavida a prétendu que les services qu'elle entend offrir sont de type « haut de gamme » alors que Masterpiece Inc. ne fournit que des services « de qualité intermédiaire ». Cette analyse des services est trop limitée. L'enregistrement d'Alavida décrit ainsi ses services :

Real estate development services, real estate management services, residential building construction services, dining services namely a dining room restaurant, housekeeping services, medical services namely medical clinic services, spa services, fitness services namely a fitness centre and concierge services. [R.R., vol. I, at p. 210]

[107] Nothing in this registration limits Alavida to the “up-market”. Its registration would entitle it to use its trade-mark in the exact same market as that serviced by Masterpiece Inc. For the purpose of a confusion analysis, the services provided by the parties are essentially the same — retirement residence services. There is no justification for subdividing between “up-market” and “middle-market”. Consideration of the nature of the services involved, in my view, enhances the likelihood of confusion for the casual consumer.

[108] The trial judge found that while the term “Masterpiece” is a common word with wide use in describing goods and services, its use in the retirement residence industry is somewhat distinctive in the sense that it is intended to distinguish the retirement residence services provided by its owner from the retirement residence services provided by others. I agree with that finding.

[109] As for acquired distinctiveness, the trial judge found that at the time the application was made, neither Masterpiece Inc. nor any of its trade-marks were particularly well known. While the evidence presented by Masterpiece Inc. was sufficient to establish that there had been use of its trade-name and trade-marks, including “Masterpiece the Art of Living”, for the purposes of the Act, it did not rise to the level of demonstrating any acquired distinctiveness. I agree with the trial judge.

[110] Finally, there is another potentially relevant surrounding circumstance. As explained at para. 11 above, not long after Alavida’s

[TRADUCTION] Services d’aménagement immobilier, services de gestion immobilière, services de construction immobilière résidentielle, services de restauration, à savoir un restaurant avec salle à manger, services d’entretien domestique, services médicaux, à savoir des services de clinique médicale, services de spa, services de conditionnement physique, à savoir un centre de conditionnement physique et services de conciergerie. [d.i., vol. I, p. 210]

[107] Rien dans cet enregistrement ne limite Alavida au « marché haut de gamme ». En effet, cet enregistrement autorisait Alavida à employer sa marque de commerce dans le même marché que celui desservi par Masterpiece Inc. Pour les besoins de l’analyse relative à la confusion, les services fournis par les parties sont essentiellement les mêmes services de résidences pour personnes âgées. Rien ne justifie de faire une distinction entre le « marché haut de gamme » et le « marché intermédiaire ». Selon moi, l’examen du genre de services en cause augmente la probabilité de confusion chez le consommateur ordinaire.

[108] Le juge de première instance a conclu que, bien que le mot « Masterpiece » soit fréquemment utilisé pour décrire des biens et des services, son emploi dans le secteur des résidences pour personnes âgées est quelque peu particulier en ce sens qu’il vise à distinguer les services de résidences pour personnes âgées fournis par son propriétaire des services de résidences pour personnes âgées fournis par des tiers. Je souscris à cette conclusion.

[109] En ce qui concerne l’acquisition d’un caractère distinctif, le juge a conclu que, à l’époque où la demande a été faite, ni Masterpiece Inc., ni aucune de ses marques de commerce n’étaient très connues. Bien que la preuve présentée par cette entreprise suffît à établir qu’il y avait eu emploi, au sens de la Loi, de son nom commercial et de ses marques de commerce, dont « Masterpiece the Art of Living », elle ne démontrait pas qu’il y avait eu acquisition d’un caractère distinctif. Je souscris à l’opinion du juge de première instance.

[110] Enfin, il existe en l’espèce une autre circonstance susceptible d’être pertinente. Comme je l’ai expliqué au par. 11, peu de temps après



application, Masterpiece Inc. applied to register both “Masterpiece” as well as “Masterpiece Living” for retirement residence services. These applications were rejected by the Registrar of Trade-Marks because of Alavida’s existing application.

[111] This refusal was founded on the observation that *each* of these marks submitted by Masterpiece Inc. was confusingly similar to Alavida’s proposed registration. For purposes of the confusion analysis in this case, Masterpiece Inc.’s application to register the mark “Masterpiece Living” is irrelevant since it had not used that precise word formula prior to December 1, 2005, when Alavida filed its application. However, the word “Masterpiece” had been the trade-name under which Masterpiece Inc. had carried on business prior to that date, and it was the dominant part of the “Masterpiece the Art of Living” trade-mark.

[112] Despite the fact that the trial judge noted the rejection of Masterpiece Inc.’s applications at the outset of his reasons, there is no indication that this evidence was taken into account in his confusion analysis. It is true that the trial judge was not conducting an appeal or judicial review of the reasonableness of the decision of the Registrar, owed no deference to the Registrar’s decision and was certainly not bound by it. However, as a relevant surrounding circumstance under s. 6(5), I am of the opinion that the trial judge should have acknowledged the Registrar’s finding, which was diametrically opposite to his conclusion, in weighing the evidence before him. The Registrar’s decision supports a finding of likelihood of confusion between Alavida’s trade-mark and Masterpiece Inc.’s trade-name, and thus the “Masterpiece the Art of Living” trade-mark.

#### VIII. Conclusion

[113] Consideration of all the circumstances of the case, including the factors set out in s. 6(5) of

qu’Alavida eut présenté sa demande, Masterpiece Inc. a demandé l’enregistrement de « Masterpiece » ainsi que de « Masterpiece Living » en liaison avec des services de résidences pour personnes âgées. Ces demandes ont été rejetées par le registraire en raison de la demande déjà produite par Alavida.

[111] Ce refus était fondé sur la constatation que *chacune* des marques soumises par Masterpiece Inc. était similaire, au point de créer de la confusion, à la marque de commerce projetée d’Alavida. Pour les besoins de l’analyse relative à la confusion, la demande d’enregistrement de la marque « Masterpiece Living » présentée par Masterpiece Inc. n’a aucune importance, car cette dernière n’a pas utilisé ce libellé avant le 1<sup>er</sup> décembre 2005, date à laquelle Alavida a produit sa demande. Toutefois, le mot « Masterpiece » était le nom commercial sous lequel Masterpiece Inc. avait exercé ses activités avant cette date, et il constituait l’élément dominant de la marque de commerce « Masterpiece the Art of Living ».

[112] Bien que, au début de ses motifs, le juge de première instance ait fait état du rejet des demandes de Masterpiece Inc., rien n’indique qu’il en a tenu compte dans son analyse relative à la confusion. Il est vrai qu’il n’était pas en train d’instruire un appel ou de procéder à un contrôle judiciaire en ce qui concerne le caractère raisonnable de la décision du registraire, qu’il n’avait pas à faire preuve de retenue à l’égard de cette décision, et qu’il n’était certainement pas lié par celle-ci. Toutefois, comme il s’agissait d’une circonstance de l’espèce pertinente visée au par. 6(5), j’estime que le juge aurait dû, dans l’appréciation de la preuve dont il disposait, prendre acte de la conclusion du registraire, laquelle était diamétralement opposée à la sienne. En fait, la décision du registraire étaye la conclusion qu’il existe une probabilité de confusion entre la marque de commerce d’Alavida et le nom commercial de Masterpiece Inc. et, partant, la marque de commerce « Masterpiece the Art of Living ».

#### VIII. Conclusion

[113] La prise en compte de toutes les circonstances de l’espèce, notamment les facteurs énoncés au

the *Trade-marks Act* and particularly that Alavida's trade-mark "Masterpiece Living" and Masterpiece Inc.'s "Masterpiece the Art of Living" are very similar, leads to a finding that Masterpiece Inc. has proven that the use of Alavida's trade-mark in the same area as those of Masterpiece Inc.'s would be likely to lead to the inference that the services associated with Masterpiece Inc.'s trade-marks were being performed by Alavida.

[114] Because Masterpiece Inc.'s use preceded Alavida's proposed use, Alavida was not entitled under s. 16(3) to registration of its trade-mark. As a result, Alavida was not "the person entitled to secure the registration" of its trade-mark under s. 18(1) and this ground of invalidity has been made out. I would therefore allow the appeal with costs here and below and, pursuant to s. 57(1) of the *Trade-marks Act*, I would order the Registrar to expunge this registration from the register of trade-marks.

## APPENDIX

*Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13

2. In this Act,

. . .

"confusing", when applied as an adjective to a trade-mark or trade-name, means a trade-mark or trade-name the use of which would cause confusion in the manner and circumstances described in section 6;

. . .

"distinctive", in relation to a trade-mark, means a trade-mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them;

. . .

par. 6(5) de la *Loi sur les marques de commerce* et particulièrement la très grande ressemblance entre la marque de commerce « Masterpiece Living » d'Alavida et la marque de commerce « Masterpiece the Art of Living » de Masterpiece Inc., amène à conclure que cette dernière a prouvé que l'emploi de la marque de commerce d'Alavida dans la même région que celle où ses marques sont utilisées serait susceptible de faire conclure que les services liés aux marques de commerce de Masterpiece Inc. sont fournis par Alavida.

[114] Comme l'emploi par Masterpiece Inc. a précédé celui projeté par Alavida, cette dernière n'avait pas droit à l'enregistrement de sa marque de commerce en vertu du par. 16(3) de la Loi. Par conséquent, Alavida n'était pas « la personne ayant droit [d']obtenir » l'enregistrement de sa marque de commerce au sens du par. 18(1) de la Loi, et ce motif d'invalidité a été établi. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures et, en vertu du par. 57(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, j'ordonne au registraire de biffer cet enregistrement du registre des marques de commerce.

## ANNEXE

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« créant de la confusion » Relativement à une marque de commerce ou un nom commercial, s'entend au sens de l'article 6.

. . .

« distinctive » Relativement à une marque de commerce, celle qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi.

“proposed trade-mark” means a mark that is proposed to be used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others;

. . .

“register” means the register kept under section 26;

. . .

“registered trade-mark” means a trade-mark that is on the register;

. . .

“Registrar” means the Registrar of Trade-marks appointed under section 63;

. . .

“trade-mark” means

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,

(b) a certification mark,

(c) a distinguishing guise, or

(d) a proposed trade-mark;

“trade-name” means the name under which any business is carried on, whether or not it is the name of a corporation, a partnership or an individual;

“use”, in relation to a trade-mark, means any use that by section 4 is deemed to be a use in association with wares or services;

. . .

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any

« emploi » ou « usage » À l’égard d’une marque de commerce, tout emploi qui, selon l’article 4, est réputé un emploi en liaison avec des marchandises ou services.

. . .

« marque de commerce » Selon le cas :

a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d’autres;

b) marque de certification;

c) signe distinctif;

d) marque de commerce projetée.

« marque de commerce déposée » Marque de commerce qui se trouve au registre.

« marque de commerce projetée » Marque qu’une personne projette d’employer pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d’autres.

. . .

« nom commercial » Nom sous lequel une entreprise est exercée, qu’il s’agisse ou non d’une personne morale, d’une société de personnes ou d’un particulier.

. . .

« registraire » Le registraire des marques de commerce nommé en vertu de l’article 63.

« registre » Le registre tenu selon l’article 26.

. . .

4. (1) Une marque de commerce est réputée utilisée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans

other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

(2) A trade-mark is deemed to be used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services.

(3) A trade-mark that is marked in Canada on wares or on the packages in which they are contained is, when the wares are exported from Canada, deemed to be used in Canada in association with those wares.

6. (1) For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(3) The use of a trade-mark causes confusion with a trade-name if the use of both the trade-mark and trade-name in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the trade-mark and those associated with the business carried on under the trade-name are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(4) The use of a trade-name causes confusion with a trade-mark if the use of both the trade-name and trade-mark in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the business carried on under the trade-name and those associated with the trade-mark are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

(2) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ces services.

(3) Une marque de commerce mise au Canada sur des marchandises ou sur les colis qui les contiennent est réputée, quand ces marchandises sont exportées du Canada, être employée dans ce pays en liaison avec ces marchandises.

6. (1) Pour l'application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

(3) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec un nom commercial, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque et les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à cette marque et les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(4) L'emploi d'un nom commercial crée de la confusion avec une marque de commerce, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les marchandises liées à cette marque sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les services liés à cette marque sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(5) In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

- (a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;
- (b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;
- (c) the nature of the wares, services or business;
- (d) the nature of the trade; and
- (e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

. . .

16. (1) Any applicant who has filed an application in accordance with section 30 for registration of a trade-mark that is registrable and that he or his predecessor in title has used in Canada or made known in Canada in association with wares or services is entitled, subject to section 38, to secure its registration in respect of those wares or services, unless at the date on which he or his predecessor in title first so used it or made it known it was confusing with

- (a) a trade-mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person;
- (b) a trade-mark in respect of which an application for registration had been previously filed in Canada by any other person; or
- (c) a trade-name that had been previously used in Canada by any other person.

. . .

(3) Any applicant who has filed an application in accordance with section 30 for registration of a proposed trade-mark that is registrable is entitled, subject to sections 38 and 40, to secure its registration in respect of the wares or services specified in the application, unless at the date of filing of the application it was confusing with

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris :

- a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;
- b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;
- c) le genre de marchandises, services ou entreprises;
- d) la nature du commerce;
- e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

. . .

16. (1) Tout requérant qui a produit une demande selon l'article 30 en vue de l'enregistrement d'une marque de commerce qui est enregistrable et que le requérant ou son prédécesseur en titre a employée ou fait connaître au Canada en liaison avec des marchandises ou services, a droit, sous réserve de l'article 38, d'en obtenir l'enregistrement à l'égard de ces marchandises ou services, à moins que, à la date où le requérant ou son prédécesseur en titre l'a en premier lieu ainsi employée ou révélée, elle n'ait créé de la confusion :

- a) soit avec une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne;
- b) soit avec une marque de commerce à l'égard de laquelle une demande d'enregistrement avait été antérieurement produite au Canada par une autre personne;
- c) soit avec un nom commercial qui avait été antérieurement employé au Canada par une autre personne.

. . .

(3) Tout requérant qui a produit une demande selon l'article 30 en vue de l'enregistrement d'une marque de commerce projetée et enregistrable, a droit, sous réserve des articles 38 et 40, d'en obtenir l'enregistrement à l'égard des marchandises ou services spécifiés dans la demande, à moins que, à la date de production de la demande, elle n'ait créé de la confusion :

(a) a trade-mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person;

(b) a trade-mark in respect of which an application for registration had been previously filed in Canada by any other person; or

(c) a trade-name that had been previously used in Canada by any other person.

a) soit avec une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne;

b) soit avec une marque de commerce à l'égard de laquelle une demande d'enregistrement a été antérieurement produite au Canada par une autre personne;

c) soit avec un nom commercial antérieurement employé au Canada par une autre personne.

17. (1) No application for registration of a trade-mark that has been advertised in accordance with section 37 shall be refused and no registration of a trade-mark shall be expunged or amended or held invalid on the ground of any previous use or making known of a confusing trade-mark or trade-name by a person other than the applicant for that registration or his predecessor in title, except at the instance of that other person or his successor in title, and the burden lies on that other person or his successor to establish that he had not abandoned the confusing trade-mark or trade-name at the date of advertisement of the applicant's application.

(2) In proceedings commenced after the expiration of five years from the date of registration of a trade-mark or from July 1, 1954, whichever is the later, no registration shall be expunged or amended or held invalid on the ground of the previous use or making known referred to in subsection (1), unless it is established that the person who adopted the registered trade-mark in Canada did so with knowledge of that previous use or making known.

18. (1) The registration of a trade-mark is invalid if

(a) the trade-mark was not registerable at the date of registration,

(b) the trade-mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced, or

(c) the trade-mark has been abandoned,

and subject to section 17, it is invalid if the applicant for registration was not the person entitled to secure the registration.

17. (1) Aucune demande d'enregistrement d'une marque de commerce qui a été annoncée selon l'article 37 ne peut être refusée, et aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut être radié, modifié ou tenu pour invalide, du fait qu'une personne autre que l'auteur de la demande d'enregistrement ou son prédécesseur en titre a antérieurement employé ou révélé une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion, sauf à la demande de cette autre personne ou de son successeur en titre, et il incombe à cette autre personne ou à son successeur d'établir qu'il n'avait pas abandonné cette marque de commerce ou ce nom commercial créant de la confusion, à la date de l'annonce de la demande du requérant.

(2) Dans des procédures ouvertes après l'expiration de cinq ans à compter de la date d'enregistrement d'une marque de commerce ou à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1954, en prenant la date qui est postérieure à l'autre, aucun enregistrement ne peut être radié, modifié ou jugé invalide du fait de l'utilisation ou révélation antérieure mentionnée au paragraphe (1), à moins qu'il ne soit établi que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce déposée l'a fait alors qu'elle était au courant de cette utilisation ou révélation antérieure.

18. (1) L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide dans les cas suivants :

a) la marque de commerce n'était pas enregistrable à la date de l'enregistrement;

b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement;

c) la marque de commerce a été abandonnée.

Sous réserve de l'article 17, l'enregistrement est invalide si l'auteur de la demande n'était pas la personne ayant droit de l'obtenir.

(2) No registration of a trade-mark that had been so used in Canada by the registrant or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of registration shall be held invalid merely on the ground that evidence of the distinctiveness was not submitted to the competent authority or tribunal before the grant of the registration.

**19.** Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

**20.** (1) The right of the owner of a registered trade-mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name, but no registration of a trade-mark prevents a person from making

(a) any *bona fide* use of his personal name as a trade-name, or

(b) any *bona fide* use, other than as a trade-mark,

(i) of the geographical name of his place of business, or

(ii) of any accurate description of the character or quality of his wares or services,

in such a manner as is not likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching to the trade-mark.

(2) No registration of a trade-mark prevents a person from making any use of any of the indications mentioned in subsection 11.18(3) in association with a wine or any of the indications mentioned in subsection 11.18(4) in association with a spirit.

**21.** (1) Where, in any proceedings respecting a registered trade-mark the registration of which is entitled to the protection of subsection 17(2), it is made to appear to the Federal Court that one of the parties to the proceedings, other than the registered owner of the trade-mark, had in good faith used a confusing trade-mark or trade-name in Canada before the date of filing of the application for that registration, and the Court considers that it is not contrary to the public interest that the continued use of the confusing trade-mark or

(2) Nul enregistrement d'une marque de commerce qui était employée au Canada par l'inscrivante ou son prédécesseur en titre, au point d'être devenue distinctive à la date d'enregistrement, ne peut être considéré comme invalide pour la seule raison que la preuve de ce caractère distinctif n'a pas été soumise à l'autorité ou au tribunal compétent avant l'octroi de cet enregistrement.

**19.** Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services.

**20.** (1) Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion. Toutefois, aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut empêcher une personne :

a) d'utiliser de bonne foi son nom personnel comme nom commercial;

b) d'employer de bonne foi, autrement qu'à titre de marque de commerce :

(i) soit le nom géographique de son siège d'affaires,

(ii) soit toute description exacte du genre ou de la qualité de ses marchandises ou services,

d'une manière non susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce.

(2) L'enregistrement d'une marque de commerce n'a pas pour effet d'empêcher une personne d'utiliser les indications mentionnées au paragraphe 11.18(3) en liaison avec un vin ou les indications mentionnées au paragraphe 11.18(4) en liaison avec un spiritueux.

**21.** (1) Si, dans des procédures relatives à une marque de commerce déposée dont l'enregistrement est protégé aux termes du paragraphe 17(2), il est démontré à la Cour fédérale que l'une des parties aux procédures, autre que le propriétaire inscrit de la marque de commerce, avait de bonne foi employé au Canada une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion, avant la date de la production de la demande en vue de cet enregistrement, et si le tribunal considère qu'il n'est pas contraire à l'intérêt public

trade-name should be permitted in a defined territorial area concurrently with the use of the registered trade-mark, the Court may, subject to such terms as it deems just, order that the other party may continue to use the confusing trade-mark or trade-name within that area with an adequate specified distinction from the registered trade-mark.

(2) The rights conferred by an order made under subsection (1) take effect only if, within three months from its date, the other party makes application to the Registrar to enter it on the register in connection with the registration of the registered trade-mark.

**30.** An applicant for the registration of a trade-mark shall file with the Registrar an application containing

(a) a statement in ordinary commercial terms of the specific wares or services in association with which the mark has been or is proposed to be used;

(b) in the case of a trade-mark that has been used in Canada, the date from which the applicant or his named predecessors in title, if any, have so used the trade-mark in association with each of the general classes of wares or services described in the application;

(c) in the case of a trade-mark that has not been used in Canada but is made known in Canada, the name of a country of the Union in which it has been used by the applicant or his named predecessors in title, if any, and the date from and the manner in which the applicant or named predecessors in title have made it known in Canada in association with each of the general classes of wares or services described in the application;

(d) in the case of a trade-mark that is the subject in or for another country of the Union of a registration or an application for registration by the applicant or the applicant's named predecessor in title on which the applicant bases the applicant's right to registration, particulars of the application or registration and, if the trade-mark has neither been used in Canada nor made known in Canada, the name of a country in which the trade-mark has been used by the applicant or the applicant's named predecessor

que l'emploi continu de la marque de commerce ou du nom commercial créant de la confusion soit permis dans une région territoriale définie simultanément avec l'emploi de la marque de commerce déposée, il peut, sous réserve des conditions qu'il estime justes, ordonner que cette autre partie puisse continuer à employer la marque de commerce ou le nom commercial créant de la confusion, dans cette région, avec une distinction suffisante et spécifiée d'avec la marque de commerce déposée.

(2) Les droits conférés par une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) ne prennent effet que si, dans les trois mois qui suivent la date de l'ordonnance, cette autre partie demande au registraire de l'inscrire au registre, en ce qui regarde l'enregistrement de la marque de commerce déposée.

**30.** Quiconque sollicite l'enregistrement d'une marque de commerce produit au bureau du registraire une demande renfermant :

a) un état, dressé dans les termes ordinaires du commerce, des marchandises ou services spécifiques en liaison avec lesquels la marque a été employée ou sera employée;

b) dans le cas d'une marque de commerce qui a été employée au Canada, la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, ont ainsi employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de marchandises ou services décrites dans la demande;

c) dans le cas d'une marque de commerce qui n'a pas été employée au Canada mais qui est révélée au Canada, le nom d'un pays de l'Union dans lequel elle a été employée par le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, et la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs l'ont fait connaître au Canada en liaison avec chacune des catégories générales de marchandises ou services décrites dans la demande, ainsi que la manière dont ils l'ont révélée;

d) dans le cas d'une marque de commerce qui est, dans un autre pays de l'Union, ou pour un autre pays de l'Union, l'objet, de la part du requérant ou de son prédécesseur en titre désigné, d'un enregistrement ou d'une demande d'enregistrement sur quoi le requérant fonde son droit à l'enregistrement, les détails de cette demande ou de cet enregistrement et, si la marque n'a été ni employée ni révélée au Canada, le nom d'un pays où le requérant ou son prédécesseur en titre désigné, le cas échéant, l'a



in title, if any, in association with each of the general classes of wares or services described in the application;

(e) in the case of a proposed trade-mark, a statement that the applicant, by itself or through a licensee, or by itself and through a licensee, intends to use the trade-mark in Canada;

(f) in the case of a certification mark, particulars of the defined standard that the use of the mark is intended to indicate and a statement that the applicant is not engaged in the manufacture, sale, leasing or hiring of wares or the performance of services such as those in association with which the certification mark is used;

(g) the address of the applicant's principal office or place of business in Canada, if any, and if the applicant has no office or place of business in Canada, the address of his principal office or place of business abroad and the name and address in Canada of a person or firm to whom any notice in respect of the application or registration may be sent, and on whom service of any proceedings in respect of the application or registration may be given or served with the same effect as if they had been given to or served on the applicant or registrant himself;

(h) unless the application is for the registration only of a word or words not depicted in a special form, a drawing of the trade-mark and such number of accurate representations of the trade-mark as may be prescribed; and

(i) a statement that the applicant is satisfied that he is entitled to use the trade-mark in Canada in association with the wares or services described in the application.

**35.** The Registrar may require an applicant for registration of a trade-mark to disclaim the right to the exclusive use apart from the trade-mark of such portion of the trade-mark as is not independently registrable, but the disclaimer does not prejudice or affect the applicant's rights then existing or thereafter arising in the disclaimed matter, nor does the disclaimer prejudice or affect the applicant's right to registration on a subsequent application if the disclaimed matter has then become distinctive of the applicant's wares or services.

**40.** (1) When an application for registration of a trade-mark, other than a proposed trade-mark, is

employée en liaison avec chacune des catégories générales de marchandises ou services décrites dans la demande;

e) dans le cas d'une marque de commerce projetée, une déclaration portant que le requérant a l'intention de l'employer, au Canada, lui-même ou par l'entremise d'un licencié, ou lui-même et par l'entremise d'un licencié;

f) dans le cas d'une marque de certification, les détails de la norme définie que l'emploi de la marque est destiné à indiquer et une déclaration portant que le requérant ne pratique pas la fabrication, la vente, la location à bail ou le louage de marchandises ou ne se livre pas à l'exécution de services, tels que ceux pour lesquels la marque de certification est employée;

g) l'adresse du principal bureau ou siège d'affaires du requérant, au Canada, le cas échéant, et si le requérant n'a ni bureau ni siège d'affaires au Canada, l'adresse de son principal bureau ou siège d'affaires à l'étranger et les nom et adresse, au Canada, d'une personne ou firme à qui tout avis concernant la demande ou l'enregistrement peut être envoyé et à qui toute procédure à l'égard de la demande ou de l'enregistrement peut être signifiée avec le même effet que si elle avait été signifiée au requérant ou à l'inscrivant lui-même;

h) sauf si la demande ne vise que l'enregistrement d'un mot ou de mots non décrits en une forme spéciale, un dessin de la marque de commerce, ainsi que le nombre, qui peut être prescrit, de représentations exactes de cette marque;

i) une déclaration portant que le requérant est convaincu qu'il a droit d'employer la marque de commerce au Canada en liaison avec les marchandises ou services décrits dans la demande.

**35.** Le registraire peut requérir celui qui demande l'enregistrement d'une marque de commerce de se désister du droit à l'usage exclusif, en dehors de la marque de commerce, de telle partie de la marque qui n'est pas indépendamment enregistrable. Ce désistement ne porte pas préjudice ou atteinte aux droits du requérant, existant alors ou prenant naissance par la suite, dans la matière qui fait l'objet du désistement, ni ne porte préjudice ou atteinte au droit que possède le requérant à l'enregistrement lors d'une demande subséquente si la matière faisant l'objet du désistement est alors devenue distinctive des marchandises ou services du requérant.

**40.** (1) Lorsqu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce, autre qu'une marque de

allowed, the Registrar shall register the trade-mark and issue a certificate of its registration.

(2) When an application for registration of a proposed trade-mark is allowed, the Registrar shall give notice to the applicant accordingly and shall register the trade-mark and issue a certificate of registration on receipt of a declaration that the use of the trade-mark in Canada, in association with the wares or services specified in the application, has been commenced by

- (a) the applicant;
- (b) the applicant's successor in title; or
- (c) an entity that is licensed by or with the authority of the applicant to use the trade-mark, if the applicant has direct or indirect control of the character or quality of the wares or services.

. . .

**57.** (1) The Federal Court has exclusive original jurisdiction, on the application of the Registrar or of any person interested, to order that any entry in the register be struck out or amended on the ground that at the date of the application the entry as it appears on the register does not accurately express or define the existing rights of the person appearing to be the registered owner of the mark.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: MacLeod Dixon, Calgary; Gowling Lafleur Henderson, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: MBM Intellectual Property Law, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Bereskin & Parr, Toronto.*

commerce projetée, est admise, le registraire inscrit la marque de commerce et délivre un certificat de son enregistrement.

(2) Lorsqu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée est admise, le registraire en donne avis au requérant. Il enregistre la marque de commerce et délivre un certificat de son enregistrement après avoir reçu une déclaration portant que le requérant, son successeur en titre ou l'entité à qui est octroyée, par le requérant ou avec son autorisation, une licence d'emploi de la marque aux termes de laquelle il contrôle directement ou indirectement les caractéristiques ou la qualité des marchandises et services a commencé à employer la marque de commerce au Canada, en liaison avec les marchandises ou services spécifiés dans la demande.

. . .

**57.** (1) La Cour fédérale a une compétence initiale exclusive, sur demande du registraire ou de toute personne intéressée, pour ordonner qu'une inscription dans le registre soit biffée ou modifiée, parce que, à la date de cette demande, l'inscription figurant au registre n'exprime ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit de la marque.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : MacLeod Dixon, Calgary; Gowling Lafleur Henderson, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : MBM Intellectual Property Law, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : Bereskin & Parr, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**J.A.** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and  
Women's Legal Education and  
Action Fund** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. J.A.**

**2011 SCC 28**

File No.: 33684.

2010: November 8; 2011: May 27.

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

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

*Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused and complainant consensually engaging in erotic asphyxiation — Accused anally penetrating complainant during period of unconsciousness — Whether Criminal Code defines consent as requiring conscious, operating mind throughout sexual activity — Whether consent to sexual activity may be given prior to period of unconsciousness — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 273.1, 273.2.*

One evening, in the course of sexual relations, J.A. placed his hands around the throat of his long-term partner K.D. and choked her until she was unconscious. At trial, K.D. estimated that she was unconscious for “less than three minutes”. She testified that she consented to J.A. choking her, and understood that she might lose consciousness. She stated that she and J.A. had experimented with erotic asphyxiation, and that she had lost consciousness before. When K.D. regained consciousness, her hands were tied behind her back, and J.A. was inserting a dildo into her anus. K.D. gave conflicting testimony about whether this was the first time J.A. had inserted a dildo into her anus. J.A. removed the dildo ten seconds after she regained consciousness. The two then had vaginal

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**J.A.** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada et  
Fonds d'action et d'éducation juridiques  
pour les femmes** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. J.A.**

**2011 CSC 28**

N° du greffe : 33684.

2010 : 8 novembre; 2011 : 27 mai.

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

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

*Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Accusé et plaignante se livrant à l'asphyxie érotique consensuelle — Pénétration anale de la plaignante par l'accusé au cours d'une période d'inconscience — Le consentement, au sens du Code criminel, doit-il émaner d'une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l'activité sexuelle? — Le consentement à une activité sexuelle peut-il être donné avant une période d'inconscience? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 273.1, 273.2.*

Un soir, au cours de relations sexuelles, J.A. a placé ses mains autour du cou de K.D., sa partenaire de longue date, et l'a étranglée jusqu'à ce qu'elle tombe inconsciente. Au procès, K.D. a estimé être demeurée inconsciente « moins de trois minutes ». Elle a témoigné qu'elle avait consenti à ce que J.A. l'étrangle et qu'elle savait qu'elle pouvait perdre conscience. Elle a déclaré qu'elle et J.A. s'étaient déjà livrés à l'asphyxie érotique et qu'il lui était déjà arrivé de perdre conscience. Lorsque K.D. a repris conscience, elle avait les mains ligotées derrière le dos, et J.A. lui introduisait un godemiché dans l'anus. K.D. a fait des déclarations contradictoires quant à savoir si c'était la première fois que J.A. se livrait à cette activité sur elle. J.A. a retiré le godemiché dix secondes après qu'elle a repris

intercourse. When they finished, J.A. cut K.D.'s hands loose.

K.D. made a complaint to the police two months later and stated that while she consented to the choking, she had not consented to the sexual activity that had occurred. She later recanted her allegation, claiming that she made the complaint because J.A. threatened to seek sole custody of their young son. The trial judge convicted J.A. of sexual assault. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the conviction and dismissed the charges against J.A.

*Held* (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the respondent's conviction for sexual assault restored.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The issue to resolve in this appeal is whether a person can perform sexual acts on an unconscious person if the person consented to those acts in advance of being rendered unconscious. Parliament has defined consent in a way that requires the complainant to be conscious throughout the sexual activity in question. Parliament's definition of consent does not extend to advance consent to sexual acts committed while the complainant is unconscious. The legislation requires ongoing, conscious consent to ensure that women and men are not the victims of sexual exploitation, and to ensure that individuals engaging in sexual activity are capable of asking their partners to stop at any point.

This definition of consent is in harmony with the provisions of the *Criminal Code* and their underlying policies and is also consistent with the tenor of the jurisprudence of this Court. The jurisprudence has consistently interpreted consent as requiring a conscious, operating mind, capable of granting, revoking or withholding consent to each and every sexual act. The jurisprudence also establishes that there is no substitute for the complainant's actual consent to the sexual activity at the time it occurred. It is not sufficient for the accused to have believed the complainant was consenting; he must also take reasonable steps to ascertain consent, and must believe that the complainant communicated her consent to engage in the sexual activity in question. This is impossible if the complainant is unconscious.

The argument that advance consent equals actual consent because the complainant cannot change her mind after being rendered unconscious runs contrary to this Court's conclusion in *R. v. Ewanchuk*, [1999]

conscience. Ils ont ensuite eu des relations vaginales. Après, J.A. lui a détaché les mains.

K.D. a porté plainte à la police deux mois plus tard. Elle a reconnu avoir consenti à être étranglée, mais a dit ne pas avoir consenti à l'activité sexuelle qui avait eu lieu. Elle est plus tard revenue sur son allégation, prétendant avoir déposé la plainte parce que J.A. avait menacé de demander la garde exclusive de leur jeune fils. La juge du procès a déclaré J.A. coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et rejeté les accusations portées contre J.A.

*Arrêt* (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et la déclaration de culpabilité de l'intimé pour agression sexuelle est rétablie.

*La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell* : La question à trancher est de savoir si une personne peut se livrer à des actes sexuels sur une personne inconsciente qui a consenti à ces actes avant d'être rendue inconsciente. Le législateur a retenu une définition du consentement qui exige que le plaignant soit conscient pendant toute la durée de l'activité sexuelle. La portée de la définition du consentement énoncée par le législateur ne s'étend pas au consentement donné à l'avance à des actes sexuels commis pendant que la personne est inconsciente. Le texte législatif requiert un consentement conscient de tous les instants, pour prévenir l'exploitation sexuelle des hommes et des femmes et pour assurer aux personnes qui se livrent à une activité sexuelle la possibilité de demander à leur partenaire de cesser à tout moment.

Cette définition du consentement s'harmonise avec les dispositions du *Code criminel* et les principes de politique générale qui les sous-tendent ainsi qu'avec la teneur de la jurisprudence issue de la Cour. Il est de jurisprudence constante que le consentement est formé par une personne consciente, lucide, capable d'accorder, de révoquer ou de refuser son consentement à chaque acte sexuel. Suivant la jurisprudence également, rien ne remplace le consentement réel à l'activité sexuelle au moment où elle a lieu. La croyance au consentement du plaignant ne suffit pas : l'accusé doit également avoir pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement et croire que le plaignant a manifesté son consentement à l'activité sexuelle. Or, cela est impossible si le plaignant est inconscient.

L'argument selon lequel le consentement donné à l'avance vaut un consentement donné au moment opportun parce que le plaignant ne peut changer d'idée après avoir été rendu inconscient va à l'encontre de

1 S.C.R. 330, that the only relevant period for ascertaining whether the complainant consented under the *Criminal Code* is while the touching is occurring. When the complainant loses consciousness, she loses the ability to either oppose or consent to the sexual activity that occurs. Finding that such a person is consenting would effectively negate the right of the complainant to change her mind at any point in the sexual encounter.

In some situations, the concept of consent Parliament has adopted may seem unrealistic. However, it would be inappropriate for this Court to carve out exceptions to the concept of consent when doing so would undermine Parliament's choice. This concept of consent produces just results in the vast majority of cases and has proved to be of great value in combating stereotypes that have historically existed. In the absence of a constitutional challenge, the appropriate body to alter the law on consent in relation to sexual assault is Parliament, should it deem this necessary.

*Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting):* It is a fundamental principle of the law governing sexual assault in Canada that no means “no” and only yes means “yes”. In this case, K.D. said yes, not no. She engaged with J.A. in sexual activity to which she had freely consented in advance, while conscious. To convict J.A. of sexual assault in these circumstances is unwarranted as a matter of statutory interpretation, prior decisions of the Court, or considerations of policy. And it is wrong on the facts of this case.

The provisions of the *Criminal Code* regarding consent to sexual contact and the case law were intended to protect women against abuse by others. They aim to safeguard and enhance the sexual autonomy of women, and not to make choices for them.

It is a well-established principle that the complainant's genuine consent precludes a finding of sexual assault. There is nothing in the *Criminal Code* that indicates that Parliament has considered or adopted a statutory exception to this principle which would vitiate consent to unconscious sexual activity. Indeed, the wording of s. 273.1(2)(e) of the *Criminal Code* suggests that the complainant's consent can be given in advance, as it was in this case, and remains operative unless and until it is subsequently revoked. Upon regaining consciousness, K.D. did not revoke her prior consent to the sexual conduct in issue — which was then still ongoing. And it has not been suggested that she had earlier

la conclusion tirée par la Cour dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, selon laquelle le seul moment pertinent pour déterminer s'il y a eu consentement au sens du *Code criminel* est lorsque les attouchements ont eu lieu. Dès que le plaignant perd conscience, il perd la capacité de s'opposer ou de consentir à l'activité sexuelle qui a lieu. Conclure au consentement de cette personne aurait pour effet de lui nier le droit de changer d'idée à tout moment au cours de la rencontre à caractère sexuel.

Dans certains cas, le consentement au sens où l'entend le législateur peut sembler irréaliste. Toutefois, la Cour ne doit pas créer d'exceptions au consentement si elle contrevient ainsi à la volonté de ce dernier. Cette conception du consentement produit des résultats équitables dans la grande majorité des cas et s'est avérée fort utile pour combattre les stéréotypes historiques. En l'absence de contestation constitutionnelle, c'est au législateur qu'il appartient de modifier les règles du consentement en matière d'agression sexuelle s'il le juge nécessaire.

*Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) :* Il existe au Canada un principe de droit fondamental en matière d'agression sexuelle, selon lequel non veut dire « non » et seul oui veut dire « oui ». En l'espèce, K.D. a dit oui; elle n'a pas dit non. Elle a eu des rapports sexuels avec J.A., auxquels elle avait consenti à l'avance, pendant qu'elle était consciente. Dans de telles circonstances, déclarer J.A. coupable d'agression sexuelle n'est justifié ni par les principes d'interprétation législative, ni par les décisions antérieures de la Cour, ni par des considérations d'ordre public. De plus, ce résultat est inapproprié au vu des faits.

Les dispositions du *Code criminel* relatives au consentement à l'activité sexuelle et la jurisprudence visaient à protéger les femmes des abus commis par d'autres. Ces règles ont pour objet de protéger et de favoriser l'autonomie sexuelle des femmes, et non de faire des choix à leur place.

Selon un principe général bien établi, le consentement véritable du plaignant empêche de conclure à une agression sexuelle. Rien dans le *Code criminel* ne révèle que le législateur a envisagé ou édicté une exception à ce principe qui aurait pour effet de vicier le consentement à une activité sexuelle qui a lieu pendant une période d'inconscience. En effet, il ressort du libellé de l'al. 273.1(2)(e) du *Code criminel* que le consentement du plaignant peut être donné à l'avance, comme c'était le cas en l'espèce, et demeure valide tant qu'il n'est pas révoqué. Après avoir repris conscience, K.D. n'a pas révoqué son consentement à l'acte sexuel en question — qui se poursuivait alors. Personne n'a laissé entendre

revoked her consent by words or conduct, or even in her own mind.

A person cannot, while unconscious, consent or revoke consent. However, it hardly follows that consenting adults cannot, as a matter of law, willingly and consciously agree to engage in a sexual practice involving transitory unconsciousness — on the ground that, during the brief period of that consensually induced mental state, they will be unable to consent to doing what they have already consented to do. There is no factual or legal basis for holding that the complainant's prior consent, otherwise operative throughout, was temporarily rendered inoperative during the few minutes of her voluntary unconsciousness. It was not suspended by the fact that she had rendered herself incapable of revoking the consent she had chosen, freely and consciously, not to revoke either immediately before or immediately after the brief interval of her unconsciousness. The complainant's prior consent to the activity in question constituted a valid consent only to the contemplated activity. In the absence of any evidence that J.A.'s conduct exceeded the scope of the complainant's consent, or caused her bodily harm that would vitiate her consent at common law, there is no basis in the provisions of the *Criminal Code* for concluding that the complainant's consent in fact was not a valid consent in law.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; **referred to:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76.

By Fish J. (dissenting)

*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541; *R. v. Paice*, 2005 SCC 22, [2005] 1 S.C.R. 339; *R. v. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226.

non plus qu'elle avait révoqué son consentement plus tôt, par ses paroles ou ses gestes, ou même dans son for intérieur.

Une personne inconsciente ne peut ni consentir ni révoquer son consentement. Toutefois, il ne s'ensuit pas pour autant que des adultes consentants ne peuvent, en droit, acquiescer de leur plein gré et consciemment à des actes sexuels assortis d'une inconscience passagère — au motif que, pendant la courte durée de cet état mental provoqué d'un commun accord, ils seraient incapables de consentir aux actes auxquels ils ont déjà consenti. Il n'y a aucun fondement factuel ou juridique qui permette de conclure que le consentement donné à l'avance par la plaignante, valable à tout autre moment, est devenu temporairement inopérant pendant les quelques minutes de son inconscience volontaire. Son effet n'a pas été suspendu du fait qu'elle s'était rendue incapable de révoquer le consentement qu'elle avait librement et consciemment choisi de ne pas révoquer immédiatement avant ou après son bref moment d'inconscience. Le consentement à l'activité donné à l'avance par la plaignante n'est valable qu'à l'égard de cette activité précise. Vu l'absence de preuve démontrant que J.A. aurait transgressé le consentement de la plaignante ou lui aurait infligé des lésions corporelles ayant pour effet de vicier son consentement en common law, rien dans les dispositions du *Code criminel* ne justifie de conclure que le consentement de la plaignante dans les faits n'était pas valable en droit.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt appliqué :** *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; **arrêts mentionnés :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76.

Citée par le juge Fish (dissent)

*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541; *R. c. Paice*, 2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339; *R. c. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226.

### Statutes and Regulations Cited

- An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, Bill C-49, 3rd Sess., 34th Parl., 1991 (assented to June 23, 1992), S.C. 1992, c. 38.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 45, 265, 271(1), 273.1, 273.2, 693(1)(a).
- Sexual Offences Act 2003* (U.K.), 2003, c. 42, s. 75.

### Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 3rd Sess., 34th Parl., April 8, 1992, p. 9507.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, p. 12045.
- Card, Richard. *Sexual Offences: The New Law*. Bristol, England: Jordans, 2004.
- Fletcher, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 7).
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007.
- Tanovich, David M. "Criminalizing Sex At The Margins" (2010), 74 C.R. (6th) 86.
- United Kingdom. House of Commons. Home Affairs Committee. *Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639. London: Stationery Office, 2003.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Juriansz and LaForme JJ.A.), 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, 253 C.C.C. (3d) 153, 74 C.R. (6th) 51, 260 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 1202 (QL), 2010 CarswellOnt 1739, setting aside the accused's conviction for sexual assault. Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

*Christine Bartlett-Hughes*, for the appellant.

*Howard L. Krongold* and *Matthew C. Webber*, for the respondent.

*James C. Martin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Susan Chapman* and *Elizabeth Sheehy*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

### Lois et règlements cités

- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 45, 265, 271(1), 273.1, 273.2, 693(1)a).
- Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, projet de loi C-49, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 1991 (sanctionné le 23 juin 1992), L.C. 1992, ch. 38.
- Sexual Offences Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 42, art. 75.

### Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 8 avril 1992, p. 9507.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 15 juin 1992, p. 12045.
- Card, Richard. *Sexual Offences: The New Law*. Bristol, England: Jordans, 2004.
- Fletcher, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Royaume-Uni. House of Commons. Home Affairs Committee. *Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639. London: Stationery Office, 2003.
- Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 7).
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007.
- Tanovich, David M. « Criminalizing Sex At The Margins » (2010), 74 C.R. (6th) 86.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Juriansz et LaForme), 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, 253 C.C.C. (3d) 153, 74 C.R. (6th) 51, 260 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 1202 (QL), 2010 CarswellOnt 1739, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour agression sexuelle. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

*Christine Bartlett-Hughes*, pour l'appelante.

*Howard L. Krongold* et *Matthew C. Webber*, pour l'intimé.

*James C. Martin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Susan Chapman* et *Elizabeth Sheehy*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — It is a fundamental principle of Canadian law that a person is entitled to refuse sexual contact. From this, it follows that sexual acts performed without consent and without an honest belief in consent constitute the crime of sexual assault. The issue raised by this appeal is whether a person can perform sexual acts on an unconscious person if the person consented to those acts in advance of being rendered unconscious.

[2] The Crown argues that consent in advance of being rendered unconscious does not change the fact that the person, while unconscious, does not have an operating mind and is therefore incapable of consenting to sexual acts performed on her while unconscious. It argues that this is what the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires, and that to hold otherwise would be to condone non-consensual sex and sexual exploitation. The respondent, J.A., on the other hand, argues that he may engage in sexual activity with an unconscious person, provided he does not exceed the bounds of what the unconscious person expected. To hold otherwise, the respondent says, is to criminalize benign and essentially consensual sexual activity.

[3] Our task on this appeal is to determine whether the *Criminal Code* defines consent as requiring a conscious, operating mind throughout the sexual activity. I conclude that the *Code* makes it clear that an individual must be conscious throughout the sexual activity in order to provide the requisite consent. Parliament requires ongoing, conscious consent to ensure that women and men are not the victims of sexual exploitation, and to ensure that individuals engaging in sexual activity are capable of asking their partners to stop at any point. I would therefore allow the appeal and restore the conviction of the respondent.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le droit d'une personne de refuser un contact sexuel est un principe fondamental du droit canadien. C'est pourquoi des actes sexuels accomplis sans consentement ni croyance sincère au consentement constituent le crime d'agression sexuelle. La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si une personne peut se livrer à des actes sexuels sur une personne inconsciente qui a consenti à ces actes avant d'être rendue inconsciente.

[2] Selon le ministère public, le consentement que donne une personne avant d'être rendue inconsciente ne change rien au fait que, pendant son inconscience, elle n'est pas lucide et elle est incapable de consentir aux actes sexuels accomplis sur elle à ce moment. Il soutient que tel est le raisonnement dicté par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et que conclure le contraire reviendrait à tolérer les rapports sexuels non consensuels et l'exploitation sexuelle. L'intimé, J.A., prétend pour sa part qu'il peut se livrer à des activités sexuelles avec une personne inconsciente, pourvu qu'il n'outrepasse pas les limites des activités auxquelles cette personne s'attendait. Selon l'intimé, conclure autrement criminaliserait des activités sexuelles anodines et essentiellement consensuelles.

[3] Nous sommes appelés en l'espèce à déterminer si le consentement, au sens du *Code criminel*, doit émaner d'une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l'activité sexuelle. Je conclus que le *Code* exige clairement qu'une personne soit consciente pendant toute la durée d'une activité sexuelle pour donner un consentement valable. C'est pour prévenir l'exploitation sexuelle des hommes et des femmes et pour assurer aux personnes qui se livrent à une activité sexuelle la possibilité de demander à leur partenaire de cesser à tout moment que le législateur requiert un consentement conscient de tous les instants. Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé.



## I. Facts

[4] On May 22, 2007, the respondent J.A. and his long-time partner K.D. spent an evening together at home. While watching a movie on the couch, they started to kiss and engage in foreplay. After some time, they went upstairs to their bedroom and became more intimate. They both undressed, and started kissing on the bed.

[5] While K.D. was lying on her back, J.A. placed his hands around her throat and choked her until she was unconscious. At trial, K.D. estimated that she was unconscious for “less than three minutes”. She testified that she consented to J.A. choking her, and understood that she might lose consciousness. She stated that she and J.A. had experimented with erotic asphyxiation, and that she had lost consciousness before.

[6] When K.D. regained consciousness, she was on her knees at the edge of the bed with her hands tied behind her back, and J.A. was inserting a dildo into her anus. K.D. gave conflicting testimony about whether this was the first time J.A. had inserted a dildo into her anus. During her examination in chief, she stated that this was a first, and initially maintained this answer during cross-examination by defence counsel:

[Mr. Goldstein]: In terms of having what you referred to as a dildo inserted -- you had said in your butt, is that something that had happened before?

[K.D.]: No, we hadn't done that. We discussed the possibility of it. At the moment I just went with it in the spirit of experimentation.

[7] However, when confronted with the transcript of her testimony at J.A.'s bail hearing, K.D. changed her answer:

[K.D.]: . . . we had tried it one time prior.

[Mr. Goldstein]: Okay. . . .

## I. Les faits

[4] Le 22 mai 2007, l'intimé, J.A., et sa partenaire de longue date, K.D., passaient la soirée ensemble à la maison. Pendant qu'ils regardaient un film, assis sur le sofa, ils se sont mis à s'embrasser et ont entamé des préliminaires. Au bout d'un certain temps, ils sont montés à leur chambre où ils sont passés à des activités plus intimes. Ils se sont dévêtus et ont commencé à s'embrasser sur le lit.

[5] J.A. a placé ses mains autour du cou de K.D., qui était étendue sur le dos, et l'a étranglée jusqu'à ce qu'elle tombe inconsciente. Au procès, K.D. a estimé être demeurée inconsciente [TRADUCTION] « moins de trois minutes ». Elle a témoigné qu'elle avait consenti à ce que J.A. l'étrangle et qu'elle savait qu'elle pouvait perdre conscience. Elle a déclaré qu'elle et J.A. s'étaient déjà livrés à l'asphyxie érotique et qu'il lui était déjà arrivé de perdre conscience.

[6] Lorsque K.D. a repris conscience, elle se trouvait à genoux au bord du lit, les mains ligotées derrière le dos, et J.A. lui introduisait un godemiché dans l'anus. K.D. a fait des déclarations contradictoires quant à savoir si c'était la première fois que J.A. se livrait à cette activité sur elle. Lors de son interrogatoire principal, elle a déclaré que c'était la première fois et elle a réitéré cette réponse pendant le contre-interrogatoire par l'avocat de la défense :

[TRADUCTION]

[M<sup>c</sup> Goldstein] : En ce qui concerne, selon vos propres mots, le godemiché introduit dans votre -- vous avez dit derrière --, est-ce quelque chose qui était déjà arrivé auparavant?

[K.D.] : Non, on n'avait jamais fait ça. On avait déjà discuté de la possibilité de le faire. À ce moment-là, j'étais partante pour l'expérimentation.

[7] Toutefois, lorsqu'on lui a montré la transcription de son témoignage lors de l'enquête sur cautionnement de J.A., K.D. a changé sa réponse :

[TRADUCTION]

[K.D.] : . . . on avait déjà essayé ça une fois avant.

[M<sup>c</sup> Goldstein] : Ok. . .

[K.D.]: Somewhat of a drunken evening a while ago. I do apologize.

[8] K.D. testified that J.A. removed the dildo ten seconds after she regained consciousness. The two then had vaginal intercourse. When they had finished, J.A. cut K.D.'s hands loose.

[9] K.D. made a complaint to the police on July 11. In a videotaped statement, she told the police that she had not consented to the sexual activity that had occurred. She later recanted her allegation, and claimed that she made a false complaint to the police because J.A. had threatened to seek sole custody of their two-year-old son. J.A. was charged with aggravated assault, sexual assault, attempting to render the complainant unconscious in order to sexually assault her, and with breaching his probation order.

## II. Judicial History

### A. *Ontario Court of Justice, 2008 ONCJ 195 (CanLII)*

[10] K.D. was the only witness at trial in the Ontario Court of Justice.

[11] Nicholas J. found J.A. not guilty of aggravated assault and assault causing bodily harm. She concluded that K.D. had consented to being choked into unconsciousness. The trial judge also held that K.D. did not suffer bodily harm since the unconsciousness that she experienced was only transient. Nicholas J. found that the complainant consented to being choked.

[12] However, Nicholas J. found J.A. guilty of sexual assault. She described K.D.'s conflicting testimony as "typical . . . of a recanting complainant in a domestic matter" (para. 8). She concluded that K.D. had not consented to the insertion of the dildo, and that this was the first time that the couple had engaged in this sexual activity (para. 41).

[13] In the alternative, the trial judge held that K.D. could not "legally consent to sexual

[K.D.] : Il y a quelque temps, un soir qu'on avait bu. Je m'excuse.

[8] K.D. a affirmé dans son témoignage que J.A. a retiré le godemiché dix secondes après qu'elle a repris conscience. Ils ont ensuite eu des relations vaginales. Après, J.A. lui a détaché les mains.

[9] K.D. a porté plainte à la police le 11 juillet. Dans une déclaration enregistrée sur bande vidéo, elle a dit à la police ne pas avoir consenti à l'activité sexuelle qui avait eu lieu. Elle est plus tard revenue sur son allégation, prétendant avoir déposé une plainte mensongère à la police parce que J.A. avait menacé de demander la garde exclusive de leur fils de deux ans. J.A. a été accusé de voies de fait graves, d'agression sexuelle, de tentative de rendre la plaignante inconsciente dans l'intention de l'agresser sexuellement et de non-respect de son ordonnance de probation.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour de justice de l'Ontario, 2008 ONCJ 195 (CanLII)*

[10] K.D. a été la seule personne à témoigner au procès devant la Cour de justice de l'Ontario.

[11] La juge Nicholas a acquitté J.A. de l'accusation de voies de fait graves et d'infliction de lésions corporelles. Elle a conclu que K.D. avait accepté d'être étranglée jusqu'à tomber inconsciente. La juge du procès a également conclu que K.D. n'avait subi aucune lésion corporelle, son inconscience n'ayant été que passagère. La juge Nicholas était d'avis que la plaignante avait consenti à la strangulation.

[12] Toutefois, la juge Nicholas a déclaré J.A. coupable d'agression sexuelle. Elle a qualifié le témoignage contradictoire de K.D. de [TRADUCTION] « typique [ . . . ] d'une plaignante qui se rétracte dans une affaire conjugale » (par. 8). Elle a conclu que K.D. n'avait pas consenti à l'introduction du godemiché et que c'était la première fois que le couple se livrait à cette activité sexuelle (par. 41).

[13] À titre subsidiaire, la juge du procès a estimé que K.D. ne pouvait pas, [TRADUCTION] « en droit,

activity that takes place when she is unconscious” (para. 45).

[14] J.A. was also found guilty of breaching his probation order.

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676*

[15] J.A. successfully appealed his convictions to the Ontario Court of Appeal. The court unanimously held that there was insufficient evidence at trial to conclude beyond a reasonable doubt that K.D. did not consent to the insertion of the dildo in advance of unconsciousness (Simmons J.A., at para. 55; LaForme J.A., at para. 114). The court split on whether such consent would be legally valid.

[16] On behalf of the majority, Simmons J.A. held that individuals could consent in advance to sexual activity that occurs while they are unconscious. She emphasized that the Crown must prove the absence of consent in order to establish the *actus reus* of sexual assault. She reasoned that if an individual consents in advance to sexual activity taking place while she is unconscious, and never changes her mind, “[t]he only state of mind ever experienced by the person is that of consent” (para. 77).

[17] The majority also rejected the Crown’s argument that consent in this case was vitiated by the intentional infliction of bodily harm. Simmons J.A. agreed with the Crown that the trial judge had committed an error of law in her analysis of bodily harm, but held that bodily harm could not be relied upon to vitiate consent in the case of sexual assault *simpliciter*.

[18] LaForme J.A. dissented, holding that the definition of consent for the purposes of sexual assault required the individual to have an active mind throughout the sexual activity. He based

consentir à une activité sexuelle qui a lieu pendant qu’elle est inconsciente » (par. 45).

[14] J.A. a également été déclaré coupable de non-respect de son ordonnance de probation.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676*

[15] J.A. a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité. La Cour d’appel de l’Ontario a conclu à l’unanimité que la preuve soumise au procès était insuffisante pour conclure hors de tout doute raisonnable que K.D. n’avait pas consenti à la pénétration par godemiché avant de tomber inconsciente (la juge Simmons, par. 55; le juge LaForme, par. 114). La cour était partagée quant à savoir si ce consentement serait valide en droit.

[16] S’exprimant au nom de la majorité, la juge Simmons a conclu qu’une personne pouvait consentir à l’avance à une activité sexuelle qui a lieu pendant qu’elle est inconsciente. Elle a signalé que le ministère public doit prouver l’absence de consentement pour établir l’*actus reus* de l’infraction d’agression sexuelle. Selon elle, si une personne consent à l’avance à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu’elle sera inconsciente et qu’elle ne change pas d’idée, [TRADUCTION] « [l]e seul état d’esprit de cette personne a toujours été celui d’une personne consentante » (par. 77).

[17] Les juges majoritaires ont également rejeté l’argument du ministère public selon lequel l’infliction intentionnelle de lésions corporelles en l’espèce avait vicié le consentement. La juge Simmons a accepté la thèse du ministère public portant que la juge du procès avait commis une erreur de droit dans son analyse relative aux lésions corporelles, mais elle a conclu qu’il ne pouvait pas être allégué que les lésions corporelles viciaient le consentement dans le contexte d’une accusation d’agression sexuelle simple.

[18] De l’avis du juge LaForme, dissident, la définition du consentement en matière d’agression sexuelle exige que la personne demeure lucide pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Fondant sa

his conclusion on this Court's decision in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, stating that this decision "conclusively establishes that a prior consent is not effective as a matter of law because unconsciousness deprives the person consenting of the ability to express consent or know whether they are consenting at the time the sexual activity occurs" (para. 117).

[19] LaForme J.A. also held that the *Criminal Code* defined consent as an ongoing state of mind, and that consent ceases "as soon as the complainant falls unconscious and is incapable of consenting" (para. 123). He noted that the *Criminal Code* allowed individuals to revoke their consent at any time during the sexual activity.

[20] LaForme J.A. did not discuss whether bodily harm could vitiate consent in the case of sexual assault *simpliciter*. However, he did state that he only disagreed with Simmons J.A.'s discussion of unconscious consent (para. 113).

### III. Analysis

#### A. *Issue on Appeal*

[21] The only question before this Court is whether consent for the purposes of sexual assault requires the complainant to be conscious throughout the sexual activity. This is because the Crown appeals to this Court as of right on the basis of "any question of law on which a judge of the court of appeal dissents": *Criminal Code*, s. 693(1)(a). Accordingly, whether the complainant consented in fact or suffered bodily harm are not at issue; nor is the Court of Appeal's holding that, for reasons of procedural fairness, the Crown in this case cannot rely on bodily harm to vitiate consent since it did not formally allege that bodily harm occurred. Since the issue of bodily harm is not before this Court, I take no position on whether or in which circumstances individuals may consent to bodily harm during sexual activity. In my view, it would

conclusion sur la décision rendue par la Cour dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, il a déclaré que cet arrêt [TRADUCTION] « établit de façon concluante qu'un consentement avant le fait n'est pas valide en droit parce que l'inconscience prive la personne de la capacité d'exprimer son consentement ou empêche de savoir si elle consent à l'activité sexuelle au moment où celle-ci a lieu » (par. 117).

[19] Le juge LaForme a conclu que le *Code criminel* définit le consentement comme un état d'esprit de tous les instants, et qu'il est révoqué [TRADUCTION] « dès que la plaignante tombe inconsciente et est incapable de consentir » (par. 123). Il a souligné que le *Code criminel* permet à une personne de révoquer son consentement à tout moment au cours de l'activité sexuelle.

[20] Le juge LaForme n'a pas abordé la question de savoir si les lésions corporelles pouvaient vicier le consentement dans le contexte d'une accusation d'agression sexuelle simple. Il a toutefois dit que le seul point sur lequel il ne souscrivait pas à l'analyse faite par la juge Simmons était la question du consentement d'une personne inconsciente (par. 113).

### III. Analyse

#### A. *La question en litige*

[21] La seule question dont la Cour est saisie est celle de savoir si, pour qu'il y ait consentement en matière d'agression sexuelle, le plaignant doit demeurer conscient pendant toute la durée de l'activité sexuelle. Il en est ainsi parce que le ministère public se pourvoit de plein droit devant la Cour en s'appuyant sur l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, qui lui permet d'interjeter appel « sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident ». Par conséquent, le pourvoi ne porte ni sur la question de savoir si la plaignante a effectivement consenti à l'activité en cause ou subi des lésions corporelles, ni sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, pour des motifs d'équité procédurale, le ministère public, n'ayant pas allégué formellement que des lésions corporelles avaient été infligées, ne peut faire valoir en l'espèce que

be inappropriate to decide the matter without the benefit of submissions from interested groups.

### B. *Framework of Sexual Assault*

[22] Before turning to the issue in this case, it is useful to consider the framework of the law of sexual assault.

[23] A conviction for sexual assault under s. 271(1) of the *Criminal Code* requires proof beyond a reasonable doubt of the *actus reus* and the *mens rea* of the offence. A person commits the *actus reus* if he touches another person in a sexual way without her consent. Consent for this purpose is actual subjective consent in the mind of the complainant at the time of the sexual activity in question: *Ewanchuk*. As discussed below, the *Criminal Code*, s. 273.1(2), limits this definition by stipulating circumstances where consent is not obtained.

[24] A person has the required mental state, or *mens rea* of the offence, when he or she knew that the complainant was not consenting to the sexual act in question, or was reckless or wilfully blind to the absence of consent. The accused may raise the defence of honest but mistaken belief in consent if he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity. However, as discussed below, ss. 273.1(2) and 273.2 limit the cases in which the accused may rely on this defence. For instance, the accused cannot argue that he misinterpreted the complainant saying “no” as meaning “yes” (*Ewanchuk*, at para. 51).

[25] The issue in this case is whether the complainant consented, which is relevant to the *actus*

des lésions corporelles ont vicié le consentement. Puisque la question des lésions corporelles ne se pose pas devant nous, je ne statue pas sur la faculté d’une personne de consentir à subir des lésions corporelles au cours d’une activité sexuelle ni sur les circonstances dans lesquelles elle pourrait y consentir. À mon avis, il ne conviendrait pas de trancher la question sans entendre les observations des groupes intéressés à ce sujet.

### B. *Les grandes règles de droit en matière d’agression sexuelle*

[22] Avant d’examiner la question en litige en l’espèce, il est utile de jeter un coup d’œil aux grandes règles de droit applicables en matière d’agression sexuelle.

[23] Pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle aux termes du par. 271(1) du *Code criminel*, il faut prouver l’*actus reus* et la *mens rea* de l’infraction hors de tout doute raisonnable. Une personne commet l’*actus reus* si elle fait des attouchements à caractère sexuel à une autre personne sans le consentement de celle-ci. Il s’agit ici du consentement réel et subjectif dans l’esprit du plaignant au moment où l’activité sexuelle a lieu : *Ewanchuk*. Comme nous le verrons plus loin, le par. 273.1(2) du *Code criminel* restreint cette définition en énumérant des situations où le consentement ne peut se déduire.

[24] Une personne a l’état d’esprit requis, soit la *mens rea* de l’infraction, lorsqu’elle sait que le plaignant ne consent pas à l’acte sexuel en question ou qu’elle fait preuve d’insouciance ou d’aveuglement volontaire quant à l’absence de consentement. L’accusé peut soulever la défense de croyance sincère mais erronée au consentement s’il croyait que le plaignant avait manifesté son consentement à l’activité sexuelle. Toutefois, et nous y reviendrons, le par. 273.1(2) et l’art. 273.2 limitent les cas où l’accusé peut invoquer ce moyen de défense. Par exemple, l’accusé ne peut prétendre qu’il croyait que « non » voulait dire « oui » (*Ewanchuk*, par. 51).

[25] Il faut déterminer en l’espèce s’il y a eu consentement, une question qui a trait à l’*actus reus*;

*reus*; the Crown must prove the absence of consent to fulfill the requirements of the wrongful act. However, the provisions of the *Criminal Code* with respect to the *mens rea* defence of honest but mistaken belief also shed light on the issue of whether consent requires the complainant to have been conscious throughout the duration of the sexual activity.

[26] The relevant provisions of the *Criminal Code* are ss. 265, 273.1 and 273.2.

[27] The *Criminal Code* defines sexual assault as an assault that is committed in circumstances of a sexual nature. Section 265 provides that:

**265.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

. . .

[28] Parliament has enacted provisions that specifically define consent for the purpose of sexual assault. In particular, s. 273.1 establishes as follows:

**273.1** (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

le ministère public doit prouver l’absence de consentement pour démontrer la perpétration de l’acte fautif. Toutefois, les dispositions du *Code criminel* portant sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, servant à réfuter l’existence de la *mens rea*, jettent également de la lumière sur la question de savoir si, pour qu’il y ait consentement, la plaignante doit avoir été consciente pendant toute la durée de l’activité sexuelle.

[26] Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont les art. 265, 273.1 et 273.2.

[27] Le *Code criminel* définit l’agression sexuelle comme des voies de fait commises dans des circonstances de nature sexuelle. L’article 265 est ainsi libellé :

**265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d’une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d’employer la force contre une autre personne, s’il est en mesure actuelle, ou s’il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu’il est alors en mesure actuelle d’accomplir son dessein;

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

(2) Le présent article s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

. . .

[28] Le législateur a défini le consentement dans le contexte spécifique de l’agression sexuelle. Plus particulièrement, l’art. 273.1 dispose :

**273.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application des articles 271, 272 et 273, en l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle.

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

(a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

(b) the complainant is incapable of consenting to the activity;

(c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

(d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

(e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

(3) Nothing in subsection (2) shall be construed as limiting the circumstances in which no consent is obtained.

[29] The definition of consent for the purposes of sexual assault is found in s. 273.1(1). In order to clarify this broad definition, Parliament provides a non-exhaustive list of circumstances in which no consent is obtained in s. 273.1(2). Section 273.1(3) authorizes the courts to identify additional cases in which no consent is obtained, in a manner consistent with the policies underlying the provisions of the *Criminal Code*.

[30] The defence of honest but mistaken belief in consent was recognized and limited by Parliament in s. 273.2 of the *Criminal Code*:

**273.2** It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(a) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or wilful blindness; or

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où :

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

b) il est incapable de le former;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.

[29] La définition du consentement en matière d'agression sexuelle figure au par. 273.1(1). Pour préciser davantage cette définition large, le législateur a prévu au par. 273.1(2) une liste non exhaustive de situations dans lesquelles le consentement ne se déduit pas. Le paragraphe 273.1(3) habilite le tribunal à désigner d'autres situations où le consentement ne peut se déduire, en accord avec les principes de politique générale qui sous-tendent les dispositions du *Code criminel*.

[30] Le législateur a reconnu la défense de croyance sincère mais erronée au consentement et en a limité la portée à l'art. 273.2 du *Code criminel* :

**273.2** Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :

a) cette croyance provient :

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

C. *The Concept of Consent Under the Criminal Code*

[31] The foregoing provisions of the *Criminal Code* indicate that Parliament viewed consent as the conscious agreement of the complainant to engage in every sexual act in a particular encounter.

[32] The proper approach to statutory interpretation was summarized in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601: “The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole.” The Court emphasized that while “[t]he relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, . . . in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole” (para. 10).

[33] It follows that we must seek to interpret the provisions that deal with consent in a harmonious way. Applying this approach, we see that Parliament defined consent in a way that requires the complainant to be conscious throughout the sexual activity in question. The issue is not whether the Court should identify a new exception that vitiates consent to sexual activity while unconscious (see reasons of Fish J., at para. 95), but whether an unconscious person can qualify as consenting under Parliament’s definition.

[34] Consent for the purposes of sexual assault is defined in s. 273.1(1) as “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. This suggests that the consent of the complainant must be specifically directed to each and every sexual act, negating the argument

b) il n’a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s’assurer du consentement.

C. *La notion de consentement au sens du Code criminel*

[31] Il ressort des dispositions susmentionnées du *Code criminel* que, pour le législateur, le consentement est l’accord volontaire du plaignant à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise.

[32] L’approche qu’il convient d’adopter en matière d’interprétation législative a été résumée dans *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 : « L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. » La Cour a souligné que « [l]’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux » (par. 10).

[33] Nous devons donc nous efforcer d’interpréter de façon harmonieuse les dispositions qui traitent du consentement. En appliquant cette règle d’interprétation, nous constatons que le législateur a retenu une définition du consentement qui exige que le plaignant soit conscient pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Il ne s’agit pas de déterminer si la Cour devrait reconnaître une nouvelle exception ayant pour effet d’annuler le consentement à une activité sexuelle qui a lieu pendant une période d’inconscience (voir les motifs du juge Fish, par. 95). Il s’agit plutôt de décider si une personne inconsciente peut donner son consentement au sens où l’entendait le législateur.

[34] Dans le contexte d’une agression sexuelle, le consentement s’entend, selon le par. 273.1(1), de « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ». Cette définition indique que le plaignant doit consentir spécifiquement à chacun des actes sexuels et réfute l’argument que le législateur



that broad advance consent is what Parliament had in mind. As discussed below, this Court has also interpreted this provision as requiring the complainant to consent to the activity “at the time it occur[s]” (*Ewanchuk*, at para. 26).

[35] Section 273.1(2) provides a non-exhaustive list of circumstances in which no consent is obtained. These examples shed further light on Parliament’s understanding of consent.

[36] Section 273.1(2)(b) provides that no consent is obtained if “the complainant is incapable of consenting to the activity”. Parliament was concerned that sexual acts might be perpetrated on persons who do not have the mental capacity to give meaningful consent. This might be because of mental impairment. It also might arise from unconsciousness: see *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151, at para. 56, per Charron J.A. (as she then was). It follows that Parliament intended consent to mean the conscious consent of an operating mind.

[37] The provisions of the *Criminal Code* that relate to the *mens rea* of sexual assault confirm that individuals must be conscious throughout the sexual activity. Before considering these provisions, however, it is important to keep in mind the differences between the meaning of consent under the *actus reus* and under the *mens rea*: *Ewanchuk*, at paras. 48-49. Under the *mens rea* defence, the issue is whether the accused believed that the complainant *communicated consent*. Conversely, the only question for the *actus reus* is whether the complainant was subjectively consenting in her mind. The complainant is not required to *express* her lack of consent or her revocation of consent for the *actus reus* to be established.

[38] With this caution in mind, I come to the three provisions that relate to the *mens rea* that are relevant to the issue in this case: s. 273.1(2)(d), s. 273.1(2)(e) and s. 273.2(b).

entendait inclure un consentement général donné à l’avance. Comme nous le verrons plus loin, selon la Cour, cette disposition exige que la plaignante consente aux attouchements « lorsqu’ils ont [. . .] lieu » (*Ewanchuk*, par. 26).

[35] Le paragraphe 273.1(2) présente une liste non exhaustive de situations dans lesquelles le consentement ne se déduit pas. Ces cas nous éclairent sur la façon dont le législateur concevait le consentement.

[36] L’alinéa 273.1(2)b prévoit que le consentement ne se déduit pas des cas où le plaignant « est incapable de le former ». Le législateur craignait que des actes sexuels soient commis sur des personnes ne possédant pas la capacité mentale de donner un véritable consentement. Il pourrait s’agir d’une personne ayant une déficience mentale. Ou encore, d’une personne qui se trouve dans un état d’inconscience : voir *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151, par. 56, la juge Charron (maintenant juge de notre Cour). Il s’ensuit que l’intention du législateur était que le consentement s’entende du consentement conscient d’une personne lucide.

[37] Les dispositions du *Code criminel* portant sur la *mens rea* de l’agression sexuelle confirment qu’une personne doit demeurer consciente pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Avant de les analyser, il importe toutefois de se rappeler que la notion de consentement varie selon qu’elle est considérée par rapport à l’*actus reus* ou à la *mens rea* : *Ewanchuk*, par. 48-49. Lorsqu’il s’agit de réfuter l’existence de la *mens rea*, la question est de savoir si l’accusé croyait que la plaignante avait *manifesté son consentement*. En revanche, la seule question qui se pose à l’égard de l’*actus reus* est de savoir si la plaignante était subjectivement consentante dans son for intérieur. Pour que l’*actus reus* soit établi, point n’est besoin que la plaignante ait *manifesté* l’absence de consentement ou la révocation de son consentement.

[38] Cette précision apportée, je me tourne maintenant vers les trois dispositions portant sur la *mens rea* qui sont pertinentes à l’égard de la question en litige, soit les al. 273.1(2)d), 273.1(2)e) et 273.2b).

[39] Section 273.1(2)(d) provides that there can be no consent if the “complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity”. Since this provision refers to the expression of consent, it is clear that it can only apply to the accused’s *mens rea*. The point here is the linking of lack of consent to any “activity”. This suggests a present, ongoing conception of consent, rather than advance consent to a suite of activities.

[40] Section 273.1(2)(e) establishes that it is an error of law for the accused to believe that the complainant is still consenting after she “expresses . . . a lack of agreement to continue to engage in the activity”. Since this provision refers to the expression of consent, it is clear that it can only apply to the accused’s *mens rea*. Nonetheless, it indicates that Parliament wanted people to be capable of revoking their consent at any time during the sexual activity. This in turn supports the view that Parliament viewed consent as the product of a conscious mind, since a person who has been rendered unconscious cannot revoke her consent. As a result, the protection afforded by s. 273.1(2)(e) would not be available to her.

[41] According to my colleague, Fish J., s. 273.1(2)(e) “suggests that the complainant’s consent *can* be given in advance, and remains operative unless and until it is subsequently revoked” (para. 104 (emphasis in original)). With respect, I cannot accept this interpretation. The provision in question establishes that the accused must halt all sexual contact once the complainant expresses that she no longer consents. This does not mean that a failure to tell the accused to stop means that the complainant must have been consenting. As this Court has repeatedly held, the complainant is not required to express her lack of consent for the *actus reus* to be established. Rather, the question is whether the complainant subjectively consented in her mind: *Ewanchuk; R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3.

[39] Selon l’alinéa 273.1(2)d), il ne peut y avoir consentement si le plaignant « manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité ». Comme cette disposition concerne l’expression du consentement, de toute évidence, elle ne peut s’appliquer qu’à l’égard de la *mens rea* de l’accusé. L’élément important, en l’occurrence, est le rattachement de l’absence d’accord à une « activité ». Ce rattachement dénote une conception du consentement voulant qu’il s’agisse d’un consentement ponctuel de tous les instants, et non d’un consentement donné à l’avance à une série d’activités.

[40] L’alinéa 273.1(2)e) établit que c’est une erreur de droit pour l’accusé de croire que la plaignante consent toujours à une activité après qu’elle a « manifest[é] [. . .] l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci ». Comme cette disposition porte sur l’expression du consentement, elle ne peut s’appliquer qu’à la *mens rea* de l’accusé. Néanmoins, elle indique que le législateur voulait donner aux personnes la possibilité de retirer leur consentement en tout temps au cours de l’activité sexuelle. Or, cette intention du législateur étaye la thèse voulant qu’il conçoive le consentement comme émanant nécessairement d’un esprit lucide, puisqu’une personne rendue inconsciente est incapable de révoquer son consentement. La protection offerte à l’al. 273.1(2)e) lui serait donc inaccessible.

[41] Selon mon collègue, le juge Fish, l’al. 273.1(2)e) laisse croire que « le consentement du plaignant *peut* être donné à l’avance et demeure valide tant qu’il n’est pas révoqué » (par. 104 (en italique dans l’original)). En toute déférence, je ne puis souscrire à une telle interprétation. Cette disposition prévoit que l’accusé doit cesser tout attouchement dès que la plaignante manifeste l’absence d’accord. Elle ne signifie pas que la plaignante est nécessairement consentante si elle ne demande pas à l’accusé d’arrêter. Comme la Cour l’a décidé à maintes reprises, il n’est pas nécessaire que la plaignante ait exprimé l’absence d’accord pour que l’*actus reus* soit établi. La question est plutôt de savoir si la plaignante consentait subjectivement dans son for intérieur : *Ewanchuk; R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3.

[42] Section 273.2 sheds further light on Parliament's conception of consent. Section 273.2(b) states that a person wishing to avail himself of the *mens rea* defence must not only believe that the complainant communicated her consent (or in French, "*l'accusé croyait que le plaignant avait consenti*" (s. 273.2)), but must also have taken reasonable steps to ascertain whether she "was consenting" to engage in the sexual activity in question at the time it occurred. How can one take reasonable steps to ascertain whether a person is consenting to sexual activity while it is occurring if that person is unconscious? Once again, the provision is grounded in the assumption that the complainant must consciously consent to each and every sexual act. Further, by requiring the accused to take reasonable steps to ensure that the complainant "was consenting", Parliament has indicated that the consent of the complainant must be an ongoing state of mind.

[43] The question in this case is whether Parliament defined consent in a way that extends to advance consent to sexual acts committed while the complainant is unconscious. In my view, it did not. J.A.'s contention that advance consent can be given to sexual acts taking place during unconsciousness is not in harmony with the provisions of the *Code* and their underlying policies. These provisions indicate that Parliament viewed consent as requiring a "capable" or operating mind, able to evaluate each and every sexual act committed. To hold otherwise runs counter to Parliament's clear intent that a person has the right to consent to particular acts and to revoke her consent at any time. Reading these provisions together, I cannot accept the respondent's contention that an individual may consent in advance to sexual activity taking place while she is unconscious.

#### D. *The Concept of Consent in the Jurisprudence*

[44] The jurisprudence has consistently interpreted consent as requiring a conscious, operating

[42] L'article 273.2 permet de mieux comprendre comment le législateur conçoit le consentement. L'alinéa 273.2b) dispose que, pour invoquer le moyen de défense servant à réfuter la *mens rea*, l'accusé doit avoir non seulement cru que le plaignant avait consenti, mais aussi pris les mesures raisonnables « pour s'assurer du consentement » (ou en anglais, « *that the complainant was consenting* ») à l'activité sexuelle au moment de celle-ci. Comment peut-on prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement d'une personne à une activité sexuelle au moment de celle-ci, si cette personne est alors inconsciente? Je le répète, cette disposition repose sur la prémisse que la plaignante doit consentir consciemment à chacun des actes sexuels. Qui plus est, le choix du temps de verbe dans la version anglaise du *Code criminel* (« *was consenting* ») montre que le consentement dont l'accusé doit s'assurer est un état d'esprit de tous les instants.

[43] La question en l'espèce consiste à savoir si la portée de la définition du consentement énoncée par le législateur s'étend au consentement donné à l'avance à des actes sexuels commis pendant que la personne est inconsciente. Selon moi, ce n'est pas le cas. La prétention de J.A. qu'une personne peut consentir à l'avance à des actes sexuels qui auront lieu pendant qu'elle sera inconsciente ne s'harmonise pas avec les dispositions du *Code criminel* et les principes de politique générale qui les sous-tendent. Il ressort de ces dispositions que, du point de vue du législateur, le consentement doit émaner d'une personne « capable » ou lucide, en mesure d'évaluer chaque acte sexuel. Conclure le contraire irait à l'encontre de la volonté manifeste du législateur de reconnaître le droit d'une personne de consentir à des actes particuliers et de retirer son consentement en tout temps. Ces dispositions, interprétées ensemble, ne me permettent pas de souscrire à la prétention de l'intimé qu'une personne peut consentir à l'avance à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu'elle sera inconsciente.

#### D. *La notion de consentement dans la jurisprudence*

[44] Il est de jurisprudence constante que le consentement est formé par une personne

mind, capable of granting, revoking or withholding consent to each and every sexual act. While the issue of whether advance consent can suffice to justify future sexual acts has not come before this Court prior to this case, the tenor of the jurisprudence undermines this concept of consent.

[45] As held by Major J. in *Ewanchuk*, “[t]he absence of consent . . . is subjective and determined by reference to the complainant’s subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred” (para. 26 (emphasis added)). The trier of fact must determine what was going on in the mind of the complainant in response to the touching. The majority repeatedly underlined that the focus is on the complainant’s “state of mind”: paras. 26, 27, 29, 30, 33, 34 and 48; see also *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 16, referring to the consent of the complainant as a “mental state” (*per* L’Heureux-Dubé J.). Moreover, as noted above, the complainant is not required to express her lack of consent: *M. (M.L.)*. Rather, the absence of consent is established if the complainant was not experiencing the state of mind of consent while the sexual activity was occurring.

[46] The only relevant period of time for the complainant’s consent is while the touching is occurring: *Ewanchuk*, at para. 26. The complainant’s views towards the touching before or after are not directly relevant. An offence has not occurred if the complainant consents at the time but later changes her mind (absent grounds for vitiating consent). Conversely, the *actus reus* has been committed if the complainant was not consenting in her mind while the touching took place, even if she expressed her consent before or after the fact.

[47] The jurisprudence of this Court also establishes that there is no substitute for the complainant’s actual consent to the sexual activity at the time it occurred. It is not open to the defendant to argue that the complainant’s consent was implied by the circumstances, or by the relationship between the accused and the complainant. There is no defence

consciente, lucide, capable d’accorder, de révoquer ou de refuser son consentement à chaque acte sexuel. Bien que notre Cour soit appelée pour la première fois à trancher la question de savoir si un consentement donné à l’avance peut suffire à justifier des actes sexuels ultérieurs, la jurisprudence dément cette conception du consentement.

[45] Comme l’a conclu le juge Major dans *Ewanchuk*, « l’absence de consentement est subjective et déterminée par rapport à l’état d’esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l’égard des attouchements, lorsqu’ils ont eu lieu » (par. 26 (je souligne)). Le juge des faits doit déterminer ce qui se passait dans l’esprit de la plaignante en réaction aux attouchements. Les juges majoritaires ont souligné à plusieurs reprises que c’est l’« état d’esprit » du plaignant qui importe : par. 26, 27, 29, 30, 33, 34 et 48; voir également *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 16 (la juge L’Heureux-Dubé). En outre, rappelons qu’il n’est pas nécessaire que le plaignant manifeste l’absence de consentement : *M. (M.L.)*. L’absence de consentement est établie si l’état d’esprit du plaignant lors de l’activité sexuelle n’était pas celui d’une personne consentante.

[46] Pour établir si le plaignant était ou non consentant, le seul moment pertinent est celui des attouchements : *Ewanchuk*, par. 26. Le point de vue du plaignant à l’égard des attouchements, avant ou après qu’ils se produisent, n’est pas directement pertinent. Aucune infraction n’est perpétrée si le plaignant consent sur le moment, puis change d’idée après coup (si aucun élément n’a pour effet de vicier le consentement). À l’inverse, l’*actus reus* a été commis si le plaignant ne consentait pas aux attouchements en son for intérieur au moment où ils ont eu lieu, même s’il a manifesté son consentement avant ou après le fait.

[47] Suivant la jurisprudence de la Cour, rien ne remplace le consentement réel à l’activité sexuelle au moment où elle a lieu. L’accusé ne peut prétendre que le consentement du plaignant était implicite, compte tenu des circonstances ou de la relation qu’il entretenait avec lui. La défense de consentement tacite n’existe

of implied consent to sexual assault: *Ewanchuk*, at para. 31.

[48] The cases on the *mens rea* defence of honest but mistaken belief in consent take the same view. At common law, this was a standard defence of mistake of fact: the accused was not guilty if he honestly believed a state of facts, which, if true, would have rendered his conduct lawful: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at pp. 134 and 139. In *Ewanchuk*, this Court held that it is not sufficient for the accused to have believed that the complainant was subjectively consenting in her mind: “In order to cloak the accused’s actions in moral innocence, the evidence must show that he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question” (para. 46 (emphasis in original)). See also *Park*, at para. 39 (*per* L’Heureux-Dubé J.). It thus is not sufficient for the accused to have believed the complainant was consenting: he must also take reasonable steps to ascertain consent, and must believe that the complainant communicated her consent to engage in the sexual activity in question. This is impossible if the complainant is unconscious.

[49] The respondent argues that my dissenting reasons in *Esau* suggest that an individual may consent while unconscious for purposes of the *actus reus* of the offence. The issue in that case was whether the defence of honest but mistaken belief was available where the complainant asserted that she was unconscious due to drunkenness at the time of the sexual activity. The majority of the Court, *per* Major J., held that the evidence sufficed to raise a basis for the defence. My dissenting reasons argued that the defence did not arise because an unconscious complainant “lacks the capacity to communicate a voluntary decision to consent. . . . To put it another way, the necessary (but not sufficient) condition of consent — the capacity to communicate agreement — is absent” (para. 73). I further stated:

pas en matière d’agression sexuelle : *Ewanchuk*, par. 31.

[48] La jurisprudence portant sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, qui sert à réfuter la *mens rea*, va dans le même sens. En common law, il s’agissait d’une défense courante d’erreur de fait : l’accusé n’était pas coupable s’il croyait honnêtement en un état de fait qui, s’il avait existé, aurait rendu sa conduite licite : *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 134 et 139. Dans *Ewanchuk*, la Cour a conclu qu’il ne suffit pas que l’accusé ait cru au consentement subjectif du plaignant en son for intérieur : « Pour que les actes de l’accusé soient empreints d’innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l’activité sexuelle en question » (par. 46 (soulignement dans l’original)). Voir également *Park*, par. 39 (la juge L’Heureux-Dubé). Par conséquent, la croyance au consentement du plaignant ne suffit pas : l’accusé doit également avoir pris les mesures raisonnables pour s’assurer du consentement et croire que le plaignant a manifesté son consentement à l’activité sexuelle. Or, cela est impossible si le plaignant est inconscient.

[49] L’intimé prétend que mes motifs dissidents dans *Esau* donnent à penser que, du point de vue de l’*actus reus* de l’infraction, une personne peut consentir même si elle est inconsciente. La question en litige dans cette affaire consistait à savoir si la défense de croyance sincère mais erronée pouvait être invoquée dans un cas où la plaignante affirmait s’être trouvée dans un coma éthylique au moment de l’activité sexuelle. Le juge Major, s’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, a conclu que la preuve était suffisante pour étayer ce moyen de défense. Dans mes motifs dissidents, j’ai fait valoir que ce moyen ne pouvait être invoqué parce qu’un plaignant inconscient « n’a pas la capacité de communiquer une décision volontaire de consentir. [ . . . ] En d’autres termes, la condition nécessaire (mais non suffisante) pour qu’il y ait consentement, à savoir la capacité d’exprimer un acquiescement, n’est pas remplie » (par. 73). J’ai ajouté :

The hypothetical case of a complainant giving advance consent to sexual contact before becoming unconscious does not constitute an exception. Consent can be revoked at any time. The person who assaults an unconscious woman cannot know whether, were she conscious, she would revoke the earlier consent. He therefore takes the risk that she may later claim she was assaulted without consent. [*ibid.*]

[50] Simmons J.A. read this passage as supporting the view that an individual may consent while unconscious (para. 82). However, the point of the passage is simply to cast doubt on whether the defence of honest but mistaken belief can arise with respect to an unconscious complainant, assuming (without deciding) that the *actus reus* could be made out. The passage thus does not support the view that advance consent prior to unconsciousness can establish consent for purposes of the *actus reus* of the offence.

#### E. *The Arguments to the Contrary*

[51] The issue in this case relates only to the *actus reus* of sexual assault. The question is whether advance consent can establish consent to sexual activity committed on a person who has been rendered unconscious. The foregoing discussion of the provisions of the *Criminal Code* and the jurisprudence suggests that the answer to this question is no. However, before concluding on the matter, we must examine the arguments put against this conclusion.

[52] The first argument is that advance consent equals actual consent because the complainant cannot change her mind after being rendered unconscious. Simmons J.A. accepted this argument: “Where a person consents in advance to sexual activity expected to occur while unconscious and does not change their mind, I fail to see how the Crown can prove lack of consent. The only state of mind ever experienced by the person is that of consent” (para. 77).

Le cas hypothétique du plaignant qui a consenti à l’avance à des contacts sexuels avant de perdre conscience ne constitue pas une exception. Le consentement peut être retiré en tout temps. La personne qui agresse une femme qui a perdu conscience ne peut pas savoir si celle-ci retirerait le consentement donné antérieurement si elle était consciente. Cette personne s’expose donc à ce que la plaignante affirme par la suite qu’elle n’avait pas donné son consentement. [*ibid.*]

[50] Selon la juge Simmons, cet extrait laisse croire qu’une personne inconsciente peut néanmoins demeurer consentante (par. 82). Toutefois, il visait simplement à mettre en doute le recours au moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement dans le cas d’un plaignant inconscient, à supposer (sans le décider) que l’*actus reus* puisse être établi. Cet extrait n’étaye donc pas l’opinion que le consentement donné avant l’inconscience constitue une preuve de l’existence du consentement lorsqu’il s’agit d’établir l’*actus reus* de l’infraction.

#### E. *Les arguments contraires*

[51] En l’espèce, le litige ne porte que sur l’*actus reus* de l’agression sexuelle. La question qui se pose est celle de savoir si le consentement donné à l’avance peut servir à établir l’existence du consentement aux actes sexuels commis sur une personne qui a été rendue inconsciente. L’analyse que nous venons de faire des dispositions du *Code criminel* et de la jurisprudence tend à indiquer que ce n’est pas le cas. Toutefois, avant de tirer une conclusion à cet égard, nous devons examiner les arguments contraires qui ont été invoqués.

[52] Suivant le premier argument, le consentement donné à l’avance vaut un consentement donné au moment opportun parce que le plaignant ne peut changer d’idée après avoir été rendu inconscient. La juge Simmons a accepté cet argument : [TRADUCTION] « Lorsqu’une personne consent à l’avance à une activité sexuelle censée se dérouler pendant qu’elle est inconsciente et qu’elle ne change pas d’idée, je vois mal comment le ministère public peut prouver l’absence de consentement. Le seul état d’esprit de cette personne a toujours été celui d’une personne consentante » (par. 77).

[53] This argument runs contrary, however, to this Court's conclusion in *Ewanchuk* that the only relevant period for ascertaining whether the complainant consented under the *Criminal Code* is *while the touching is occurring* (para. 26). When the complainant loses consciousness, she loses the ability to either oppose or consent to the sexual activity that occurs. Finding that such a person is consenting would effectively negate the right of the complainant to change her mind at any point in the sexual encounter.

[54] The second argument is that the law should carve out an exception to the general requirement of conscious, ongoing consent to sexual contact, because this is required to deal with the special concerns unconsciousness raises.

[55] J.A. submits that this is what the law has done in the medical field, where the common law recognizes that doctors may perform surgery on unconscious patients. This argument fails to appreciate, however, that consent functions differently in different contexts: G. P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (1996), at p. 112. A number of considerations make consent to sexual activity different from consent in other contexts such as medical interventions, and property transactions. Parliament has indicated that the notion of consent for sexual assault is distinct from consent in other contexts (*Criminal Code*, ss. 273.1 and 273.2). It has also enacted special protections for medical practitioners, exempting them "from criminal responsibility for performing a surgical operation on any person for the benefit of that person" (s. 45). Consequently, the fact that individuals may consent in advance to surgery does not determine if they may consent in advance to sexual activity. The body of pragmatic, context-specific rules of consent to govern medical operations developed by Parliament and at common law does not permit this Court to overrule the requirements in the *Criminal Code* for consent to sexual acts. Moreover, the two situations are different. The pragmatic considerations that inform the definition of consent in the context of surgical operations differ from those that arise in the case of sexual activity. Surgical interventions are usually carefully planned, and

[53] Cet argument va toutefois à l'encontre de la conclusion tirée par la Cour dans *Ewanchuk* selon laquelle le seul moment pertinent pour déterminer s'il y a eu consentement au sens du *Code criminel* est *lorsque les attouchements ont eu lieu* (par. 26). Dès que le plaignant perd conscience, il perd la capacité de s'opposer ou de consentir à l'activité sexuelle qui a lieu. Conclure au consentement de cette personne aurait pour effet de lui nier le droit de changer d'idée à tout moment au cours de la rencontre à caractère sexuel.

[54] Suivant le deuxième argument, pour régler les problèmes particuliers posés par l'état d'inconscience, il faudrait établir une exception, en droit, à la règle générale qui exige un consentement conscient de tous les instants aux contacts sexuels.

[55] J.A. prétend que pareille exception existe en droit médical, où la common law reconnaît aux médecins la possibilité de procéder à des interventions chirurgicales sur des patients inconscients. Toutefois, son argument ne tient pas compte du fait que la notion de consentement diffère selon le contexte : G. P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (1996), p. 112. Plusieurs considérations distinguent le consentement à une activité sexuelle de celui exprimé dans d'autres sphères, par exemple les interventions médicales et les opérations portant sur des biens. Le législateur a indiqué que la définition du consentement en matière d'agression sexuelle est différente de celle qui s'applique dans d'autres contextes (*Code criminel*, art. 273.1 et 273.2). Il a également accordé une protection particulière aux praticiens en précisant que « [l]oute personne est à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale » (art. 45). Par conséquent, le fait qu'il est possible de consentir à l'avance à une intervention chirurgicale n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de savoir si une personne peut ou non consentir à l'avance à une activité sexuelle. L'ensemble des règles pratiques en matière de consentement — élaborées par le législateur et issues de la common law — applicables spécifiquement dans le contexte des interventions chirurgicales ne permet pas à la Cour de passer outre les prescriptions du *Code criminel* en

appropriate consent is assured by consent forms and waivers — all to the end of limiting the risk of abuse. Such safeguards are rare, if perhaps non-existent, in the sexual arena.

[56] Along the same lines, the respondent and Simmons J.A. cite the example of two friends who agree before going to a party to assist each other in getting home if either should pass out from drinking too much. In such a case, the argument goes, the individual who assists her friend should be commended, rather than charged with assault and kidnapping because the friend was not capable of consenting while unconscious.

[57] Again, the analogy is not exact. In the case of non-sexual assaults, consent may, where appropriate, be implied at common law: *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 52, *per* McLachlin J. (as she then was); *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 743, *per* Gonthier J. This Court, applying the common law, has recognized cases in which the social setting and the relationship between the parties implies consent to non-sexual touching, such as shaking hands at a business meeting or colliding with a hockey player on the ice. Conversely, in interpreting the provisions of the *Criminal Code* that relate to sexual assault, this Court has expressly rejected the notion of implied consent: *Ewanchuk*, at para. 31.

[58] The respondent also argues that requiring conscious consent to sexual activity may result in absurd outcomes. He cites the example of a person who kisses his sleeping partner. In that situation,

matière de consentement aux actes sexuels. Qui plus est, les deux situations diffèrent. Les considérations d'ordre pratique qui ont joué dans la définition du consentement à des interventions chirurgicales ne sont pas les mêmes que celles qui interviennent dans le contexte des activités sexuelles. Règle générale, les interventions chirurgicales sont soigneusement planifiées et les formulaires de consentement et de renonciation garantissent l'obtention d'un consentement en bonne et due forme — à seule fin de limiter les risques d'abus. Ces garanties sont rares, peut-être même inexistantes, en matière sexuelle.

[56] Dans le même ordre d'idées, l'intimé et la juge Simmons donnent l'exemple de deux amis qui conviennent, avant de se rendre à une fête, que si l'un d'eux sombre dans un coma éthylique, l'autre le ramènera chez lui. Dans un tel cas, on pourrait affirmer que celui qui raccompagne son ami inconscient mérite des félicitations, et non d'être accusé de voies de fait et d'enlèvement parce que son ami était incapable de consentir à être raccompagné.

[57] Encore une fois, l'analogie ne tient pas. Dans le cas d'agressions à caractère non sexuel, la common law reconnaît qu'il peut y avoir consentement implicite, dans certaines circonstances : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 52, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 743, le juge Gonthier. La Cour, en appliquant les principes de common law, a reconnu des cas où, compte tenu du contexte social ou de la relation entre les parties, il y a consentement implicite à des contacts à caractère non sexuel, par exemple, une poignée de main lors d'une réunion d'affaires ou une collision avec un joueur de hockey sur la glace. Par contre, en interprétant les dispositions du *Code criminel* qui ont trait à l'agression sexuelle, la Cour a expressément rejeté la notion de consentement tacite : *Ewanchuk*, par. 31.

[58] L'intimé soutient également qu'exiger un consentement conscient à une activité sexuelle peut donner des résultats absurdes. Il cite en exemple une personne qui embrasse son conjoint pendant



he argues, the accused would be guilty of sexual assault unless he is permitted to argue that his sleeping partner consented to the kiss in advance.

[59] The first difficulty with altering the definition of consent to deal with the respondent's hypothesis is that it would only provide a defence where the complainant specifically turns her mind to consenting to the particular sexual acts that later occur before falling asleep. The respondent's position is that there is no sexual assault in this case because the complainant consented to both being rendered unconscious and to engaging in the sexual activity that occurred while she was unconscious. If a hypothetical complainant did not expect her partner to kiss her — or whatever other acts are at issue — while she was asleep, the respondent's approach would not provide a defence.

[60] The second difficulty is the risk that the unconscious person's wishes would be innocently misinterpreted by his or her partner. Sexual preferences may be very particular and difficult for individuals to precisely express. If the accused fails to perform the sexual acts precisely as the complainant would have wanted — by neglecting to wear a condom for instance — the unconscious party will be unintentionally violated. In addition to the risk of innocent misinterpretation, the respondent's position does not recognize the total vulnerability of the unconscious partner and the need to protect this person from exploitation. The unconscious partner cannot meaningfully control how her person is being touched, leaving her open to abuse: *R. v. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124 (Ont. C.A.), *per* Abella J.A. (as she then was), dissenting.

[61] A third difficulty is evidentiary. If the complainant is unconscious during the sexual activity, she has no real way of knowing what happened, and whether her partner exceeded the bounds of her consent. Only one person really knows what happened during the period of unconsciousness, leaving the unconscious party open for exploitation. The complainant may never discover that she

son sommeil et soutient que cette personne sera déclarée coupable d'agression sexuelle si on ne lui permet pas de faire valoir que son conjoint avait consenti à l'avance au baiser.

[59] La définition du consentement, si elle était modifiée pour tenir compte de l'hypothèse de l'intimé, présenterait une première difficulté : ce moyen de défense ne pourrait être invoqué que si, avant de s'endormir, le plaignant a pensé spécifiquement à consentir précisément aux actes sexuels ultérieurs. Selon l'intimé, il n'y a aucune agression sexuelle en l'espèce parce que la plaignante a consenti à être rendue inconsciente et à participer à l'activité sexuelle qui a eu lieu pendant qu'elle était inconsciente. Si une plaignante hypothétique ne s'attendait pas à ce que son conjoint l'embrasse — ou se livre à tout autre acte — pendant son sommeil, l'accusé ne pourrait pas se prévaloir du moyen de défense proposé par l'intimé.

[60] La deuxième difficulté tient au risque que le conjoint, en toute innocence, interprète mal la volonté de la personne inconsciente. Les préférences sexuelles, parfois très particulières, peuvent être difficiles à exprimer de façon précise. Si l'accusé n'exécute pas les actes sexuels exactement comme le plaignant l'aurait voulu — par exemple, s'il néglige de porter un condom — il violera involontairement la personne inconsciente. Outre le risque d'innocents malentendus, la thèse de l'intimé ne reconnaît pas l'extrême vulnérabilité de la personne inconsciente et la nécessité de la protéger contre l'exploitation. Une personne inconsciente n'a aucun véritable pouvoir sur les attouchements dont elle est l'objet et risque d'être victime d'abus : *R. c. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124 (C.A. Ont.), la juge Abella (maintenant juge de notre Cour), dissidente.

[61] Une troisième difficulté a trait à la preuve. Si la plaignante est inconsciente au cours de l'activité sexuelle, elle ne dispose d'aucun véritable moyen de savoir ce qui s'est passé et si son partenaire a respecté ou non les limites de son consentement. Une seule personne sait vraiment ce qui s'est passé pendant que l'autre était inconsciente et vulnérable aux abus. Il se peut que la plaignante ne sache jamais

was in fact the victim of a sexual assault. Fish J. correctly points out that in some cases, there may be forensic evidence that establishes conclusively that the accused exceeded the bounds of the consent given. However, if the complainant never suspects that a sexual assault has occurred, no forensic evidence will be gathered. Moreover, many acts of sexual assault leave no forensic evidence.

[62] A fourth difficulty is jurisprudential. Recognizing exceptions to the requirement of conscious consent would not only run counter to the definition of consent in the *Criminal Code*, but would impose on the courts the task of determining how consent to unconscious sexual activity can be proven. The respondent suggests that the court could ask if the complainant consented before losing consciousness to the sexual acts that subsequently occurred — pre-unconsciousness authorization. This would require the court to determine what the unconscious party wanted just prior to going unconscious, and then assess if this is what indeed occurred. This inquiry would be objective, contrary to the subjective inquiry required by the *Criminal Code*. The only other option — post-unconsciousness determination of consent where the complainant decides when she regains consciousness if she would have consented to all the acts that occurred — is also problematic. A *post facto* determination runs contrary to the rule that the complainant's post-act sentiments are irrelevant; if a complainant consents to sexual activity while it is taking place, but later decides that she should not have, the accused should be acquitted on the *actus reus* of the offence.

[63] The Crown suggested that this Court could allow for mild sexual touching that occurs while a person is unconscious by relying on the *de minimis* doctrine, based on the Latin phrase *de minimis non curat lex*, or the “law does not care for small or trifling matters”: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 200, *per* Arbour J., dissenting. Without suggesting that the *de minimis* principle has no place in the law

qu'elle a été victime d'une agression sexuelle. Le juge Fish souligne avec raison que, dans certains cas, la preuve médico-légale pourrait démontrer sans l'ombre d'un doute que l'accusé a transgressé le consentement donné. Cependant, si la plaignante ne soupçonne pas l'agression sexuelle, aucun élément de preuve médico-légale ne sera recueilli. Par ailleurs, de nombreux actes d'agression sexuelle ne génèrent aucun élément de preuve médico-légale.

[62] La quatrième difficulté est d'ordre judiciaire. Reconnaître des exceptions à la règle exigeant un consentement conscient non seulement ne respecterait pas la définition du consentement énoncée dans le *Code criminel*, mais imposerait aux tribunaux la tâche de déterminer quelle preuve devra être présentée pour établir que la personne inconsciente a consenti à l'activité sexuelle. L'intimé prétend que le tribunal pourrait demander si, avant de perdre conscience, le plaignant a consenti aux actes sexuels ultérieurs — s'il y a eu autorisation avant l'inconscience. Il faudrait alors que le tribunal détermine la volonté de la personne juste avant qu'elle perde conscience, puis compare sa volonté aux faits. Il devrait ainsi faire une analyse objective, à l'opposé de l'analyse subjective qu'exige le *Code criminel*. La seule autre possibilité — le plaignant décide après le fait, lorsqu'il reprend conscience, s'il aurait consenti à tous les actes qui ont eu lieu — pose également problème. Cette solution irait à l'encontre de la règle selon laquelle l'état d'esprit du plaignant après le fait n'est pas pertinent; si le plaignant a consenti à l'activité sexuelle au moment où elle a eu lieu, mais décide ultérieurement qu'il n'aurait pas dû y consentir, l'accusé devrait être acquitté parce que l'*actus reus* de l'infraction n'a pas été établi.

[63] Le ministère public a fait valoir que la Cour pourrait ne pas sanctionner les attouchements sexuels légers commis sur une personne inconsciente, suivant le principe *de minimis non curat lex* : « la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance » : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 200, la juge Arbour, dissidente. Sans émettre l'hypothèse que le principe *de minimis* ne trouve jamais application

of sexual assault, it should be noted that even mild non-consensual touching of a sexual nature can have profound implications for the complainant.

[64] Running through the arguments in favour of carving out particular circumstances as exceptions to the conscious consent paradigm of the *Criminal Code* is the suggestion that the strict approach Parliament has adopted toward consent in the context of sexual assault has no place in relationships of mutual trust, like marriage. However, accepting this view would run counter to Parliament's clear rejection of defences to sexual assault based on the nature of the relationship. The *Criminal Code* does not establish a different inquiry into consent depending on the relationship between the accused and the complainant. Their relationship may be evidence for both the *actus reus* and the *mens rea*, but it does not change the nature of the inquiry into whether the complainant consented, as conceived by the *Criminal Code*.

[65] In the end, we are left with this. Parliament has defined sexual assault as sexual touching without consent. It has dealt with consent in a way that makes it clear that ongoing, conscious and present consent to "the sexual activity in question" is required. This concept of consent produces just results in the vast majority of cases. It has proved of great value in combating the stereotypes that historically have surrounded consent to sexual relations and undermined the law's ability to address the crime of sexual assault. In some situations, the concept of consent Parliament has adopted may seem unrealistic. However, it is inappropriate for this Court to carve out exceptions when they undermine Parliament's choice. In the absence of a constitutional challenge, the appropriate body to alter the law on consent in relation to sexual assault is Parliament, should it deem this necessary.

#### IV. Summary

[66] The definition of consent for sexual assault requires the complainant to provide actual active

en matière d'agression sexuelle, je juge utile de souligner que même des attouchements légers non consentuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant.

[64] Parmi les arguments invoqués en faveur de l'adoption d'exceptions particulières au paradigme du consentement conscient établi dans le *Code criminel*, on a avancé que la définition stricte du consentement adoptée par le législateur en matière d'agression sexuelle ne sied pas à des relations fondées sur la confiance mutuelle comme le mariage. Or, retenir cet argument serait faire abstraction du fait que le législateur a clairement rejeté les défenses fondées sur la nature de la relation dans le cas d'une agression sexuelle. L'analyse du consentement requise par le *Code criminel* ne varie pas en fonction de la relation entre l'accusé et la plaignante. Leur relation peut être évoquée en preuve relativement à l'*actus reus* ou à la *mens rea*, mais elle ne change en rien la nature de l'analyse visant à déterminer s'il y a eu consentement au sens du *Code criminel*.

[65] En fin de compte, voilà où nous en sommes. Le législateur a défini l'agression sexuelle comme des attouchements sexuels sans consentement. Il ressort clairement des dispositions édictées que le consentement requis est un consentement conscient, de tous les instants, « à l'activité sexuelle ». Cette conception du consentement produit des résultats équitables dans la grande majorité des cas. Elle s'est avérée fort utile pour combattre les stéréotypes historiques qui entourent le consentement aux relations sexuelles et entravent la sanction juridique de l'infraction d'agression sexuelle. Dans certains cas, le consentement au sens où l'entend le législateur peut sembler irréaliste. Toutefois, la Cour ne doit pas créer d'exceptions qui contreviennent à la volonté de ce dernier. En l'absence de contestation constitutionnelle, c'est au législateur qu'il appartient de modifier les règles du consentement en matière d'agression sexuelle s'il le juge nécessaire.

#### IV. Résumé

[66] La définition du consentement en matière d'agression sexuelle exige que le plaignant donne

consent throughout every phase of the sexual activity. It is not possible for an unconscious person to satisfy this requirement, even if she expresses her consent in advance. Any sexual activity with an individual who is incapable of consciously evaluating whether she is consenting is therefore not consensual within the meaning of the *Criminal Code*.

#### V. Disposition

[67] I would allow the appeal, and restore the respondent's conviction for sexual assault.

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

FISH J. (dissenting) —

I

[68] It is a fundamental principle of the law governing sexual assault in Canada that no means “no” and only yes means “yes”.

[69] K.D., the complainant in this case, said yes, not no. She consented to her erotic asphyxiation by the respondent, J.A., her partner at the time. Their shared purpose was to render K.D. unconscious and to engage in sexual conduct while she remained in that state. It is undisputed that K.D.'s consent was freely and voluntarily given — in advance and while the conduct was still in progress. Immediately afterward, K.D. had intercourse with J.A., again consensually.

[70] K.D. first complained to the police nearly two months later when J.A. threatened to seek sole custody of their two-year-old child. She later recanted.

[71] We are nonetheless urged by the Crown to find that the complainant's *yes in fact* means *no in*

un consentement réel et actif à chaque étape de l'activité sexuelle, ce qu'une personne inconsciente est incapable de faire, même si elle exprime à l'avance son consentement. Toute activité sexuelle avec une personne qui est incapable d'évaluer consciemment si elle y consent n'est donc pas consensuelle au sens où il faut l'entendre pour l'application du *Code criminel*.

#### V. Dispositif

[67] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'intimé.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[68] Il existe au Canada un principe de droit fondamental en matière d'agression sexuelle, selon lequel non veut dire « non » et seul oui veut dire « oui ».

[69] En l'espèce, la plaignante, K.D., a dit oui; elle n'a pas dit non. Elle a consenti à être asphyxiée à des fins érotiques par l'intimé, J.A., qui était son partenaire à l'époque. Leur objectif commun était que K.D. perde conscience et que des actes sexuels soient accomplis pendant qu'elle se trouverait dans cet état. Il n'est pas contesté que K.D. a consenti librement et de plein gré — avant le début et au cours de l'activité. Tout de suite après, K.D. a eu des relations sexuelles vaginales, également consensuelles, avec J.A.

[70] K.D. a porté plainte à la police pour la première fois près de deux mois après l'incident, lorsque J.A. a menacé de demander la garde exclusive de leur enfant de deux ans. Elle s'est ensuite rétractée.

[71] Le ministère public nous exhorte néanmoins à conclure que le *oui* de la plaignante, *dans les*

law. With respect for those who are of a different view, I would decline to do so.

[72] The provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, regarding consent to sexual contact and the case law (including *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330) relied on by the Crown were intended to protect women against abuse by others. Their mission is not to “protect” women *against themselves* by limiting their freedom to determine autonomously when and with whom they will engage in the sexual relations of their choice. Put differently, they aim to safeguard and enhance the sexual autonomy of women, and not to make choices for them.

[73] The Crown’s position, if adopted by the Court, would achieve exactly the opposite result. It would deprive women of their freedom to engage by choice in sexual adventures that involve no proven harm to them or to others. That is what happened here.

[74] Adopting the Crown’s position would also require us to find that cohabiting partners across Canada, including spouses, commit a sexual assault when either one of them, *even with express prior consent*, kisses or caresses the other while the latter is asleep. The absurdity of this consequence makes plain that it is the product of an unintended and unacceptable extension of the *Criminal Code* provisions upon which the Crown would cause this appeal to rest.

[75] Lest I be misunderstood to suggest otherwise, I agree that consent will be vitiated where the contemplated sexual activity involves a degree of bodily harm or risk of fatal injury that cannot be condoned under the common law, or on grounds of public policy. Asphyxiation to the point of unconsciousness may well rise to that level, but the contours of this limitation on consent have not been addressed by the parties. Nor has the matter been previously considered by the Court. For procedural

*faits*, voulait dire *non, en droit*. Avec égards pour les tenants de l’opinion contraire, je refuserais de tirer une telle conclusion.

[72] Les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives au consentement à l’activité sexuelle et la jurisprudence invoquée par le ministère public (notamment l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330) visaient à protéger les femmes des abus commis par d’autres, et non à les « protéger » *contre elles-mêmes* en restreignant leur liberté de choisir, en toute autonomie, quand, comment et avec qui elles auront des rapports sexuels. Autrement dit, ces règles ont pour objet de protéger et de favoriser l’autonomie sexuelle des femmes, et non de faire des choix à leur place.

[73] La thèse du ministère public, si elle est retenue par la Cour, produira exactement l’effet inverse. Elle privera les femmes de la liberté de s’engager par choix dans des aventures sexuelles ne leur causant, et ne causant à qui que ce soit, aucun préjudice démontré. C’est ce qui est arrivé en l’espèce.

[74] Si la Cour adopte la thèse du ministère public, il lui faudra également conclure qu’au Canada les partenaires qui cohabitent, y compris les époux, commettent une agression sexuelle lorsque l’un d’eux embrasse ou caresse l’autre pendant qu’il dort, *même si ce dernier y a consenti expressément plus tôt*. L’absurdité même d’une telle conséquence démontre clairement qu’elle est le fruit d’une extension involontaire et inacceptable des dispositions du *Code criminel*, sur laquelle reposerait l’appel du ministère public.

[75] Que l’on ne se méprenne pas sur le sens de mes propos : je suis d’accord pour dire qu’il y a vice de consentement lorsque, selon la common law ou pour des raisons d’ordre public, la gravité des lésions corporelles ou le risque de létalité découlant de l’activité sexuelle envisagée ne sauraient être tolérés. Il se peut que l’asphyxie provoquant l’inconscience appartienne à cette catégorie d’activités, mais les parties n’ont pas débattu de la portée de cette limite au consentement. La Cour

reasons as well, the issue of bodily harm must be left for another day.

[76] I agree as well that prior consent affords no defence where it is later revoked or where the ensuing conduct does not comply with the consent given.

[77] Applying these principles here, I would dismiss the appeal.

[78] Finally, I think it helpful to set out succinctly the issue on this appeal.

[79] According to the Chief Justice, the question is “whether an unconscious person can qualify as consenting [to sexual activity]” (para. 33). With respect, that is not the question at all: *No one* has suggested in this case that an unconscious person can validly consent to sexual activity.

[80] Rather, the question is whether a *conscious* person can freely and voluntarily consent in advance to agreed sexual activity that will occur while he or she is briefly and consensually rendered unconscious. My colleague would answer that question in the negative; I would answer that question in the affirmative, absent a clear prohibition in the *Criminal Code*, absent proven bodily harm that would vitiate consent at common law, and absent any evidence that the conscious partner subjected the unconscious partner to sexual activity beyond their agreement.

[81] In this case, J.A. engaged with K.D. in sexual activity to which K.D. freely consented while conscious. The Chief Justice would nonetheless convict J.A. of sexual assault, a serious crime. I oppose this result. In my respectful view, it is unwarranted as a matter of statutory interpretation, prior decisions of the Court, or considerations of policy. And it is wrong on the facts of this case.

ne s’est jamais prononcée non plus à son égard. De plus, des motifs d’ordre procédural justifient que l’examen de la question des lésions corporelles soit reporté à une autre occasion.

[76] Je conviens également que le consentement donné plus tôt ne constitue pas un moyen de défense s’il est révoqué par la suite ou ne concorde pas avec le comportement ultérieur.

[77] Ayant appliqué ces principes à l’espèce, je suis d’avis de rejeter l’appel.

[78] Enfin, j’estime utile de formuler succinctement la question en litige.

[79] Selon la Juge en chef, la question est de savoir « si une personne inconsciente peut donner son consentement [à une activité sexuelle] » (par. 33). Avec égards, j’estime que là n’est pas du tout la question : *personne* n’a laissé entendre en l’espèce qu’une personne inconsciente peut donner un consentement valable à une activité sexuelle.

[80] Il s’agit plutôt de savoir si une personne *consciente* peut consentir à l’avance, librement et volontairement, à une activité sexuelle convenue qui aura lieu pendant une brève période d’inconscience consensuelle. Ma collègue répond à cette question par la négative; j’y répondrais par l’affirmative, vu l’absence d’une interdiction claire dans le *Code criminel*, l’absence de l’infliction démontrée de lésions corporelles ayant pour effet de vicier le consentement en common law et l’absence d’une preuve que le partenaire conscient a outrepassé l’activité sexuelle à laquelle le partenaire inconscient avait consenti.

[81] En l’espèce, J.A. a eu des rapports sexuels avec K.D., auxquels cette dernière avait librement consenti pendant qu’elle était consciente. La Juge en chef est néanmoins d’avis de déclarer J.A. coupable du crime grave d’agression sexuelle. Je m’oppose à ce résultat. Avec égards pour ma collègue, je suis d’avis qu’il n’est justifié ni par les principes d’interprétation législative, ni par les décisions antérieures de la Cour, ni par des considérations d’ordre public. De plus, il est inapproprié au vu des faits.

[82] That is what divides us. The rest is commentary.

[82] Voilà donc ce qui nous divise. Le reste n'est que commentaire.

## II

## II

[83] The Chief Justice has set out the relevant facts fully and fairly, and I have nothing to add in that regard.

[83] La Juge en chef relate les faits pertinents de manière complète et juste. Je n'ai rien à y ajouter.

[84] This is an appeal as of right by the Crown. In the absence of leave on any other grounds — none was sought by the Crown — our jurisdiction is therefore limited to the question of law alone upon which there was a dissent in the Court of Appeal. That question is set out this way in the Crown's notice of appeal:

[84] Il s'agit d'un appel de plein droit interjeté par le ministère public. En l'absence d'autorisation à l'égard d'une autre question — le ministère public n'a présenté aucune demande d'autorisation — notre juridiction en la matière se limite à la seule question de droit au sujet de laquelle un juge de la Cour d'appel était dissident. La question est ainsi énoncée dans l'avis d'appel du ministère public :

As a matter of law can a person consent in advance to sexual activity expected to occur when the person is either unconscious or asleep?

[TRADUCTION] En droit, une personne peut-elle consentir à l'avance à une activité sexuelle qui doit avoir lieu pendant qu'elle dormira ou se trouvera inconsciente?

[85] In this light, three defining aspects of this appeal merit special emphasis.

[85] Compte tenu de ce qui précède, trois éléments déterminants dans la présente affaire méritent une attention spéciale.

[86] First, as the Chief Justice has noted (at para. 15), the Court of Appeal found, unanimously, that "the evidence that was led at trial was simply not capable of supporting a finding that the complainant did not consent on a standard of proof beyond a reasonable doubt" (2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, *per* Simmons J.A., Juriansz J.A. concurring, at para. 55; *per* LaForme J.A., at para. 114). Accordingly, this finding is not open to dispute before us (*R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at paras. 23-24).

[86] Tout d'abord, comme le dit la Juge en chef (par. 15), la Cour d'appel, à l'unanimité, a conclu que [TRADUCTION] « la preuve soumise au procès était insuffisante pour conclure hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'avait pas consenti » (2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, la juge Simmons (avec l'appui du juge Juriansz), par. 55; le juge LaForme, par. 114). Par conséquent, cette conclusion ne peut être débattue devant la Cour (*R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, par. 23-24).

[87] Second, the Court of Appeal found, again unanimously, that there was no basis for a finding of fact that the sexual conduct that occurred did not comply with the consent given by K.D. Speaking for herself and Juriansz J.A., Simmons J.A. held (at para. 89):

[87] Ensuite, la Cour d'appel a conclu, à l'unanimité également, que rien n'appuyait la conclusion de fait selon laquelle l'activité sexuelle qui a eu lieu transgressait le consentement donné par K.D. S'exprimant en son nom et en celui du juge Juriansz, la juge Simmons a déclaré (par. 89) :

... the trial judge's conclusions regarding the sexual assault charge were premised, at least in part, on the trial judge's finding that the complainant did not, at any time, consent to anal penetration of any kind. As I have explained, in my opinion, the record in this case is not

[TRADUCTION] ... les conclusions de la juge de première instance au sujet de l'accusation d'agression sexuelle reposaient, du moins en partie, sur sa conclusion que la plaignante n'avait jamais consenti à une quelconque pénétration anale. Comme je l'ai expliqué,

capable of supporting that finding of fact. [Emphasis added.]

And LaForme J.A. (at paras. 112-13) made clear that he agreed with the “thorough and persuasive analysis” of Simmons J.A. except only for her conclusion that “there is no basis for holding that ‘as a matter of general principle, a person cannot legally consent in advance to sexual activity expected to occur while the person is either unconscious or asleep’”.

[88] Third, the trial judge found that the asphyxiation causing unconsciousness in this case did not constitute bodily harm. This finding was set aside by the Court of Appeal, once more unanimously, on the ground that the trial judge had applied the wrong legal test in concluding as she did. Largely for reasons of procedural fairness, the court declined to revisit the Crown’s submission that the complainant’s asphyxiation constituted bodily harm, vitiating her consent under the common law. The record as we have it affords us no sufficient basis for revisiting this issue. As I mentioned earlier, whether asphyxiation causing unconsciousness will vitiate consent therefore remains an open question to be answered when the need next arises.

[89] In short, then, we are urged on this appeal to find that J.A. committed a sexual assault on K.D., his partner at the time, by engaging with her in sexual activity to which she had agreed in advance, and agreed again while that activity was still in progress, without causing her bodily harm and without exceeding the scope of her consent. In the Crown’s submission, J.A.’s guilt of this serious crime can be grounded in the brief intervening period of unconsciousness that occurred during his sexual encounter with K.D., before and after which K.D. neither subjectively experienced nor affirmatively communicated a revocation of her prior consent.

[90] Essentially, the Crown contends that J.A. committed a sexual assault on K.D. because prior

à mon avis, le dossier en l’espèce ne permet pas de tirer pareille conclusion de fait. [Je souligne.]

Pour sa part, le juge LaForme (par. 112-113) souscrit clairement à [TRADUCTION] « l’analyse complète et convaincante » de la juge Simmons, à l’exception de sa conclusion selon laquelle « rien ne permet de conclure “comme principe général, qu’il est impossible, en droit, de consentir à l’avance à une activité sexuelle qui doit avoir lieu pendant une période d’inconscience ou de sommeil” ».

[88] Enfin, la juge de première instance a conclu que l’asphyxie provoquant l’inconscience en l’espèce ne constituait pas des lésions corporelles. La Cour d’appel, à l’unanimité une fois de plus, a annulé cette conclusion au motif que la juge n’avait pas appliqué le bon critère juridique pour y arriver. Principalement par souci d’équité procédurale, la cour s’est abstenue de revenir sur la thèse du ministère public voulant que l’asphyxie subie par la plaignante constitue des lésions corporelles emportant vice de consentement suivant la common law. Le dossier, tel qu’il nous a été présenté, ne nous permet pas de réexaminer cette question. Comme je l’ai mentionné précédemment, la question de savoir si l’asphyxie provoquant l’inconscience annule le consentement demeurera donc irrésolue et sera tranchée plus tard, quand les circonstances l’exigeront.

[89] Bref, dans le cadre du présent pourvoi, on nous demande de conclure que J.A. a perpétré une agression sexuelle sur la personne de K.D., sa partenaire à l’époque, en participant avec elle à une activité sexuelle — activité à laquelle elle avait consenti à l’avance et a consenti de nouveau avant qu’elle prenne fin — sans lui causer de lésions corporelles et sans transgresser le consentement donné. Selon le ministère public, la culpabilité de J.A. pour ce crime grave repose sur le court laps de temps où K.D. se trouvait inconsciente au cours de leur rencontre à caractère sexuel, avant et après lequel K.D. n’a ni révoqué subjectivement en son for intérieur, ni manifesté la volonté de révoquer son consentement antérieur.

[90] Essentiellement, selon le ministère public, il faut conclure que J.A. a commis une agression



consent to sexual touching that is anticipated to occur during a period of unconsciousness is precluded by the *Criminal Code* and by this Court's decision in *Ewanchuk*. Alternatively, the Crown argues that K.D.'s consent should be declared invalid at common law on the basis of public policy.

[91] For the reasons that follow, I find neither argument persuasive.

### III

[92] I begin with a consideration of the provisions of the *Criminal Code* upon which the Crown relies.

[93] The starting point in determining whether the complainant's consent will be recognized at law is that "the genuine consent of a complainant has traditionally been a defence to almost all forms of criminal responsibility" (*R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 729). Despite the fact that "a number of exceptions [have been] imposed by Parliament and also, increasingly, by the courts", this principle still "underpin[s] Canadian law" (D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (5th ed. 2007), at p. 587).

[94] Consent is frequently referred to as a "defence", as in *Jobidon*, and can be thought of in that way insofar as it negates liability. On a charge of sexual assault, however, we must remember throughout that the *absence* of consent is an essential element of the *actus reus* and must therefore be proved, beyond a reasonable doubt, by the Crown.

[95] The Chief Justice finds that Parliament has created a statutory exception to the well-established general principle that the complainant's genuine consent precludes a finding of sexual assault. In my colleague's view, the purpose and effect of this perceived exception is to vitiate consent to "unconscious sexual activity" — that is, sexual contact

sexuelle à l'endroit de K.D., car le *Code criminel* et l'arrêt *Ewanchuk* de notre Cour ne permettent pas de consentir à l'avance à des contacts sexuels qui doivent avoir lieu pendant une période d'inconscience. Subsidiairement, le ministère public fait valoir que le consentement de K.D. devrait être déclaré invalide en common law pour des raisons d'ordre public.

[91] Pour les motifs qui suivent, aucun de ces arguments ne me convainc.

### III

[92] J'examinerai d'abord les dispositions du *Code criminel* sur lesquelles s'appuie le ministère public.

[93] Pour déterminer si le consentement de la plaignante est valable en droit, il faut partir du principe selon lequel « le consentement véritable d'un plaignant a traditionnellement constitué un moyen de défense opposable à presque toutes les formes de responsabilité criminelle » (*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 729). Malgré le fait que [TRADUCTION] « certaines exceptions [ont été] imposées par le législateur et, de plus en plus, par les tribunaux », ce principe « sous-tend le droit canadien » encore de nos jours (D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (5<sup>e</sup> éd. 2007), p. 587).

[94] Le consentement est souvent qualifié de « moyen de défense », comme dans l'affaire *Jobidon*, et peut s'entendre ainsi dans la mesure où il annule la responsabilité. Or, dans le cas d'une agression sexuelle, il ne faut jamais oublier que l'*absence* de consentement est un élément essentiel de l'*actus reus* de l'infraction, qui doit par conséquent être démontré hors de tout doute raisonnable par le ministère public.

[95] Selon la Juge en chef, le législateur a prévu une exception au principe général bien établi voulant que le consentement véritable du plaignant empêche de conclure à une agression sexuelle. De l'avis de ma collègue, cette exception aurait pour objet et effet de vicier le consentement à une « activité sexuelle qui a lieu pendant une période

that is expected to occur while the consenting adult is asleep or unconscious. With respect, nothing in the *Criminal Code* indicates that Parliament has considered, let alone adopted, an exception of this sort.

[96] Section 273.1(1) of the *Code* defines consent for the purposes of the sexual assault provisions as “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. Nothing in this definition refers to the timing of consent or otherwise excludes advance consent to unconscious sexual contact. And it is important to remember that, on this appeal, neither the voluntariness nor the specificity of the complainant’s consent is in issue before us.

[97] On the contrary, as the Court of Appeal found, there is no basis in the evidence to support a finding that the complainant did not freely and consciously consent to “the sexual activity in question”: erotic asphyxiation involving anal penetration during the contemplated period of transitory unconsciousness, followed by vaginal intercourse.

[98] Section 273.1(1) also provides that the definition of consent is subject to two limiting provisions.

[99] The first is s. 265(3), which applies to *all* forms of assault and specifies that no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of force, threats of force, fraud or the exercise of authority. Manifestly, none of these statutory exceptions apply here.

[100] The second limiting provision, s. 273.1(2), applies only to sexual assaults and sets out five situations in which “[n]o consent is obtained”. Only two are relied on by the Crown: s. 273.1(2)(b) and s. 273.1(2)(e).

d’inconscience » — soit un contact sexuel qui doit avoir lieu pendant que l’adulte consentant est endormi ou inconscient. Avec égards, j’estime que rien dans le *Code criminel* ne révèle que le législateur a envisagé, et encore moins édicté, une telle exception.

[96] Le paragraphe 273.1(1) du *Code* définit le consentement, pour l’application des dispositions relatives à l’agression sexuelle, comme « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ». Cette définition ne fait nulle mention du moment où le consentement intervient, ni n’exclut par ailleurs le fait de consentir à l’avance à des activités sexuelles qui auront lieu pendant une période d’inconscience. Il ne faut pas oublier que ni le caractère volontaire ni l’objet du consentement de la plaignante ne sont en litige dans le présent pourvoi.

[97] Au contraire, comme l’a constaté la Cour d’appel, la preuve au dossier ne permet pas de conclure que la plaignante n’a pas consenti, librement et consciemment, « à l’activité sexuelle » : l’asphyxie érotique avec pénétration anale pendant la période prévue d’inconscience passagère, suivie de relations sexuelles vaginales.

[98] En outre, la définition figurant au par. 273.1(1) est assujettie à deux dispositions limitatives.

[99] La première, le par. 265(3), s’applique à *toutes* les sortes de voies de fait et précise que ne constitue pas un consentement le fait, pour le plaignant, de se soumettre ou de ne pas résister en raison de l’emploi de la force, de menaces d’emploi de la force, de la fraude ou de l’exercice de l’autorité. Manifestement, aucune de ces exceptions légales ne s’applique en l’espèce.

[100] La deuxième disposition limitative, le par. 273.1(2), applicable uniquement aux infractions d’agression sexuelle, énumère cinq cas où « [l]e consentement [. . .] ne se déduit pas » (dans la version anglaise, « *[n]o consent is obtained* »). Le ministère public n’en fait valoir que deux, prévus aux al. 273.1(2)(b) et (e).

[101] Section 273.1(2)(b) provides that “[n]o consent is obtained . . . where . . . the complainant is incapable of consenting to the activity”. I agree that unconsciousness qualifies as “incapa[city]” within the meaning of this provision. But it is apparent from the ordinary meaning of the words used by Parliament and from their context that s. 273.1(2)(b) has no application here. It simply confirms that consent cannot be *obtained* from a person who is at the time incapable of consenting. It does not contemplate consent given in advance at a time when the complainant, as in this case, was *capable* — not *incapable* — of giving her free and knowing consent.

[102] Section 273.1(2)(e), the second exception invoked by the Crown, provides that no consent is obtained where “the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity”. The Crown submits, and the Chief Justice accepts, that this provision is inconsistent with the possibility of advance consent to unconscious sexual touching because Parliament intended people engaged in sexual activity to have the right to revoke consent at any time during the activity and “a person who has been rendered unconscious cannot revoke her consent” (reasons of the Chief Justice, at para. 40).

[103] I agree that prior consent to sexual activity can later be revoked. And I agree that a person cannot while unconscious consent or revoke consent. It hardly follows, in my respectful view, that consenting adults cannot, as a matter of law, willingly and consciously agree to engage in a sexual practice involving transitory unconsciousness — on the ground that, during the brief period of that consensually induced mental state, they will be unable to consent to doing what they have already consented to do.

[101] Aux termes de l’al. 273.1(2)b), « [l]e consentement du plaignant ne se déduit pas [. . .] des cas où [. . .] il est incapable de le former ». Je conviens que l’inconscience est une « incapa[cité] » au sens où il faut l’entendre pour l’application de cette disposition, mais il ressort clairement du sens ordinaire des mots employés par le législateur et de leur contexte que l’al. 273.1(2)b) ne trouve pas application ici. Cette disposition confirme simplement l’impossibilité d’*obtenir* le consentement d’une personne à un moment où elle est incapable de le former. Elle ne vise pas les situations où le plaignant donne à l’avance son consentement à un moment où, comme en l’espèce, il est *capable* — et non *incapable* — de donner un consentement libre et éclairé.

[102] L’alinéa 273.1(2)e), la deuxième exception invoquée par le ministère public, dispose que nul consentement n’est obtenu du plaignant si « après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci ». Le ministère public, auquel la Juge en chef donne raison, soulève l’incompatibilité de cette disposition avec la thèse d’un consentement donné à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant une période d’inconscience, étant donné que le législateur voulait donner aux personnes la possibilité de retirer leur consentement en tout temps au cours de l’activité sexuelle et qu’« une personne rendue inconsciente est incapable de révoquer son consentement » (motifs de la Juge en chef, par. 40).

[103] Je conviens que le consentement donné à l’avance à une activité sexuelle peut être révoqué par la suite. Je conviens également qu’une personne inconsciente ne peut ni consentir ni révoquer son consentement. Mais, soit dit en toute déférence, il ne s’ensuit pas pour autant que des adultes consentants ne peuvent, en droit, acquiescer de leur plein gré et consciemment à des actes sexuels assortis d’une inconscience passagère — au motif que, pendant la courte durée de cet état mental provoqué d’un commun accord, ils seraient incapables de consentir aux actes auxquels ils ont déjà consenti.

[104] If anything, the wording of s. 273.1(2)(e) suggests that the complainant's consent *can* be given in advance, and remains operative unless and until it is subsequently revoked: It provides that "the complainant, having consented to engage in sexual activity", may later revoke his or her consent. I agree with the respondent that revocation is a question of fact. In this regard, I again mention that the complainant, upon regaining consciousness, did not revoke her prior consent to the sexual conduct in issue — which was then still ongoing. And it has not been suggested that she had earlier revoked her consent by words or conduct, or even in her own mind.

[105] With respect, there is no factual or legal basis for holding that K.D.'s prior consent, otherwise operative throughout, was temporarily rendered inoperative during the few minutes of her voluntary unconsciousness. In my view, it was not suspended by the fact that she had rendered herself incapable of revoking the consent she had chosen, freely and consciously, *not to revoke* either immediately before or immediately after the brief interval of her unconsciousness. Nothing in s. 273.1(2)(e) creates a legal requirement, or a binding legal fiction, that warrants convicting the complainant's partner of sexual assault in these circumstances.

[106] Finally, the Chief Justice relies on s. 273.2(b), which precludes a defence of honest but mistaken belief in consent where "the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". The Chief Justice finds that, "by requiring the accused to take reasonable steps to ensure that the complainant 'was consenting', Parliament has indicated that the consent of the complainant must be an ongoing state of mind" (para. 42).

[107] With respect, I read s. 273.2 differently. It provides that a belief in consent is not a defence where "the accused believed that the complainant consented to the activity [in question]" and failed to take reasonable steps "to ascertain that the complainant was consenting". Any doubt

[104] Il ressort plutôt du libellé de l'al. 273.1(2)e que le consentement du plaignant *peut* être donné à l'avance et demeure valide tant qu'il n'est pas révoqué. Aux termes de cette disposition, le plaignant peut, « après avoir consenti à l'activité », révoquer son consentement. Je conviens avec l'intimé que la révocation est une question de fait. Je répète à ce sujet que la plaignante, après avoir repris conscience, n'a pas révoqué son consentement à l'acte sexuel en question — qui se poursuivait alors. Personne n'a laissé entendre non plus qu'elle avait révoqué son consentement plus tôt, par ses paroles ou ses gestes, ou même dans son for intérieur.

[105] Avec égards, je ne trouve aucun fondement factuel ou juridique qui permette de conclure que le consentement donné à l'avance par K.D., valable à tout autre moment, est devenu temporairement inopérant pendant les quelques minutes de son inconscience volontaire. À mon avis, son effet n'a pas été suspendu du fait qu'elle s'était rendue incapable de révoquer le consentement qu'elle avait librement et consciemment choisi de *ne pas révoquer* immédiatement avant ou après son bref moment d'inconscience. L'alinéa 273.1(2)e ne crée aucune obligation légale ni fiction juridique implacable justifiant que le partenaire de la plaignante soit déclaré coupable d'agression sexuelle dans les circonstances.

[106] Enfin, la Juge en chef invoque l'al. 273.2b), qui exclut la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement dans les cas où l'accusé « n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement ». Selon la Juge en chef, « le choix du temps de verbe dans la version anglaise du *Code criminel* ("*was consenting*") montre que le consentement dont l'accusé doit s'assurer est un état d'esprit de tous les instants » (par. 42).

[107] Avec égards, j'interprète différemment l'art. 273.2. Tout doute susceptible de subsister dans la version anglaise de cette disposition quant à savoir si les mots « *consented* » et « *was consenting* » renvoient au consentement donné plus tôt est dissipé par le libellé de la version française : « Ne

whether “was consenting” and “consented” refer to prior consent is dispelled by the corresponding French text of the provision: “*Ne constitue pas un moyen de défense . . . le fait que l’accusé croyait que le plaignant avait consenti à l’activité à l’origine de l’accusation . . . [et] n’a pas pris les mesures raisonnables . . . pour s’assurer du consentement.*”

[108] Lest I be misunderstood in this regard, I hasten to add that K.D.’s prior consent to the “activity in question” constituted a valid consent only to the contemplated activity. In the absence of any evidence that J.A.’s conduct exceeded the scope of K.D.’s consent, I am unable to find in the mentioned provisions of the *Criminal Code* any basis for concluding that K.D.’s consent in fact was not a valid consent in law.

#### IV

[109] For the reasons given, I am satisfied that nothing in the *Criminal Code* supports the Crown’s principal submission: that K.D.’s consent to the activity in question was vitiated by the fact that she could not consent, during her consensually induced unconsciousness, to the sexual activity to which she had already consented. In the absence of any language in the *Code* that supports this proposition, the Crown relies on what in its view is the policy underlying the mentioned provisions. This submission is not at all persuasive.

[110] First, the provisions in question were enacted to address policy concerns that are entirely different from those before us here. The preamble to Bill C-49 (*An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*), 3rd Sess., 34th Parl., 1991 (assented to June 23, 1992), S.C. 1992, c. 38) and the Parliamentary debates preceding its enactment demonstrate that the consent provisions were intended to protect women from sexual violence and to protect and enhance their freedom to choose when, and with whom, they will engage in sexual relations of their choice.

constitue pas un moyen de défense [. . .] le fait que l’accusé croyait que le plaignant avait consenti à l’activité à l’origine de l’accusation [. . .] [et] n’a pas pris les mesures raisonnables [. . .] pour s’assurer du consentement. »

[108] Je m’empresse de préciser que le consentement à « l’activité » donné à l’avance par K.D. n’est valable qu’à l’égard de cette activité précise. Vu l’absence de preuve démontrant que J.A. aurait transgressé le consentement de K.D., rien dans les dispositions susmentionnées du *Code criminel* ne justifie à mon avis de conclure que le consentement de K.D. dans les faits n’était pas valable en droit.

#### IV

[109] Pour les motifs qui précèdent, je suis convaincu qu’aucune disposition du *Code criminel* n’étaye le principal argument du ministère public selon lequel le consentement de K.D. à l’activité en cause était vicié du fait que, pendant sa période d’inconscience délibérée et consensuelle, elle ne pouvait pas consentir à l’activité sexuelle à laquelle elle avait déjà consenti. Faute d’une disposition du *Code* sur laquelle fonder sa thèse, le ministère public invoque les principes de politique générale qui sous-tendent à ses yeux les dispositions mentionnées. Cet argument n’est pas du tout convaincant.

[110] Tout d’abord, les questions de politique générale qui ont joué dans l’adoption de ces dispositions n’ont rien en commun avec celles qui nous occupent en l’espèce. Le préambule du projet de loi C-49 (*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*), 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 1991 (sanctionné le 23 juin 1992), L.C. 1992, ch. 38) et les débats parlementaires précédant son adoption démontrent que les dispositions sur le consentement étaient destinées à protéger les femmes contre la violence sexuelle et à préserver et favoriser leur liberté de choisir quand, comment et avec qui elles ont des rapports sexuels.

[111] The dominant theme throughout the debates was that women have “the right to make decisions about their bod[ies], including whether or not to engage in sexual activity” and that “[n]o in every conceivable circumstance means no” (*House of Commons Debates*, vol. VIII, 3rd Sess., 34th Parl., April 8, 1992, at p. 9507, and vol. IX, June 15, 1992, at p. 12045). Legislative changes were required to ensure that a woman who previously said “yes” to sexual activity could subsequently say “no” and be taken seriously, first by her sexual partner and, failing that, by the police and the courts.

[112] These policy concerns are simply not engaged on the facts before us: *This is not a case about a woman who said no — at any time*. Rather, the complainant described herself as a willing and enthusiastic participant throughout all stages of the sexual activity in question. She consented to the sexual activity leading up to her unconsciousness and to the unconsciousness itself. The Court of Appeal found, as we have seen, that nothing in the record supports a finding that she did not consent to the sexual activity that occurred while she was unconscious.

[113] Moreover, we have no idea how long the anal penetration had gone on when she awoke — she may in fact have awoken as soon as it began — but we do know that she did not ask the accused to stop when she was awake and knew exactly what was going on.

[114] I am unable to conclude that Parliament, in protecting the right to say no, restricted the right of adults, female or male, consciously and willingly to say yes to sexual conduct in private that neither involves bodily harm nor exceeds the bounds of the consent freely given. The right to make decisions about one’s own body clearly comprises both rights.

[111] Le thème dominant des débats était que la femme a « le droit de disposer de son corps comme elle l’entend, et notamment le droit de décider si elle souhaite ou non se livrer à une activité sexuelle » et que « [q]uand c’est non, c’est non quelles que soient les circonstances » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 8 avril 1992, p. 9507, et vol. IX, 15 juin 1992, p. 12045). Des modifications législatives étaient nécessaires pour qu’une femme qui a dit « oui » à une activité sexuelle puisse plus tard dire « non » et être prise au sérieux, d’abord par son partenaire sexuel, puis, à défaut, par la police et les tribunaux.

[112] Ces questions de politique générale ne jouent tout simplement pas dans la situation factuelle qui nous est soumise : *il ne s’agit pas d’une femme qui a dit non — à quelque moment que ce soit*. Au contraire, la plaignante s’est décrite comme une participante enthousiaste et partante à chaque étape de l’activité sexuelle. Elle a consenti aux actes sexuels qui ont précédé la perte de conscience et à l’inconscience même. Nous avons déjà souligné que, selon la Cour d’appel, rien dans le dossier ne permet de conclure que la plaignante n’avait pas consenti à l’activité sexuelle qui a eu lieu pendant qu’elle était inconsciente.

[113] En outre, nous ne savons pas depuis combien de temps durait la pénétration anale au moment où la plaignante a repris conscience — il se peut qu’elle soit revenue à elle dès le début de l’activité —, mais nous savons pertinemment qu’elle n’a pas demandé à l’accusé d’y mettre fin quand elle a repris conscience et qu’elle savait exactement ce qui se passait.

[114] Je ne peux conclure que le législateur, en protégeant le droit de refuser des contacts sexuels, a restreint le droit des adultes — hommes ou femmes — de consentir volontairement et consciemment à participer en privé à des actes sexuels qui ne causent pas de lésions corporelles et n’outrepassent pas les limites du consentement donné librement. De toute évidence, le droit d’une personne de décider ce qu’elle veut faire de son propre corps englobe ces deux droits.

[115] Although this right to choose is not absolute, I agree that private, consensual sexual behaviour “should only give rise to criminal sanctions where there is a compelling principle of fundamental justice that constitutes a reasonable limit on the right to personal and sexual autonomy” (D. M. Tanovich, “Criminalizing Sex At The Margins” (2010), 74 C.R. (6th) 86, at p. 90). I agree as well that “it would be a significant limit on the sexual autonomy of each individual to say that, as a matter of law, no-one can consent in advance to being sexually touched while asleep or unconscious” (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at p. 3-25).

[116] Respect for the privacy and sexual autonomy of consenting adults has long been embraced by Parliament as a fundamental social value and an overarching statutory objective: “Keeping the state out of the bedrooms of the nation” is a legislative policy, and not just a political slogan.

[117] The approach advocated by the Chief Justice would also result in the criminalization of a broad range of conduct that Parliament cannot have intended to capture in its definition of the offence of sexual assault. Notably, it would criminalize kissing or caressing a sleeping partner, however gently and affectionately. The absence of contemporaneous consent, and therefore the *actus reus*, would be conclusively established by accepted evidence that the complainant was asleep at the time. Prior consent, or even an explicit request — “kiss me before you leave for work” — would not spare the accused from conviction.

[118] The *mens rea* would be conclusively established as well. An honest but mistaken belief in consent, however reasonable in the circumstances, would neither preclude prosecution nor bar conviction. If my colleague’s view is correct, the

[115] Certes, ce droit de choisir n’est pas absolu. Je suis d’accord pour dire que des actes sexuels consensuels accomplis en privé [TRADUCTION] « ne devraient être criminalisés que si un principe impérieux de justice fondamentale constitue une limite raisonnable au droit à l’autonomie personnelle et sexuelle » (D. M. Tanovich, « Criminalizing Sex At The Margins » (2010), 74 C.R. (6th) 86, p. 90). Je conviens également qu’une [TRADUCTION] « règle de droit portant que nul ne peut consentir à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant son sommeil ou une période d’inconscience restreindrait considérablement l’autonomie sexuelle de chacun » (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 3-25).

[116] Le respect de la vie privée et de l’autonomie sexuelle des adultes consentants représente depuis longtemps aux yeux du législateur une valeur sociale fondamentale et un objectif législatif primordial : [TRADUCTION] « L’État n’a pas sa place dans la chambre à coucher des Canadiens » représente plus qu’un slogan politique, c’est une politique législative.

[117] L’approche préconisée par la Juge en chef aurait également pour effet de criminaliser un ensemble de comportements que le législateur ne peut pas avoir voulu englober dans sa définition de l’agression sexuelle. Tout particulièrement, embrasser ou caresser un partenaire endormi, même doucement et tendrement, constituerait une infraction criminelle. La preuve que le plaignant dormait au moment des faits, si elle était acceptée, démontrerait de façon concluante l’absence de consentement concomitant et, de ce fait, l’*actus reus*. En pareil cas, un consentement donné plus tôt, voire une demande expresse du genre « embrasse-moi avant d’aller travailler », ne mettrait pas l’accusé à l’abri d’une déclaration de culpabilité.

[118] La *mens rea* serait également établie de façon concluante. Une croyance sincère, mais erronée, au consentement, si raisonnable soit-elle dans les circonstances, n’empêcherait ni une poursuite, ni une condamnation. Si le raisonnement de

accused's error would constitute a mistake of law, which cannot avail as a defence.

[119] The Crown acknowledges that, on its view of the law, anyone who engages in amorous expressions of affection while his or her partner is asleep would be guilty of sexual assault. In response to the implausibility of the suggestion that Parliament intended to criminalize such conduct, the Crown has identified only two safeguards, more aptly characterized as palliatives that should give us little comfort: prosecutorial discretion and the doctrine of *de minimis non curat lex* (the law is not concerned with trifling matters).

[120] As for prosecutorial discretion, I think it is sufficient to recall that this Court, in dealing with the delicate issue of nullifying consent at law, has in the past demonstrated a “healthy reluctance to endorse the exercise of prosecutorial discretion as a legitimate means of narrowing the applicability of a criminal section” (*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 136, *per* Cory J.). And Justice McLachlin (as she then was), in agreement on this point, made clear that “[p]rosecutorial deference cannot compensate for overextension of the criminal law; it merely replaces overbreadth and uncertainty at the judicial level with overbreadth and uncertainty at both the prosecutorial level and the judicial level” (para. 53).

[121] And, as for reliance on the *de minimis* doctrine, I do not view sexual assault of any kind as a trifling matter. It is a serious crime with serious consequences both for the complainant and for an accused. I agree with the Chief Justice (at para. 63) that “even mild non-consensual touching of a sexual nature can have profound implications for the complainant”. For public policy reasons, the Ontario Court of Appeal has held that it would be inappropriate to apply this principle in the context

ma collègue est juste, la croyance erronée de l'accusé constituerait une erreur de droit, qu'on ne peut invoquer comme moyen de défense.

[119] Le ministère public reconnaît que, suivant son interprétation des règles de droit, quiconque manifeste physiquement son affection à son partenaire endormi serait coupable d'agression sexuelle. En réplique à l'argument selon lequel il n'est pas plausible que le législateur ait voulu criminaliser de tels actes, le ministère public invoque seulement deux protections — que l'on pourrait plutôt qualifier de palliatifs — sur lesquelles il ne faudrait pas trop compter : le pouvoir discrétionnaire de poursuivre et le principe *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance).

[120] En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de poursuivre, il suffit de rappeler que la Cour, statuant sur la question délicate du vice de consentement en droit, a démontré par le passé une « saine réticence à approuver l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre comme moyen légitime de restreindre l'applicabilité d'une disposition en matière de droit criminel » (*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 136, le juge Cory). La juge McLachlin (maintenant Juge en chef), d'accord sur ce point, a précisé que « [l]a retenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre ne peut pas compenser l'élargissement excessif du droit criminel; elle ne fait que substituer à la portée excessive et à l'incertitude au niveau judiciaire la portée excessive et l'incertitude à la fois au niveau de l'engagement des poursuites et au niveau judiciaire » (par. 53).

[121] Quant au principe *de minimis*, je ne conçois pas l'agression sexuelle, de quelque forme que ce soit, comme une chose sans importance. Il s'agit d'un crime grave emportant des conséquences graves tant pour le plaignant que pour l'accusé. Je conviens avec la Juge en chef que « même des attouchements légers non consensuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant » (par. 63). Pour des raisons d'ordre public, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à



of domestic assaults (*R. v. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541, at para. 25).

[122] Finally, even if one accepts that s. 273.1(3) “authorizes the courts to identify additional cases in which no consent is obtained” (reasons of the Chief Justice, at para. 29), identifying a *new* exception in this case would go well beyond what *Jobidon* permits.

V

[123] The Crown, LaForme J.A. in the court below, and the Chief Justice all rely on *Ewanchuk* in support of their view that the law already precludes advance consent to unconscious sexual contact.

[124] First, it is argued that *Ewanchuk* establishes that the only relevant time for determining consent is the time at which the sexual contact takes place. This argument is based on Major J.’s comment that the absence of consent is “determined by reference to the complainant’s subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred” (*Ewanchuk*, at para. 26). Second, it is argued that one cannot infer that an unconscious individual is consenting because there is no defence of implied consent in the law of sexual assault.

[125] With respect, I would reject both arguments.

[126] The comments made in *Ewanchuk* must be read in context. Most significantly, the complainant in that case did not consent before, during or after the sexual touching. In addition, neither incapacity nor the timing of consent were in issue. The requirement of contemporaneity simply signifies that a woman who consents to sexual activity remains free to withdraw her consent at any time and, in the context of this case, that a woman cannot *provide* her consent while she is unconscious. *Ewanchuk* does not at all establish that a woman cannot consciously and voluntarily

l’inopportunité de ce principe en matière de violence familiale (*R. c. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541, par. 25).

[122] Enfin, même si l’on acceptait que le par. 273.1(3) « habilite le tribunal à désigner d’autres situations où le consentement ne peut se déduire » (motifs de la Juge en chef, par. 29), créer une *nouvelle* exception en l’espèce irait bien au-delà de ce que permet l’arrêt *Jobidon*.

V

[123] Le ministère public, le juge LaForme de la juridiction inférieure et la Juge en chef invoquent *Ewanchuk* pour conclure que le droit empêche déjà une personne de consentir à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant qu’elle sera inconsciente.

[124] Le premier argument invoqué à l’appui de cette thèse porte que, suivant l’arrêt *Ewanchuk*, seul le moment du contact sexuel est pertinent pour déterminer s’il y a consentement. Il repose sur l’observation du juge Major selon lequel l’absence de consentement est « déterminée par rapport à l’état d’esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l’égard des attouchements, lorsqu’ils ont eu lieu » (*Ewanchuk*, par. 26). Suivant le second argument, personne ne pourrait conclure qu’une personne inconsciente consent, car la défense de consentement tacite ne s’applique pas en matière d’agression sexuelle.

[125] Avec égards, je rejette ces deux arguments.

[126] Il faut interpréter dans leur contexte les observations faites dans *Ewanchuk*. D’abord et avant tout, la plaignante dans cette affaire n’avait consenti ni avant, ni pendant, ni après les attouchements sexuels. Qui plus est, la capacité de consentir n’y était pas débattue, non plus que la question du moment du consentement. L’exigence de la concomitance signifie simplement qu’une femme qui consent à une activité sexuelle est libre de retirer son consentement en tout temps et, dans le contexte de la présente affaire, qu’une femme ne peut *donner* son consentement pendant qu’elle est

consent to sexual activity that will occur while she is unconscious.

[127] Nor is the rejection of the defence of implied consent in *Ewanchuk* dispositive of the issue before us. We are not asked by the respondent to *infer* the complainant's consent. Her actual subjective consent *was established through her own testimony*. *Ewanchuk* decided that if the complainant testifies that she did *not* subjectively consent — and she is believed — then the *actus reus* will be made out regardless of her outward conduct. That is not our case.

[128] As we shall presently see, this Court has stressed that consent should only be vitiated by judges in limited circumstances and on a case-by-case basis. The broad nullification of consent now proposed by my colleague can hardly be said to have been decided in *Ewanchuk*, a case in which the possibility of advance consent to unconscious sexual touching was not even remotely in issue.

## VI

[129] In *Jobidon*, this Court stressed that “[t]he law’s willingness to vitiate consent on policy grounds is significantly limited” (p. 766 (emphasis added)). As Gonthier J. took care to explain, the Court’s decision in that case was narrowly restricted to situations in which adults intentionally apply force to each other during the course of a fist fight or brawl and serious hurt or non-trivial bodily harm is both intended and caused.

[130] Since *Jobidon* was decided, the vitiation of consent on grounds of public policy has been limited to situations in which actual bodily harm was both intended *and* caused. In *R. v. Paice*, 2005 SCC

inconsciente. L’arrêt *Ewanchuk* n’établit pas du tout qu’une femme ne peut consentir volontairement et consciemment à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu’elle sera inconsciente.

[127] Le rejet par la Cour, dans *Ewanchuk*, de la défense de consentement tacite ne nous permet pas non plus de trancher la question dont nous sommes saisis. L’intimé ne nous demande pas d’*inférer* le consentement de la plaignante. Son consentement réel et subjectif *a été démontré par son propre témoignage*. Suivant *Ewanchuk*, s’il ressort du témoignage de la plaignante qu’elle *n’avait pas* consenti subjectivement — et si on y ajoute foi — l’*actus reus* sera prouvé, peu importe le comportement extérieur de la plaignante. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

[128] Nous le verrons, la Cour a précisé que les juges ne devraient conclure à un vice de consentement que dans des circonstances limitées, appréciées au cas par cas. L’invalidation générale du consentement que ma collègue propose peut difficilement être considérée comme une règle découlant de l’arrêt *Ewanchuk*, qui ne portait aucunement, ne serait-ce que vaguement, sur la faculté d’une personne de consentir à l’avance à des attouchements sexuels qui auront lieu pendant qu’elle se trouvera inconsciente.

## VI

[129] Dans *Jobidon*, la Cour a précisé que « [l]a volonté en droit d’écarter le consentement pour des raisons de principe est fort limitée » (p. 766 (je souligne)). Comme le juge Gonthier prend la peine de le préciser, la portée de la décision de la Cour dans cette affaire se limitait strictement aux situations où des adultes emploient intentionnellement la force au cours d’une bagarre à coups de poing ou d’une rixe et où des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles ont été à la fois voulues et causées.

[130] Depuis *Jobidon*, le consentement n’a été invalidé pour des raisons d’ordre public que dans les cas où de véritables lésions corporelles ont été à la fois voulues *et* causées. Dans *R. c. Paice*, 2005

22, [2005] 1 S.C.R. 339, the majority of the Court insisted that both constraints remain operative. To remove either requirement, the Court held, would risk the criminalization — “by judicial fiat” — of “numerous activities that were never intended by Parliament to come within the ambit of the assault provisions” (para. 12).

[131] The policy concerns identified by the Crown do not warrant the extension of the “significantly limited” principle invoked in *Jobidon* to a situation in which bodily harm was neither intended nor caused. As I have explained, the record before us does not permit us to revisit the issue of bodily harm addressed in the courts below. Our mandate is circumscribed by the question of law before us, which is whether unconsciousness *alone* is sufficient to nullify consent.

[132] Essentially, the Crown urges us to answer that question in the affirmative on three grounds: (1) the risk that the unconscious person’s consent will be intentionally exceeded, (2) the risk of innocent misunderstandings between the parties as to the scope of the consent, and (3) the risk of unjust acquittals where the Crown is unable to prove that the accused did not obtain prior consent from an unconscious person.

[133] I am not persuaded that advance consent to unconscious sexual activity, if held valid in the circumstances of this case, will increase the risk that an unconscious person’s consent will be intentionally exceeded. Intentionally exceeding the scope of the unconscious partner’s consent would amount to sexual contact *without consent* — or sexual assault — and, for that reason, properly attract criminal liability.

[134] Unconscious sex may well involve a risk of innocent misunderstandings between the parties as to the scope of consent. However, this raises issues that are related not to the *actus reus* of the

CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339, les juges majoritaires de la Cour ont insisté sur la présence de ces deux critères. Écarter l’un d’eux, selon la Cour, risque de criminaliser — « par décision judiciaire » — de « nombreuses activités que le législateur n’a jamais voulu assujettir aux dispositions en matière de voies de fait » (par. 12).

[131] Les questions de politique générale soulevées par le ministère public ne justifient pas que l’on étende la portée « fort limitée » de la règle énoncée dans *Jobidon* à une situation où aucune lésion corporelle n’a été voulue ni causée. Comme je l’ai expliqué, le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de rouvrir la question des lésions corporelles qui a été débattue devant les juridictions inférieures. Nous devons nous en tenir à la question de droit dont nous sommes saisis : L’inconscience suffit-elle à *elle seule* à annuler le consentement?

[132] Essentially, le ministère public nous invite à répondre par l’affirmative, et ce, pour trois raisons : (1) le risque de transgression intentionnelle du consentement de la personne inconsciente, (2) le risque de malentendus innocents entre les parties sur la teneur du consentement et (3) le risque d’un acquittement injustifié découlant de l’incapacité du ministère public à démontrer que l’accusé n’avait pas obtenu plus tôt le consentement de la personne inconsciente.

[133] Je ne suis pas convaincu que reconnaître en l’espèce la validité du consentement donné à l’avance à des activités sexuelles qui ont lieu pendant une période d’inconscience aurait pour effet d’augmenter le risque de transgression intentionnelle du consentement d’une personne inconsciente. Une telle transgression équivaudrait à des contacts sexuels *sans consentement* — c’est-à-dire à une agression sexuelle — et, pour cette raison, emporterait à bon droit la responsabilité criminelle.

[134] Certes, il se peut que des rapports sexuels avec un participant inconscient créent un risque de malentendus innocents entre les parties quant à la teneur du consentement. Toutefois, ce risque

offence (the only issue before us) but to the defence of honest but mistaken belief in consent. If it is established that the scope of the complainant's consent has been exceeded, then the *actus reus* will be established and the inquiry will move to whether the accused had the requisite *mens rea*.

[135] Pursuant to s. 273.2(b) of the *Code*, an accused cannot invoke an honest but mistaken belief in consent in the absence of evidence that he took "reasonable steps" in the circumstances known to him at the time "to ascertain that the complainant was consenting".

[136] In cases of unconscious sex, the defence of honest but mistaken belief in consent will be extremely difficult to establish. Since consent cannot be "obtained" from an unconscious complainant, the required reasonable steps would have to be taken prior to the period of unconsciousness. Relevant factors to the reasonableness assessment might include the proximity in time between the steps taken and the period of unconsciousness and the specificity of the agreement made between the parties.

[137] Advance consent and a clear understanding may well reduce rather than enhance the risk of unwanted sexual conduct. The conscious partner, explicitly apprised, will be at risk of prosecution and conviction if the scope of the unconscious partner's consent is unintentionally exceeded. If the accused's belief in consent was honest, *but not reasonable*, he or she will be guilty of sexual assault.

[138] By making the actual subjective consent of a complainant determinative, the law respects her sexual autonomy. At the same time, by restricting the availability of the defence of honest but mistaken belief in the case of complainants who do *not* consent, the law can ensure that there are criminal consequences for sexually exploiting vulnerable

soulève des questions concernant non pas l'*actus reus* de l'infraction (la seule question dont nous sommes saisis), mais la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement. Si la transgression du consentement du plaignant est démontrée, l'*actus reus* sera établi et on passera à l'étape suivante de l'analyse, qui consiste à savoir si l'accusé avait la *mens rea* requise.

[135] L'alinéa 273.2b) du *Code* restreint la faculté d'un accusé d'invoquer sa croyance sincère, mais erronée, au consentement aux cas où il est démontré qu'il a pris les « mesures raisonnables » dans les circonstances dont il avait alors connaissance, « pour s'assurer du consentement ».

[136] La défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement pourra difficilement être établie dans les affaires où un participant était inconscient pendant les relations sexuelles. Étant donné l'impossibilité d'« obtenir » le consentement d'une personne inconsciente, il faudrait que les mesures raisonnables requises aient été prises avant la période d'inconscience. L'analyse du caractère raisonnable pourrait notamment porter sur le laps de temps écoulé entre les mesures prises et la période d'inconscience ainsi que sur le degré de précision de l'accord intervenu entre les parties.

[137] Il se peut très bien qu'un consentement donné à l'avance ainsi qu'une idée claire de sa teneur réduisent plus qu'ils ne l'augmentent le risque d'actes sexuels non consentus. Le partenaire conscient, une fois informé explicitement, risque la poursuite et la condamnation s'il transgresse involontairement le consentement de l'autre. Si la croyance de l'accusé au consentement était sincère, *mais déraisonnable*, il sera déclaré coupable d'agression sexuelle.

[138] En accordant une valeur déterminante à son consentement réel et subjectif, les règles de droit favorisent l'autonomie sexuelle de la plaignante. Par ailleurs, en restreignant la possibilité d'invoquer la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement lorsque le plaignant *n'a pas* consenti, elles assurent l'infliction de sanctions

parties. As counsel for the respondent put it to us in oral argument, “if the law is going to treat these situations harshly, it should treat them harshly when people get it wrong, not when people get it right” (transcript, at pp. 57-58 (emphasis added)).

[139] Finally, the Crown submits that recognizing the legal validity of advance consent to unconscious sexual touching will create a defence that will be difficult to disprove beyond a reasonable doubt. While refusing to invalidate prior consent may pose some evidentiary difficulties for the Crown, I do not find this argument to be dispositive.

[140] First, in order to secure a conviction for sexual assault, the Crown must prove the sexual conduct alleged — an essential element of the offence. If it can prove the sexual act (by way of forensic evidence or an admission or confession, for example), then it will necessarily be able to prove, through the evidence of the complainant, the required absence of consent to that conduct.

[141] Second, the answer to an apprehended *evidentiary* problem does not lie in an unwarranted extension of the *substantive* law. If Parliament thinks it necessary to address the evidentiary concern, it may do so by more appropriate means. For example, it can satisfy that perceived need by enacting an evidential presumption of non-consent in favour of the Crown where it has proved that the accused engaged in sexual contact with an unconscious person.

[142] This is the approach taken in the United Kingdom. Section 75 of the *Sexual Offences Act 2003* (U.K.), 2003, c. 42, creates a rebuttable presumption of non-consent where “the complainant was asleep or otherwise unconscious” (s. 75(2)(d)). The same presumption is made applicable to other specified situations.

criminelles à ceux qui exploitent des personnes vulnérables. Pour reprendre les paroles de l’avocat de l’intimé à l’audience : [TRADUCTION] « . . . si la loi doit être sévère en pareil cas, elle doit être sévère envers ceux qui ont mal compris, pas envers ceux qui ont bien compris » (transcription, p. 57-58 (je souligne)).

[139] Enfin, le ministère public fait valoir que reconnaître la validité en droit du consentement donné à l’avance à un contact sexuel qui aura lieu pendant une période d’inconscience aura pour effet d’établir un moyen de défense difficile à réfuter hors de tout doute raisonnable. Certes, il se peut que le refus d’invalider le consentement donné à l’avance cause des difficultés au ministère public sur le plan de la preuve, mais cet argument n’est pas déterminant, à mon avis.

[140] Premièrement, pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, le ministère public doit prouver l’acte sexuel reproché — un élément essentiel de l’infraction. S’il peut le faire (par exemple, grâce à la preuve médico-légale, à des aveux ou à une confession), il sera forcément en mesure de prouver, à l’aide du témoignage du plaignant, l’absence requise de consentement à l’acte.

[141] Deuxièmement, la solution à un problème de *preuve* appréhendé ne réside pas dans l’extension injustifiée du droit *substantiel*. Si le législateur juge nécessaire d’intervenir sur la question de la preuve, il dispose de moyens plus judicieux de le faire. Par exemple, il peut répondre à ces appréhensions en créant une présomption de non-consentement en faveur de la poursuite lorsqu’il est prouvé que l’accusé a eu des contacts sexuels avec une personne inconsciente.

[142] C’est l’avenue qu’a empruntée le Royaume-Uni. L’article 75 de la *Sexual Offences Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 42, crée une présomption réfutable de non-consentement dans les cas où [TRADUCTION] « le plaignant dort ou se trouve inconscient pour tout autre motif » (art. 75(2)d)). La même présomption joue dans d’autres situations énumérées.

[143] One commentator has argued that “[t]he imposition of an evidential presumption in these circumstances is not unreasonable”, because “consent is unlikely to be present and it seems fair rebuttably to presume that it was not”. Conversely, he argues that “a conclusive presumption about the absence of consent” where the complainant is asleep or unconscious “would have been Draconian” (see R. Card, *Sexual Offences: The New Law* (2004), at pp. 43 and 44; see also the United Kingdom House of Commons, Home Affairs Committee, *Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639 (2003), at para. 31).

[144] In any event, it is not unduly onerous to require the Crown to disprove advance consent beyond a reasonable doubt. In most cases, this will be established through the complainant’s testimony. The Crown points to *R. v. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226, as an example of a case in which an unjust acquittal would have been entered because the complainant was not available to testify. In my view, the tactical burden on the Crown to call the complainant in a sexual assault case in order to prove the absence of subjective consent (a fact uniquely known to the complainant) should not be easily displaced. Moreover, *Ashlee* does not support the Crown’s submission at all since there was no need in that case to rely on the vitiation of consent doctrine that is said here to be necessary: the absence of consent was evident from the circumstances and a conviction ensued despite the complainant’s absence.

## VII

[145] For all of these reasons, I would affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the present appeal to this Court.

*Appeal allowed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.*

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

[143] D’après un commentateur, [TRADUCTION] « [l’]imposition d’une présomption en pareilles circonstances n’est pas déraisonnable », car « il est peu probable qu’il y ait consentement et il semble juste d’en présumer l’absence, jusqu’à preuve du contraire ». En revanche, selon lui, « une présomption irréfragable d’absence de consentement » dans le cas d’un plaignant endormi ou inconscient « aurait constitué une mesure draconienne » (voir R. Card, *Sexual Offences: The New Law* (2004), p. 43 et 44; voir également Royaume-Uni, Chambre des communes, Home Affairs Committee, *Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639 (2003), par. 31).

[144] Quoi qu’il en soit, il n’est pas exagérément contraignant d’obliger le ministère public à réfuter hors de tout doute raisonnable l’obtention d’un consentement à l’avance. Dans la plupart des cas, il y parviendra grâce au témoignage du plaignant. Le ministère public invoque à titre d’exemple l’affaire *R. c. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226, qui aurait pu se solder par un acquittement injustifié parce que la plaignante ne pouvait pas témoigner. À mon avis, le ministère public ne saurait être déchargé à la légère du fardeau tactique d’appeler le plaignant à témoigner dans une affaire d’agression sexuelle pour prouver l’absence de consentement (un fait de lui seul connu). En outre, l’affaire *Ashlee* n’étaye pas du tout la thèse du ministère public puisqu’il n’était pas nécessaire dans cette affaire, comme cela serait censément indispensable en l’espèce, d’avoir recours à la doctrine du vice de consentement : l’absence de consentement ressortait nettement des circonstances et l’accusé a été déclaré coupable, même si la plaignante n’a pas témoigné.

## VII

[145] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de confirmer le jugement de la Cour d’appel et de rejeter le présent pourvoi devant la Cour.

*Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.*

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

*Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Marty David O'Brien** *Respondent*

INDEXED AS: **R. v. O'BRIEN**

2011 SCC 29

File No.: 33817.

2011: February 23; 2011: June 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Curative proviso — Whether trial judge's error in not excluding bad character evidence and in not specifically addressing that evidence in his reasons caused substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

A variety store was robbed by someone wearing a blue Halloween mask. The next morning, the police found such a mask, a large knife and the plastic cover from the store's cash register nearby. A test of the DNA found on the mask matched only O, who was charged with three offences, including robbery. At a trial without a jury, the investigating officer made several brief references to O's prior criminal record and conduct in the course of his testimony. The defence did not object to this evidence, did not request that its use be limited, and in fact used it in cross-examination. The defence also referred to O's reputation as a "known offender" in its closing submission. O was convicted. In his reasons, the trial judge made no reference of any kind to the character evidence. On appeal, the Crown acknowledged that it was an error for the character evidence to be heard, but submitted that since it was a harmless one, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied. A majority of the judges in the Court of Appeal allowed O's appeal and ordered a new trial, concluding that although the trial judge made no reference to the character evidence in his reasons, there was no indication that he had disabused himself of it or was otherwise aware that it should not be considered. The Crown had therefore not discharged its onus of demonstrating that the judge was not influenced by

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Marty David O'Brien** *Intimé*

RÉPERTORIÉ : **R. c. O'BRIEN**

2011 CSC 29

N° du greffe : 33817.

2011 : 23 février; 2011 : 9 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Erreur de droit — Disposition réparatrice — L'erreur du juge du procès de ne pas exclure la preuve de mauvaise moralité et de ne pas traiter explicitement de cette preuve dans ses motifs a-t-elle causé un tort important ou entraîné une erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

Un vol à main armée a été commis dans un dépanneur par un individu portant un masque d'Halloween bleu. Le lendemain matin, la police a trouvé aux alentours un masque de ce type, un grand couteau et le revêtement de plastique de la caisse enregistreuse du magasin. L'analyse des empreintes génétiques prélevées sur le masque a révélé qu'elles correspondaient uniquement à celle d'O, qui a été accusé de trois infractions, dont celle de vol qualifié. À plusieurs reprises, dans son témoignage lors du procès sans jury, l'enquêteur a mentionné brièvement les antécédents judiciaires et le comportement d'O. La défense ne s'est pas opposée à cette preuve, n'a pas demandé que son utilisation soit restreinte et l'a en fait utilisée en contre-interrogatoire. La défense a aussi mentionné la réputation de « criminel notoire » d'O dans son exposé final. O a été déclaré coupable. Le juge du procès n'a jamais fait allusion à la preuve de moralité de quelque façon que ce soit dans ses motifs. En appel, le ministère public a reconnu que la preuve de moralité avait été admise à tort, mais il a soutenu que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* trouvait application, car il s'agissait d'une erreur inoffensive. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel d'O et ordonné un nouveau procès, concluant que, même si le juge du procès n'a pas mentionné la preuve de moralité



the evidence and the curative proviso was not available. The dissenting judge found the error to be a harmless one and would have applied the curative proviso.

*Held* (Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the convictions restored.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.: The hearing of the character evidence by the trial judge was a harmless error of law that caused no substantial wrong or miscarriage of justice. The trial judge said in his reasons that he relied “entirely” on the DNA evidence. That meant that he did *not* rely on the character evidence. Imputing such reliance into reasons that state the contrary creates a new, unchartable universe of appellate review where even if the reasons reveal a proper grasp of the facts and the law, the trial judge may nonetheless find the integrity of his or her decision undermined by the possibility that judicial silence on an issue will be interpreted as “unconscious” judicial error. A trial judge is not required to itemize every conceivable issue, argument or thought process in his or her reasons. Trial judges are entitled to have their reasons reviewed based on what they say, not on the speculative imagination of reviewing courts. Here, the trial judge expressly stated that he relied only on the DNA evidence and made no mention of the character evidence in his reasons. He was entitled to be taken at his word. The trial judge’s chain of fact, law and logic in this case was impeccable. There is nothing about his approach that suggests a subconscious subversion of his articulated thoughts.

*Per* Binnie and LeBel JJ. (dissenting): The curative proviso has no application. The trial judge did not intervene or otherwise express any concern about (or even awareness of) the impropriety of evidence of bad character led by the prosecution. The majority in the Nova Scotia Court of Appeal concluded that “the inadmissible evidence was no mere inadvertent slip. It went on for some pages in the transcript. It included evidence that the accused was known to the police to be involved in the very type of offence before the court.”

dans ses motifs, rien n’indique qu’il a fait abstraction de cette preuve ou qu’il était autrement conscient qu’elle ne pouvait pas être prise en considération. Le ministère public ne s’était donc pas acquitté de son fardeau de démontrer que le juge n’avait pas été influencé par cette preuve, et la disposition réparatrice ne trouvait pas application. Le juge dissident a estimé que l’erreur était inoffensive et il aurait appliqué la disposition réparatrice.

*Arrêt* (les juges Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Rothstein et Cromwell : L’admission de la preuve de moralité par le juge du procès est une erreur de droit inoffensive qui n’a causé aucun tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave. Dans ses motifs, le juge du procès a dit s’être « entièrement » fondé sur la preuve génétique, ce qui veut dire qu’il *ne* s’est *pas* appuyé sur la preuve de moralité. Inférer qu’il l’a fait, alors que ses motifs disent le contraire, revient à créer un nouvel univers de révision en appel impossible à baliser où, même si les motifs d’un juge de première instance démontrent qu’il a bien saisi les faits et le droit, l’intégrité de sa décision pourrait être compromise par la possibilité que son silence sur un point soit considéré comme une erreur judiciaire « inconsciente ». Le juge du procès n’est pas tenu d’énumérer chacun des points, arguments ou raisonnements imaginables. Les juges de première instance ont droit à ce que leurs motifs soient révisés en fonction de ce qu’ils ont écrit et non en fonction de l’imagination conjecturale des cours de révision. En l’espèce, le juge du procès a affirmé expressément s’être fondé seulement sur la preuve génétique et n’a pas parlé de la preuve de moralité dans ses motifs. Ses motifs doivent être tenus pour refléter fidèlement sa pensée. Son analyse factuelle, juridique et logique était impeccable. Rien dans son approche ne révèle qu’il aurait inconsciemment déformé ses pensées exprimées.

*Les* juges Binnie et LeBel (dissidents) : La disposition réparatrice ne trouve pas application en l’espèce. Le juge du procès n’est pas intervenu et n’a exprimé aucune réserve relativement à l’irrégularité de la preuve de mauvaise moralité produite par la poursuite (ni même indiqué qu’il en était conscient). Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse ont conclu que « la preuve inadmissible n’a pas été produite simplement par inadvertance. Elle occupe plusieurs pages de la transcription. Il s’agissait notamment de la preuve que les policiers connaissaient l’accusé pour sa participation au type même d’infraction dont était saisi le tribunal. »

The Crown conceded that the DNA evidence did not, on its own, establish O's culpability. An inferential leap had still to be made from a finding that the accused once came into contact with the mask to a finding that he actually donned the mask on the date in question to commit the robbery.

The burden on the Crown seeking to invoke the curative proviso is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case beyond a reasonable doubt at trial. Important deficiencies in trial reasons cannot be excused on the basis that trial judges are presumed to know the law. Here, the trial judge's use of the word "entirely" in relation to the DNA evidence just reflects the fact that there was no other identification evidence before him. In these circumstances, the admission of the character evidence was not harmless, since it could well have predisposed the trial judge to uncritical acceptance of the DNA evidence. If the judge had intended by the word "entirely" to distance himself from the inadmissible evidence, he would have said so. This is not a case where, despite any prejudice caused by the trial judge's error of law, the evidence against O was so overwhelming that a guilty verdict would necessarily be the outcome of a new trial.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; **referred to:** *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

By Binnie J. (dissenting)

*R. v. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376; *R. v. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258; *R. v. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII); *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Fichaud, Beveridge and Farrar

Le ministère public a admis que la preuve génétique n'établissait pas, à elle seule, la culpabilité d'O. Il subsistait un écart inférentiel entre conclure que l'intimé avait déjà touché le masque et conclure qu'il l'avait bel et bien porté pour commettre le vol qualifié.

Le fardeau dont doit s'acquitter le ministère public lorsqu'il invoque la disposition réparatrice est beaucoup plus élevé que celui voulant qu'il prouve ses allégations hors de tout doute raisonnable au procès. Des lacunes importantes dans les motifs du juge du procès ne peuvent être ignorées parce qu'il est présumé connaître le droit. En l'espèce, l'emploi par le juge du procès du mot « entièrement » lorsqu'il a parlé de la preuve génétique indique uniquement qu'il ne disposait d'aucune autre preuve d'identification. Dans les circonstances, l'admission de la preuve de moralité n'était pas inoffensive, car elle aurait pu fort bien predisposer le juge du procès à accepter la preuve génétique sans exercer son sens critique. Si le juge du procès avait employé le mot « entièrement » dans l'intention de se distancier de la preuve inadmissible, il l'aurait précisé. Il ne s'agit pas d'un cas où, peu importe le préjudice causé par l'erreur de droit du juge du procès, la preuve contre O était à ce point accablante qu'un verdict de culpabilité est la seule issue sur laquelle pourrait forcément déboucher un nouveau procès.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; **arrêts mentionnés :** *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*R. c. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376; *R. c. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258; *R. c. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII); *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Fichaud, Beveridge

J.J.A.), 2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, 928 A.P.R. 78, 258 C.C.C. (3d) 358, [2010] N.S.J. No. 385 (QL), 2010 CarswellNS 425, setting aside the convictions entered by Murphy J., 2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, 887 A.P.R. 157, [2009] N.S.J. No. 290 (QL), 2009 CarswellNS 357, and ordering a new trial. Appeal allowed, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

*Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and William D. Delaney*, for the appellant.

*Robert Gregan and Pavel Boubnov*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — A man wearing a blue Halloween mask and holding a large, butcher-style knife came into a variety store and demanded money from the woman working in the store that night. When she opened the cash register, the robber scooped money from the till and ran out of the store. His actions were caught by the store's security camera.

[2] The next morning, police found a number of items in the neighbourhood: a blue Halloween mask, a large knife, and what turned out to be a plastic cover from the store's cash register. A test of the DNA found on the blue mask matched only one person: Marty David O'Brien. This match was characterized by the DNA expert in her report as follows:

The estimated probability of selecting an unrelated individual at random from the Canadian Caucasian population . . . is 1 in 33 billion.

[3] Mr. O'Brien was charged and convicted of three offences, including robbery.

et Farrar), 2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, 928 A.P.R. 78, 258 C.C.C. (3d) 358, [2010] N.S.J. No. 385 (QL), 2010 CarswellNS 425, qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Murphy, 2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, 887 A.P.R. 157, [2009] N.S.J. No. 290 (QL), 2009 CarswellNS 357, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Binnie et LeBel sont dissidents.

*Kenneth W. F. Fiske, c.r., et William D. Delaney*, pour l'appelante.

*Robert Gregan et Pavel Boubnov*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Un homme portant un masque d'Halloween bleu et armé d'un grand couteau de boucher est entré dans un dépanneur et a demandé à l'employée qui travaillait au magasin ce soir-là de lui remettre l'argent. Lorsqu'elle a ouvert la caisse enregistreuse, le voleur s'est emparé de l'argent qui s'y trouvait et s'est enfui du magasin en courant. Il a été filmé par la caméra de surveillance du magasin.

[2] Le lendemain matin, la police a trouvé un certain nombre d'objets aux environs du magasin : un masque d'Halloween bleu, un grand couteau et ce qui s'est avéré être le revêtement de plastique de la caisse enregistreuse du magasin. Les empreintes génétiques (ADN) qui ont été prélevées sur le masque bleu correspondaient à celles d'une seule personne : Marty David O'Brien. Dans son rapport, l'experte en ADN donne les précisions suivantes sur cette correspondance :

[TRADUCTION] On estime à 1 sur 33 milliards la probabilité qu'elles soient associées à un Canadien de race blanche pris au hasard [. . .] qui n'est pas mêlé à l'affaire.

[3] M. O'Brien a été accusé et reconnu coupable de trois infractions, dont celle de vol qualifié.

[4] At a trial without a jury before Justice John D. Murphy, nine witnesses testified. The investigating officer made brief references to Mr. O'Brien's prior criminal record and conduct in the course of his testimony. Not only was there no objection to this evidence by the defence nor any request that it be limited to a narrative purpose; the defence used the evidence in its cross-examination of the investigating officer:

Okay. Now in your testimony you briefly stated that you knew Mr. O'Brien to be known as an offender and that's why you sort of steered in his direction in terms of this particular incident.

[5] Only defence counsel, in closing submissions, referred again to Mr. O'Brien's reputation as a "known offender". The Crown made no mention of the character evidence in its closing submission and the trial judge made no reference of any kind to it.

[6] Mr. O'Brien did not testify and the defence called no evidence.

[7] The basis of Mr. O'Brien's appeal to the Nova Scotia Court of Appeal was that the verdict was unreasonable. Before the hearing, the clerk of the court, at the panel's request, wrote to counsel and asked that they be prepared to address the issue of character evidence. Mr. O'Brien had not raised this issue as a ground of appeal either in his notice of appeal or his factum.

[8] At the appeal, the Crown acknowledged that it was an error for the trial judge not to exclude the character evidence or qualify its purpose, but submitted that since it was not a serious error, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, should be applied.

[9] All three judges concluded that the verdict was not unreasonable. The majority held, however, that the trial judge made a serious error in

[4] Neuf personnes ont témoigné lors du procès sans jury présidé par le juge John D. Murphy. Durant son témoignage, l'enquêteur a fait de brefs commentaires sur les antécédents judiciaires et le comportement de M. O'Brien. Non seulement la défense ne s'est pas opposée à cette preuve, ni n'a demandé qu'elle soit considérée uniquement comme un élément du récit des faits, mais elle l'a utilisée dans son contre-interrogatoire de l'enquêteur :

[TRADUCTION] D'accord. Maintenant, dans votre témoignage, vous avez mentionné brièvement que vous saviez que M. O'Brien était connu comme un criminel et que c'est pour cette raison que vous avez en quelque sorte enquêté sur lui relativement à cet incident particulier.

[5] Seule l'avocate de la défense a parlé à nouveau, dans son exposé final, de la réputation de « criminel notoire » de M. O'Brien. Le ministère public n'a pas mentionné la preuve de moralité dans son exposé final et le juge du procès n'y a jamais fait allusion, de quelque façon que ce soit.

[6] M. O'Brien n'a pas témoigné, et la défense n'a produit aucune preuve.

[7] Le moyen invoqué par M. O'Brien pour interjeter appel à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse était que le verdict était déraisonnable. Avant l'audition, le greffier de la Cour d'appel a écrit aux avocats, à la demande de la formation chargée de statuer sur l'appel, pour leur demander de se préparer à débattre de la preuve de moralité. M. O'Brien n'avait invoqué ce moyen d'appel ni dans son avis d'appel, ni dans son mémoire.

[8] En appel, le ministère public a reconnu que le juge du procès avait eu tort de ne pas exclure la preuve de moralité, ni même préciser à quelle fin elle pouvait être utilisée, mais il a soutenu que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, trouvait application, car il ne s'agissait pas d'une erreur grave.

[9] Les trois juges ont conclu à l'unanimité que le verdict n'était pas déraisonnable, mais ils ont statué à la majorité que le juge du procès avait commis

allowing the character evidence to be heard. In its view, even though the trial judge made no reference to the character evidence in his reasons, there was no indication that he “disabused himself from that evidence or was otherwise aware that it could not be considered” (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, at para. 94). The Crown had, as a result, not discharged its onus of demonstrating that the judge was not influenced, “consciously or unconsciously”, by the impugned prejudicial evidence (para. 95). The curative proviso was therefore not available. The appeal was allowed and a new trial ordered.

[10] The dissenting judge, Fichaud J.A., would have dismissed the appeal. In his view, the error in hearing the investigating officer’s propensity evidence was not a serious one and caused no substantial wrong or miscarriage of justice. He concluded:

The trial judge’s written reasons satisfy me affirmatively that the improper evidence had no impact. This, in my view, satisfies the Crown’s burden under the proviso. The judge’s words that he relied “entirely on the DNA evidence” to connect Mr. O’Brien to the robbery exclude any imputation to the judge of a veiled line of reasoning sourced in [the investigating officer’s] problematic testimony. My colleague does not explain how such a veiled line of reasoning can co-exist with the judge’s clear statement that he relied “entirely on the DNA evidence.” My colleague says that if the judge had “arrived at his conclusion by expressly relying on evidence untainted by the impugned evidence”, he might take a different view of the proviso. By my reading of the decision, that is what the judge did. . . .

. . . Nothing in the decision suggests, even obliquely, that [the investigating officer’s] improper character testimony figured in the identification. [paras. 151-52]

The curative proviso was therefore available. I share this view.

[11] The issue before us was whether the trial judge’s error in hearing “bad character”

une erreur grave en autorisant la présentation de la preuve relative à la moralité. Selon la majorité, même si le juge du procès n’a pas mentionné cette preuve dans ses motifs, rien n’indique qu’il [TRADUCTION] « a fait abstraction de cette preuve ou qu’il était autrement conscient qu’elle ne pouvait pas être prise en considération » (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, par. 94). Le ministère public ne s’était donc pas acquitté de son fardeau de démontrer que le juge n’avait pas été influencé, « consciemment ou non », par la preuve préjudiciable attaquée (par. 95). La disposition réparatrice ne trouvait donc pas application. L’appel a été accueilli et un nouveau procès ordonné.

[10] Le juge Fichaud, dissident, aurait rejeté l’appel. À son avis, le fait de recevoir le témoignage de l’enquêteur relativement à la propension au crime ne constituait pas une erreur grave et n’avait causé aucun tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave. Il a conclu en ces termes :

[TRADUCTION] Les motifs écrits du juge du procès me convainquent nettement que la preuve irrégulière n’a eu aucune incidence. À mon avis, le ministère public s’est donc acquitté du fardeau que lui impose cette disposition. Les propos du juge selon lesquels il s’est fondé [TRADUCTION] « entièrement sur la preuve génétique » pour faire le lien entre M. O’Brien et le vol qualifié excluent toute possibilité d’attribuer au juge un raisonnement voilé qui prendrait sa source dans le témoignage problématique [de l’enquêteur]. Mon collègue n’explique pas comment un tel raisonnement voilé peut cadrer avec l’affirmation claire du juge qu’il s’est fondé [TRADUCTION] « entièrement sur la preuve génétique ». Mon collègue dit qu’il aurait pu avoir une opinion différente au sujet de la disposition si le juge « avait tiré sa conclusion en s’appuyant expressément sur la preuve non viciée par l’élément de preuve attaqué ». D’après mon interprétation de la décision, c’est ce que le juge a fait. . .

. . . Rien dans la décision ne tend à indiquer, même indirectement, que le témoignage de moralité irrégulier de [l’enquêteur] ait joué sur la question de l’identification. [par. 151-152]

Il était donc possible d’appliquer la disposition réparatrice. Je suis du même avis.

[11] La question qui nous est soumise est de savoir si l’erreur qu’a commise le juge du procès

evidence — and his related failure to specifically address that evidence in his reasons — was a harmless one, or whether it was outside the borders of the curative proviso.

[12] At trial, the only issue was identification. The trial judge cautioned himself about the need to approach such evidence with care, then concluded (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, at paras. 6-7):

We then have the circumstantial evidence of a blue mask being found the following morning a short distance from the store, on a route which leads toward the car. We also have the knife and the cash register part found the following day close to the blue mask. I am satisfied that the circumstantial evidence is strong and sufficient to prove beyond a reasonable doubt that there is a connection between the blue mask and the robbery of the convenience store . . . on the previous evening.

Given the fact that the video clearly shows someone wearing a blue mask, or the blue and black mask, it clearly shows the use of a knife, and the evidence from the person who was in charge of the cash at the store, who returned to the store that night, clearly links the cash register part found to the cash register, because her notations and notations of others were on it. I am satisfied that the evidence establishes that the blue mask was associated with the robbery, and I am convinced of that beyond a reasonable doubt.

The investigating officer's character evidence played no role in this finding.

[13] Turning then to the DNA evidence, the trial judge observed:

The question then becomes whether the mask is connected to the accused, to Mr. O'Brien beyond a reasonable doubt, and that depends, as I have indicated, entirely on the DNA evidence. [Emphasis added; para. 8.]

[14] After reviewing the DNA evidence for several paragraphs, the trial judge concluded that it "clearly ties" Mr. O'Brien to the mask, based on the irrefutable match between his DNA and the DNA

en entendant la preuve de « mauvaise moralité » — et son omission connexe d'en traiter expressément dans ses motifs — était une erreur inoffensive, ou si elle échappait au champ d'application de la disposition réparatrice.

[12] Au procès, l'identification de l'accusé était la seule question en litige. Le juge a rappelé la nécessité d'examiner avec circonspection la preuve soumise à cet égard puis il a tiré les conclusions suivantes (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, par. 6-7) :

[TRADUCTION] Ensuite, nous avons un élément de preuve circonstancielle : un masque bleu trouvé le lendemain matin à proximité du magasin, sur le trajet vers la voiture. Nous avons aussi le couteau et une pièce de la caisse enregistreuse trouvés le lendemain près du masque bleu. Je suis convaincu que la preuve circonstancielle est solide et suffisante pour établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'un lien entre le masque bleu et le vol qualifié du dépanneur [. . .] survenu la veille en soirée.

Puisque la vidéo montre clairement un individu portant un masque bleu ou le masque bleu et noir, elle montre clairement l'usage d'un couteau, et le témoignage de l'employée responsable de la caisse au magasin, et qui y est retournée cette nuit-là, établit clairement un lien entre la caisse enregistreuse et la pièce trouvée, parce qu'elle portait les inscriptions de l'employée et celles d'autres personnes. Je suis convaincu que la preuve démontre l'existence d'un rapport entre le masque bleu et le vol qualifié. Et j'en suis convaincu hors de tout doute raisonnable.

La preuve de moralité présentée par l'enquêteur n'a eu aucune incidence sur cette conclusion.

[13] Passant ensuite à la preuve génétique, le juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] Il faut alors se demander s'il existe, hors de tout doute raisonnable, un rapport entre le masque et l'accusé, M. O'Brien, et, comme je l'ai dit, la réponse à cette question dépend entièrement de la preuve génétique. [Je souligne; par. 8.]

[14] Après avoir analysé la preuve génétique dans plusieurs paragraphes, le juge du procès a conclu que celle-ci [TRADUCTION] « établit clairement un lien » entre M. O'Brien et le masque, étant donné

found in the mask (para. 13). All this led the trial judge to conclude:

... the DNA evidence establishes the accused's identity as the robber beyond a reasonable doubt, ties him to the blue mask which was found, which I have indicated, based on circumstantial evidence, is clearly the mask that was used in the robbery. [para. 16]

[15] The propensity evidence from the investigating officer clearly played no part in the convictions. As Fichaud J.A. noted, not only did the trial judge expressly state that he relied *entirely* on the DNA evidence to identify Mr. O'Brien, his detailed reasons confirm this exclusive reliance. This evokes the words of McLachlin J. in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393, at pp. 415-16, where she noted that when a trial judge expressly arrives at a conclusion on the critical issue "independently of the inadmissible evidence . . . no unfairness can be said to arise, nor has there been a miscarriage of justice" (see also *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 30).

[16] The trial judge said in his reasons that he relied "entirely" on the DNA evidence (para. 8). That meant that he did *not* rely on the character evidence. Imputing such reliance into reasons that state the contrary creates a new, unchartable universe of appellate review where even if the reasons reveal a proper grasp of the facts and the law, the trial judge may nonetheless find the integrity of his or her decision undermined by the possibility that judicial silence on an issue will be interpreted as "unconscious" judicial error.

[17] A trial judge has an obligation to demonstrate through his or her reasons how the result was arrived at. This does not create a requirement to itemize every conceivable issue, argument or thought process. Trial judges are entitled to have their reasons reviewed based on what they say, not

la correspondance irréfutable entre ses empreintes génétiques et celles prélevées sur le masque (par. 13). Toutes ces constatations ont amené le juge du procès à conclure que :

[TRADUCTION] . . . la preuve génétique montre hors de tout doute raisonnable que l'accusé est l'auteur du vol qualifié, établit un rapport entre lui et le masque bleu qui a été retrouvé, un masque qui, comme je l'ai dit sur le fondement de la preuve circonstancielle, est sans aucun doute le masque utilisé lors du vol qualifié. [par. 16]

[15] Le témoignage de l'enquêteur relatif à la propension au crime n'a manifestement pas influé sur les déclarations de culpabilité. Comme l'a signalé le juge Fichaud, non seulement le juge du procès a affirmé expressément s'être fondé *entièrement* sur la preuve génétique pour identifier M. O'Brien, mais ses motifs détaillés confirment qu'il ne s'est appuyé sur rien d'autre. Cela n'est pas sans rappeler les propos tenus par la juge McLachlin dans *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, p. 415-416, où elle a fait remarquer que, si le juge du procès arrive expressément à sa conclusion sur la question cruciale « indépendamment des témoignages qui se révèlent inadmissibles, [. . .] il ne peut y avoir ni injustice, ni erreur judiciaire grave » (voir aussi *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30).

[16] Dans ses motifs, le juge du procès a dit s'être [TRADUCTION] « entièrement » fondé sur la preuve génétique (par. 8), ce qui veut dire qu'il *ne s'est pas* appuyé sur la preuve de moralité. Inférer qu'il l'a fait, alors que ses motifs disent le contraire, revient à créer un nouvel univers de révision en appel impossible à baliser, où même si les motifs d'un juge de première instance démontrent qu'il a bien saisi les faits et le droit, l'intégrité de sa décision pourrait être compromise par la possibilité que son silence sur un point soit considéré comme une erreur judiciaire « inconsciente ».

[17] Le juge de première instance doit montrer dans ses motifs comment il est arrivé à sa décision. Il n'est pas tenu pour autant d'énumérer chacun des points, arguments ou raisonnements imaginables. Les juges de première instance ont droit à ce que leurs motifs soient révisés en fonction de ce qu'ils

on the speculative imagination of reviewing courts. As Binnie J. noted in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 55, trial judges should not be held to some “abstract standard of perfection”.

[18] The trial judge was entitled to be taken at his word. His chain of fact, law and logic in this case was impeccable. I see nothing about his approach that suggests a subconscious subversion of his articulated thoughts.

[19] I therefore agree with Fichaud J.A. that the admission of the improper character evidence was a harmless error of law that caused no substantial wrong or miscarriage of justice.

[20] I would allow the appeal and restore the convictions.

The reasons of Binnie and LeBel JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) —

### I. Introduction

[21] In this case, the Crown invokes the magic of DNA evidence to salvage convictions obtained in what all the judges of the Nova Scotia Court of Appeal agreed was an unfair trial.

[22] The respondent was convicted as the “masked robber” of a convenience store in Amherst, Nova Scotia. The only live issue was identification. There was no evidence, circumstantial or otherwise, linking him to the crime except for traces of DNA on one of two masks later found abandoned near the scene of the crime. The unfairness arose because the police, in the absence of such other evidence, decided to tell the court all about the respondent’s reputation as a habitual criminal in relation to other matters unconnected to the offences for which he was charged.

ont écrit et non en fonction de l’imagination conjecturale des cours de révision. Comme l’a souligné le juge Binnie dans *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, au par. 55, les juges de première instance ne devraient pas être tenus à une quelconque « norme abstraite de perfection ».

[18] Les motifs du juge du procès doivent être tenus pour refléter fidèlement sa pensée. Son analyse factuelle, juridique et logique était impeccable. Je ne vois rien dans son approche qui révèle qu’il aurait inconsciemment déformé ses pensées exprimées.

[19] Je suis donc d’accord avec le juge Fichaud pour dire que l’admission de la preuve irrégulière de moralité est une erreur de droit inoffensive qui n’a causé aucun tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave.

[20] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs des juges Binnie et LeBel rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) —

### I. Introduction

[21] En l’espèce, le ministère public invoque la magie de la preuve génétique pour sauvegarder des déclarations de culpabilité prononcées à l’issue d’un procès que tous les juges de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse ont jugé inéquitable.

[22] L’intimé a été condamné comme le « voleur masqué » d’un dépanneur d’Amherst, en Nouvelle-Écosse. La seule question à trancher était celle de l’identification. Aucune preuve, circonstancielle ou autre, ne reliait l’intimé au crime, à l’exception des traces d’ADN laissées sur l’un des deux masques abandonnés près du lieu du crime et retrouvés par la suite. Le procès a été jugé inéquitable parce que la police a décidé, faute d’autres éléments de preuve, d’informer en détail la cour de la réputation de repris de justice que l’intimé avait acquise relativement à d’autres affaires sans lien avec les infractions dont il était accusé.



[23] The trial judge let in the propensity evidence without comment and gave no hint in his reasons that he recognized that the police branding of the respondent as a career criminal was against basic principles of trial fairness. Trial judges may be presumed to know the law but occasionally they misapply it. Otherwise, there would be no need for appellate courts.

[24] The respondent, now sentenced to six years and six months in prison, is entitled to know that the trial judge recognized the danger of propensity evidence and consciously put it aside. The trial judge's reasons provide no assurance on that point (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157).

[25] A majority of my colleagues conclude that the trial judge's use of the word "entirely" in relation to his reliance on the DNA evidence is enough to render the unfairness of the trial harmless. To do so, in my view, ignores the context of the trial as a whole. The reliability of DNA science is well established, but problems in the handling of DNA samples and management of the test results have given rise to a number of wrongful convictions where (as here) there was not a shred of other probative evidence to connect an accused to the crime. DNA evidence is not a sufficient substitute for a fair trial in the circumstances disclosed in this record. The curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires the Crown, not the defence, to show that despite the unfair trial, there was no substantial wrong or miscarriage of justice. For the reasons that follow, I do not believe that the Crown has discharged its onus. I agree with the caution exercised by the majority in the court below. I would dismiss the appeal.

[23] Le juge du procès a reçu la preuve de propension au crime sans faire quelque commentaire que ce soit ni indiquer de quelque façon que ce soit dans ses motifs qu'il reconnaissait qu'il était contraire aux principes de l'équité procédurale que la police catalogue ainsi l'intimé comme un criminel endurci. Les juges de première instance sont présumés connaître le droit, mais il leur arrive parfois de mal l'appliquer. D'où la raison d'être des cours d'appel.

[24] Condamné à six ans et six mois d'emprisonnement, l'intimé a le droit d'avoir l'assurance que le juge du procès était conscient du risque associé à la preuve de propension au crime et a sciemment écarté cette preuve. Or, les motifs du juge du procès ne le démontrent aucunement (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157).

[25] La majorité de mes collègues estiment que l'emploi, par le juge du procès, du mot [TRADUCTION] « entièrement », lorsqu'il dit s'être fondé sur la preuve génétique, suffit pour que le manquement à l'équité du procès soit inoffensif. À mon avis, ce point de vue fait abstraction du contexte du procès dans son ensemble. La fiabilité de la génétique est bien établie, mais des problèmes dans la manipulation des échantillons d'ADN et dans la gestion des résultats des tests ont entraîné plusieurs déclarations de culpabilité injustifiées dans des cas où (comme en l'espèce) il n'existait pas l'ombre d'une preuve, autre que génétique, reliant l'accusé au crime. Compte tenu des circonstances révélées par le dossier, la preuve génétique ne peut être considérée comme un substitut valable à un procès équitable. C'est au ministre public, et non à la défense, que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, impose le fardeau de démontrer que le procès inéquitable n'a pas causé de tort important ni entraîné d'erreur judiciaire grave. Pour les motifs qui suivent, je ne crois pas que le ministre public se soit acquitté de ce fardeau. La prudence dont ont fait preuve les juges majoritaires de la juridiction inférieure est selon moi justifiée. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### A. Evidence of Bad Character

[26] The Crown's evidence at trial sought to portray the respondent as a "bad person" of the sort likely to commit the robbery of a convenience store. Beveridge J.A. stated that "the inadmissible evidence was no mere inadvertent slip. It went on for some pages in the transcript. It included evidence that the [accused] was known to the police to be involved in the very type of offence before the court" (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, at para. 68). He referred, at para. 70, to Doherty J.A. in *R. v. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.):

It has been established for over 100 years that the Crown cannot make its case by showing that the accused engaged in misconduct other than that alleged against him for the purpose of showing that the accused was the type of person who would commit the crime alleged. [para. 116]

Here, however, the police investigator, Sgt. Blakeney, testified as follows:

So just at this particular time in 2004 in October there was . . . Marty O'Brien was thought to be involved in a number of incidences [sic] within Amherst and within the county . . . [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 183.]

The officer referred to the "common knowledge" of the respondent's criminal character:

I've known Marty O'Brien and he's known me for years. I don't know, maybe 10 or maybe 15, 20 years, and I know his . . . I don't know everything he does, but I know his criminal background, and it was common knowledge within our office and within the RCMP detachment in Amherst that Marty O'Brien was an active criminal who was traveling Amherst . . . Cumberland County area, and we were aware that Marty was involved in these activities. [A.R., vol. III, at p. 3]

This general "evidence" of criminality was unrelated to the offences as charged. The policeman continued:

### A. La preuve de mauvaise moralité

[26] La preuve présentée par le ministère public au procès visait à dépeindre l'intimé comme le genre de « mauvaise personne » susceptible de commettre un vol qualifié dans un dépanneur. Le juge Beveridge a mentionné que [TRADUCTION] « la preuve inadmissible n'a pas été produite simplement par inadvertance. Elle occupe plusieurs pages de la transcription. Il s'agissait notamment de la preuve que les policiers connaissaient [l'accusé] pour sa participation au type même d'infraction dont était saisi le tribunal » (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, par. 68). Au paragraphe 70, il a cité le juge Doherty, dans *R. c. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] Il est établi depuis plus de 100 ans que la poursuite ne peut démontrer le bien-fondé de sa cause en prouvant que l'accusé a commis un autre acte répréhensible que celui qui lui est reproché, dans le but d'établir que l'accusé est le type de personne susceptible de commettre le crime allégué. [par. 116]

En l'espèce, l'enquêteur de police, le sergent Blakeney, a néanmoins affirmé dans son témoignage :

[TRADUCTION] Alors, à ce moment précis, en octobre 2004, il y avait . . . , on croyait que Marty O'Brien était mêlé à plusieurs incidents survenus à Amherst et dans le comté . . . [Je souligne; d.a., vol. II, p. 183.]

L'agent a dit que la réputation de criminel de l'intimé était « notoire » :

[TRADUCTION] Je connais Marty O'Brien et il me connaît depuis plusieurs années. Je ne sais pas, peut-être 10 ou peut-être 15, 20 ans, et je sais qu'il . . . , je ne suis pas au courant de tous ses faits et gestes, mais je connais ses antécédents criminels, et il était notoire parmi le personnel de notre bureau et du détachement de la GRC à Amherst que Marty O'Brien était un criminel actif qui se promenait à Amherst . . . dans le secteur du comté de Cumberland, et nous savions que Marty participait à ces activités. [d.a., vol. III, p. 3]

Il n'y avait aucun lien entre cette « preuve » générale de criminalité et les infractions dont l'intimé était accusé. L'agent a poursuivi en ces termes :

So I went to the county jail, and I spoke to Marty O'Brien with regards to his being involved and he denied any involvement in it whatsoever. So I . . . after this, I checked . . . later on it became known that Marty O'Brien was convicted in court for a number of offences and a DNA order was issued to be taken on Marty O'Brien. So I continued to monitor DNA orders. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 184.]

[27] It is true that counsel for the defence did not object. Nor did the trial judge intervene or otherwise express any concern about (or even awareness of) the impropriety of the evidence. Nevertheless, both the majority and the minority in the court below found the evidence of bad character to be wholly inadmissible and the trial on that account to be unfair. As this Court observed in *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 139:

It is frequently mentioned that “prejudice” in this context is not the risk of conviction. It is, more properly, the risk of an unfocussed trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. The evidence, if believed, shows that an accused has discreditable tendencies. In the end, the verdict may be based on prejudice rather than proof, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Propensity evidence is designed to predispose the trier of fact to accept more readily as credible the guilt of the accused than would otherwise be the case. As mentioned, Beveridge J.A. noted that its use in this case “was no mere inadvertent slip” (para. 68).

#### B. Evidence of Identification

[28] The identification of the respondent as the perpetrator rested on two strands of evidence.

##### (1) The Red Car

[29] At about the same time as the robbery, a red car was seen by a witness leaving the general area

[TRADUCTION] Alors, je suis allé à la prison du comté, et j'ai parlé à Marty O'Brien de sa participation dans l'incident et il a nié quelque participation que ce soit. Donc, j'ai . . . après, j'ai fait une vérification . . . on a appris que Marty O'Brien avait été reconnu coupable de plusieurs infractions et une ordonnance de prélèvement génétique sur Marty O'Brien a été rendue. J'ai donc continué de faire le suivi des ordonnances de prélèvement génétique. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 184.]

[27] Il est vrai que l'avocate de la défense ne s'est pas opposée à ce témoignage. Le juge du procès n'est pas non plus intervenu et n'a exprimé aucune réserve relativement à l'irrégularité du témoignage (ni même indiqué qu'il en était conscient). Les juges majoritaires et le juge dissident de la Cour d'appel ont néanmoins tous conclu que la preuve de mauvaise moralité était totalement inadmissible et que, pour cette raison, le procès était inéquitable. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 139 :

On mentionne souvent que le « préjudice » dans ce contexte n'est pas le risque de déclaration de culpabilité. Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l'inférence de culpabilité à partir d'une prédisposition ou propension *générale*. La preuve, si on y ajoute foi, démontre que l'accusé a des tendances déshonorantes. En définitive, le verdict peut être fondé sur un préjudice plutôt que sur une preuve, compromettant ainsi la présomption d'innocence consacrée à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La preuve de propension au crime a pour objet de predisposer le juge des faits à croire plus facilement à la culpabilité de l'accusé qu'il n'y croirait autrement. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Beveridge a signalé qu'en l'espèce cette preuve n'avait pas été utilisée [TRADUCTION] « simplement par inadvertance » (par. 68).

#### B. La preuve d'identification

[28] L'identification de l'intimé comme étant le voleur reposait sur deux éléments.

##### (1) La voiture rouge

[29] À peu près au moment du vol qualifié, un témoin a aperçu une voiture rouge quitter le secteur

be implicated in a string of similar incidents in the same area around the same time.

### C. *The Curative Proviso*

[32] Section 686(1)(b)(iii) permits an appellate court to uphold a conviction despite error of law committed by the trial judge where that error has not led to a substantial wrong or miscarriage of justice. The error of law in this case was the admission of the evidence portraying the respondent as a career criminal — exactly the sort of person one might expect robbed this convenience store.

[33] The “curative proviso” is to be applied only in those cases where the outcome of the trial, irrespective of the error, would necessarily have been the same (*Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739). The onus of establishing that this high standard is met is on the Crown: *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716.

[34] The curative proviso may be applied, according to its modern interpretation, where the Crown can establish on a balance of probabilities that the legal error is harmless, in the sense that no prejudice has resulted, or that, despite any prejudice caused by the trial judge’s error of law, the evidence against the accused is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict: *Khan*, at paras. 26-31; *Jolivet*, at paras. 48-54; *Van*, at paras. 34-36.

[35] In the application of the curative proviso on the facts of this case, I do not think that it is sufficient to rely on the trial judge’s silence on the issues of the inadmissible police evidence. Nor should the Court’s refusal of a new trial hang on the thread of the trial judge’s use of the word “entirely” which — it seems to me — just reflects the fact that there was no other identification evidence before him. If

collectivité, mais à un criminel endurci connu pour avoir participé à une série d’incidents semblables survenus dans le même secteur à peu près au même moment.

### C. *La disposition réparatrice*

[32] Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) autorise une cour d’appel à confirmer une déclaration de culpabilité en dépit d’une erreur de droit du juge du procès si cette erreur n’a pas causé un tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave. L’erreur de droit en l’espèce réside dans l’admission du témoignage dépeignant l’intimé comme un criminel endurci — exactement le type de personne qui aurait vraisemblablement perpétré un vol qualifié dans le dépanneur en question.

[33] La « disposition réparatrice » ne doit être appliquée que dans les cas où l’issue du procès aurait été forcément la même, sans égard à l’erreur commise (*Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739). C’est au ministère public qu’il incombe de satisfaire à cette norme élevée : *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716.

[34] La disposition réparatrice, telle qu’elle est interprétée aujourd’hui, trouve application lorsque le ministère public peut établir selon la prépondérance des probabilités que l’erreur de droit est inoffensive, en ce sens qu’elle n’a causé aucun préjudice, ou que, peu importe le préjudice causé par l’erreur de droit du juge du procès, la preuve contre l’accusé est à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité : *Khan*, par. 26-31; *Jolivet*, par. 48-54; *Van*, par. 34-36.

[35] En ce qui concerne l’application de la disposition réparatrice dans les circonstances, je ne crois pas qu’il soit suffisant d’invoquer le silence du juge du procès sur les questions concernant la preuve inadmissible fournie par la police. Le refus de la Cour d’ordonner un nouveau procès ne devrait pas non plus ne tenir qu’à un fil, soit l’emploi par le juge du procès du mot « entièrement » qui — à

where the mask and other items were subsequently found. The respondent's former girlfriend testified that she owned a red car to which, during the relationship, the respondent had "access". She did not say the relationship was continuing as of the date of the robbery or that he had continuing access. The witness was shown pictures of the former girlfriend's car, but did not identify this car as the one she saw, or provide any identifying features about it except that the car she saw was red. She could not even say whether the car in the photo was the same or close to the same colour of red. The trial judge correctly concluded that the "red car" evidence was essentially unhelpful.

## (2) The DNA Evidence

[30] A forensic expert recovered DNA from the two abandoned face masks and testified that in the case of one of the masks, the DNA matched that of the respondent. Evidence of a "match" does not, of course, prove guilt of the offence. The Crown acknowledged that the DNA evidence in this case was the equivalent to that of a fingerprint in the sense that it established that *at some point in time* the respondent had handled or even worn the mask. It did not, without more, establish that the respondent was the masked robber on October 11, 2004.

[31] The trial judge said that he relied "entirely" on the DNA evidence to link the respondent to the mask, which the trial judge concluded (on other evidence) was the mask used in the robbery. However, an inferential leap must still be made from a finding that the respondent once came into contact with the mask to a finding that he actually donned the mask to commit the robbery. DNA evidence alone does little to bridge this analytical gap — unless one was also given the information from Sgt. Blakeney that it is not just *any* random member of the community whose DNA has been found on the mask, but the DNA of a career criminal who was known to

où le masque et d'autres objets ont été retrouvés par la suite. L'ancienne petite amie de l'intimé a témoigné qu'elle était propriétaire d'une voiture rouge à laquelle l'intimé avait « accès » durant leur relation. Elle n'a pas dit que leur relation se poursuivait à la date du vol qualifié ni que l'intimé avait toujours accès à sa voiture. On a montré au témoin des photos de la voiture de l'ancienne petite amie, mais le témoin n'a pas affirmé qu'il s'agissait de la voiture qu'il avait vue, ni fourni aucun détail caractéristique de la voiture, à l'exception de sa couleur rouge. Le témoin n'était même pas en mesure de dire si la voiture sur la photo avait la même teinte de rouge ou une teinte semblable à celle de la voiture qu'il avait aperçue. Le juge du procès a conclu à bon droit que la preuve relative à la « voiture rouge » était foncièrement inutile.

## (2) La preuve génétique

[30] Un expert en criminalistique a prélevé des échantillons d'ADN sur les deux masques abandonnés et a témoigné que l'ADN sur l'un de ces masques correspondait à celui de l'intimé. Il va de soi que la preuve d'une « correspondance » n'établit pas la culpabilité pour l'infraction. Le ministère public a admis que la preuve génétique en l'espèce équivalait à une preuve d'empreinte digitale, en ce sens qu'elle démontrait que l'intimé avait manipulé, ou même porté le masque, *à un moment donné*. Cette preuve n'établissait pas, à elle seule, que l'intimé était le voleur masqué du 11 octobre 2004.

[31] Le juge du procès a dit s'être fondé [TRADUCTION] « entièrement » sur la preuve génétique pour faire le lien entre l'intimé et le masque qui, d'après le juge du procès (sur la foi d'autres éléments de preuve), était celui qui avait été utilisé lors du vol qualifié. Il subsiste cependant un écart inférentiel entre conclure que l'intimé a déjà touché le masque et conclure qu'il l'a bel et bien porté pour commettre le vol qualifié. La preuve génétique à elle seule ne permet guère de combler cet écart inférentiel — à moins que l'on apprenne aussi du sergent Blakeney que l'ADN prélevé sur le masque appartenait non pas à *n'importe quel* membre de la

Fingerprint evidence will almost always afford cogent evidence that the person whose fingerprint is left on the object touched that object. However, the ability of the fingerprint evidence to connect an accused to the crime charged will depend on whether there is other evidence capable of establishing that the accused touched the object at the relevant time and place so as to connect the accused to the crime. [Emphasis added; para. 19.]

See also *R. v. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258. In *R. v. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII), by contrast, *Mars* was distinguished on the basis that there was “other evidence” linking the accused to the crime (para. 17).

[40] In the court below, Beveridge J.A. noted: “The Crown here concedes that the fact DNA was found on the blue/black mask does not, on its own, establish the . . . culpability [of the accused]” (para. 24).

The presence of the appellant’s DNA on the mask is equivalent to a fingerprint. The Crown’s expert testified that only small amounts of DNA are sufficient, and can be present for years. In addition, the thrust of the Crown’s expert evidence was that DNA can be transferred or deposited by handling. [para. 25]

[41] In these circumstances, I do not agree with Abella J. that admission of the evidence blackening the character of the respondent was harmless. The failure of the trial judge’s reasons to address the problematic police evidence is a deficiency that cannot simply be brushed off by reference to his use of the word “entirely”. The Crown argues that trial judges are presumed to know the law. However, the argument that *important* deficiencies in trial reasons can be excused on the basis that trial judges are presumed to know the law was rejected as a general one-size-fits-all excuse in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, and should be rejected here as well.

[TRADUCTION] Les empreintes digitales fournissent presque toujours une preuve convaincante que la personne ayant laissé ses empreintes digitales sur un objet a touché cet objet. Cependant, la capacité des empreintes digitales d’établir un rapport entre l’accusé et le crime qu’on lui reproche est fonction de l’existence ou de l’absence d’autres éléments de preuve susceptibles d’établir que l’accusé a touché l’objet au moment et à l’endroit en cause et de faire ainsi le lien entre l’accusé et le crime. [Je souligne; par. 19.]

Voir aussi *R. c. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258. En revanche, dans *R. c. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII), la Cour d’appel a fait une distinction d’avec *Mars* parce qu’il *existait* [TRADUCTION] « d’autres éléments de preuve » reliant l’accusé au crime (par. 17).

[40] En Cour d’appel, le juge Beveridge a souligné : [TRADUCTION] « Le ministère public admet en l’espèce que l’ADN prélevé sur le masque bleu et noir n’établit pas, à lui seul, la culpabilité [de l’accusé] » (par. 24).

[TRADUCTION] L’empreinte génétique de l’appellant sur le masque est assimilable à une empreinte digitale. L’expert du ministère public a affirmé qu’une petite quantité d’ADN suffit et peut subsister durant des années. De plus, la preuve d’expert du ministère public montre essentiellement que l’ADN peut être déplacé ou laissé par manipulation. [par. 25]

[41] Dans les circonstances, je ne partage pas l’opinion de la juge Abella que l’admission de la preuve ternissant la réputation de l’intimé était inoffensive. L’omission du juge du procès de traiter, dans ses motifs, de la preuve problématique fournie par la police constitue une lacune qu’on ne saurait oblitérer simplement en soulignant l’emploi du mot « entièrement » par le juge. Le ministère public fait valoir que les juges de première instance sont présumés connaître le droit. Toutefois, dans l’arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, la Cour a rejeté, comme excuse universelle, l’argument voulant que des lacunes *importantes* dans les motifs du juge du procès puissent être ignorées parce qu’il est présumé connaître le droit. Elle devrait à nouveau la rejeter en l’espèce.

he had intended by the word “entirely” to distance himself from the inadmissible propensity evidence, I expect he would have said so.

[36] My concern does not “impute” flawed reasoning to the trial judge on the basis of “speculative imagination” (reasons of Abella J., at paras. 16-17). Rather, it reflects the general principle that the *Crown*, not the defence, bears the burden of showing that the improper evidence was “harmless”. In my respectful view, Abella J.’s reasoning is tantamount to reversing the Crown’s burden of proof.

[37] The respondent argues that the evidence of bad character was prejudicial because it predisposed the trial judge to uncritical acceptance of the DNA evidence. The submission on his behalf was that “[t]he impact of DNA evidence found on the Halloween mask could have been dangerously inadvertently exaggerated by the judicial knowledge of Mr. O’Brien’s ‘proclivities’” (R.F., at para. 28).

[38] The Crown’s response is that the trial judge was not affected by the evidence of bad character because he didn’t mention it in his reasons. However, as noted by Beveridge J.A., the trial judge gave no indication that he was even aware of the problem — either when the evidence was being adduced or in his reasons for judgment.

D. *Was the Wrongful Admission of the Evidence of Bad Character “Harmless”?*

[39] In this case, the majority in the Court of Appeal declined to apply the curative proviso in part because there was no other evidence linking the respondent to the crime. Reference was made to *R. v. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376 (Ont. C.A.), where Doherty J.A., dealing with fingerprint evidence, wrote:

mon sens — indique uniquement qu’il ne disposait d’aucune autre preuve d’identification. Si le juge du procès avait employé ce mot dans l’intention de se distancier de la preuve inadmissible de propension au crime, je pense qu’il l’aurait précisé.

[36] Mes réserves ne procèdent pas d’une « imagination conjecturale » m’amenant à « inférer » que le raisonnement du juge du procès est déficient (motifs de la juge Abella, par. 16-17). Elles relèvent plutôt du principe général selon lequel c’est au *ministère public*, et non à la défense, de démontrer que la preuve irrégulière était « inoffensive ». Soit dit en toute déférence, le raisonnement de la juge Abella inverse en quelque sorte le fardeau de la preuve qui incombe au ministère public.

[37] Selon l’intimé, la preuve de mauvaise moralité lui a porté préjudice en prédisposant le juge du procès à accepter la preuve génétique sans exercer son sens critique. On a fait valoir en son nom que [TRADUCTION] « la connaissance judiciaire des “tendances” de M. O’Brien aurait pu exagérer dangereusement, par inadvertance, l’incidence de la preuve génétique recueillie sur le masque d’Halloween » (m.i., par. 28).

[38] Le ministère public répond que la preuve de mauvaise moralité n’a pas influencé le juge du procès, puisqu’il n’en a pas fait mention dans ses motifs. Cependant, comme l’a souligné le juge Beveridge, le juge du procès n’a jamais donné la moindre indication qu’il était même conscient du problème — que ce soit au moment de la présentation de la preuve ou dans ses motifs de jugement.

D. *L’admission irrégulière de la preuve de mauvaise moralité était-elle « inoffensive »?*

[39] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont refusé en l’espèce d’appliquer la disposition réparatrice, notamment parce qu’aucun autre élément de preuve ne reliait l’intimé au crime. Ils ont cité les propos suivants tenus par le juge Doherty, dans *R. c. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376 (C.A. Ont.), au sujet des empreintes digitales :

E. *The Crown's Reliance on the Leaney Case*

[42] The Crown invokes *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393. In that case, inadmissible opinion evidence was received from police officers but the curative proviso was nevertheless applied, *per* McLachlin J., at p. 415:

Given the trial judge's clear statement that he arrived at his conclusion as to identify independently of the evidence of the police officers, their evidence assumes the character of mere surplusage, which does not vitiate the judge's conclusion that Leaney was one of persons shown on the video screen. [Emphasis added.]

In my view, there is a significant difference between appellate tolerance of inadmissible opinion evidence in circumstances where the trial judge found that the opinion evidence was *unnecessary* to enable him to appreciate what he could see with his own eyes on a video (and the inadmissible opinions thus characterized as "mere surplusage") and *prejudicial* evidence of bad character. The content of the officers' testimony in *Leaney* was itself unobjectionable. The problem was that it was not their place to utter it. Here, in contrast, it is the information itself, and not just its source, that is objectionable.

[43] In my view, the Crown should not have the benefit of the curative proviso because the trial judge's reasons demonstrated no awareness of the problem of the police testimony. The situation, and thus the outcome, was different in *R. v. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341, where Conrad J.A. held:

We are troubled by the prosecutor's persistent line of questions relating to bad character but, in the end, we are satisfied that no miscarriage of justice resulted from the introduction of this character evidence. This was not a jury case. During the course of the trial, the trial judge made it clear that he understood that bad character was not admissible where character had not been placed in issue. [Emphasis added; para. 13.]

E. *Utilisation de l'arrêt Leaney par le ministère public*

[42] Le ministère public s'appuie sur *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393. Dans cette affaire, le juge du procès avait reçu les témoignages d'opinion inadmissibles de policiers, mais la disposition réparatrice avait tout de même été appliquée (la juge McLachlin, p. 415) :

En raison de l'affirmation catégorique du juge du procès qu'il est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire qui n'infirme pas la conclusion du juge que Leaney est l'une des personnes apparaissant à l'écran. [Je souligne.]

À mon avis, il y a une grande différence entre, d'une part, la tolérance d'une cour d'appel à l'égard d'un témoignage d'opinion inadmissible lorsque le juge du procès a estimé qu'il *n'avait pas besoin* de ce témoignage d'opinion pour constater ce qu'il pouvait voir lui-même à l'écran (témoignage d'opinion inadmissible qui a été qualifié de « purement superfétatoire ») et, d'autre part, la preuve *préjudiciable* de mauvaise moralité. La teneur des témoignages des policiers dans *Leaney* ne posait pas problème en soi. Le problème était qu'il ne leur appartenait pas de donner pareil témoignage. En l'espèce, par contre, c'est l'information elle-même, et non seulement sa source, qui pose problème.

[43] J'estime que le ministère public ne devrait pas pouvoir recourir à la disposition réparatrice, parce que le juge du procès n'a pas montré dans ses motifs qu'il était conscient du problème que posait le témoignage de la police. La situation et, par conséquent, l'issue de l'instance étaient différentes dans *R. c. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341, où le juge Conrad a affirmé :

[TRADUCTION] Les questions persistantes du pour-suivant sur la mauvaise moralité nous troublent, mais en définitive nous sommes convaincus que la présentation de cette preuve de moralité n'a entraîné aucune erreur judiciaire. Il ne s'agissait pas d'un procès devant jury. Au cours du procès, le juge a clairement indiqué savoir que la preuve de mauvaise moralité était inadmissible lorsque la moralité n'a pas été mise en cause. [Je souligne; par. 13.]



No such understanding is evident in the trial reasons in this case.

[44] In these circumstances, I do not believe that the trial judge's error of law can be dismissed as "harmless", and, unless we can make an affirmative finding to that effect, the respondent is entitled to a new trial.

#### F. *The Evidence of Guilt Was Not Overwhelming*

[45] The curative proviso may also be applied when, despite an error of law that is not harmless, the case against an accused is so overwhelming that a guilty verdict would be the only reasonable outcome of a new trial.

[46] In the Court of Appeal, the Crown did not even argue that its case was so strong that a trier of fact would inevitably convict. Nor did the dissenting judge make any such suggestion. In my view, these concessions were correct.

[47] It is an exceptional thing to deny an accused the new trial to which he is otherwise entitled because of an appellate court's conjecture that the error was "harmless" or that any reasonable trier of fact, properly instructed, would simply find the evidence of guilt to be overwhelming.

[48] On this point, the majority of our Court stated in *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, *per* Deschamps J., at para. 82, that the burden on the Crown seeking to invoke the curative proviso "is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case 'beyond a reasonable doubt' at trial".

The standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case "beyond a reasonable doubt" at trial. This higher standard reflects the fact that it is

En l'espèce, il ne ressort pas des motifs du juge du procès qu'il en était conscient.

[44] Dans ces circonstances, je ne crois pas qu'il soit possible de traiter comme « inoffensive » l'erreur de droit commise par le juge du procès et, à moins que nous soyons en mesure de conclure formellement le contraire, l'intimé a droit à un nouveau procès.

#### F. *La preuve de culpabilité n'était pas accablante*

[45] La disposition réparatrice peut aussi s'appliquer dans les cas où, malgré l'existence d'une erreur de droit qui n'est pas inoffensive, la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'un verdict de culpabilité est la seule issue sur laquelle pourrait raisonnablement déboucher un nouveau procès.

[46] En Cour d'appel, le ministère public n'a même pas fait valoir que sa preuve était convaincante à un point tel que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité. Le juge dissident ne l'a pas laissé entendre non plus. Selon moi, ces concessions ont été faites à juste titre.

[47] Il est exceptionnel que l'on refuse à un accusé le nouveau procès auquel il aurait par ailleurs droit parce que la juridiction d'appel émet l'hypothèse que l'erreur était « inoffensive » ou qu'un juge des faits raisonnable, bien informé, considérerait simplement que la preuve de culpabilité est accablante.

[48] S'exprimant à cet égard au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, au par. 82, la juge Deschamps a mentionné que le fardeau dont doit s'acquitter le ministère public lorsqu'il invoque la disposition réparatrice « est beaucoup plus élevé que [celui] voulant qu'[il] prouve ses allégations "hors de tout doute raisonnable" lors du procès ».

La norme que la juridiction d'appel doit utiliser, savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations « hors de tout doute raisonnable » lors

difficult for an appellate court . . . to consider retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome. [Emphasis added; para. 82.]

In my view, the Crown cannot establish that its case against the respondent was “overwhelming”.

## II. Disposition

[49] I agree with the majority opinion in the court below that the curative proviso has no application, and accordingly I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Nova Scotia Legal Aid, Amherst.*

du procès. Cette norme plus élevée tient compte du fait qu'il est difficile pour une juridiction d'appel [. . .] de déterminer rétroactivement quel effet, par exemple, l'exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l'issue du procès. [Je souligne; par. 82.]

À mon avis, le ministère public ne peut établir que sa preuve contre l'intimé était « accablante ».

## II. Dispositif

[49] Comme je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel que la disposition réparatrice ne trouve pas application en l'espèce, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges BINNIE et LEBEL sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureur de l'intimé : Nova Scotia Legal Aid, Amherst.*

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina  
Jatuff de Altamirano, Nedzad Dzhic,  
Rania El-Murr, Oleg Grankin, Raymond  
Hince, Homa Vossoughi and Hamid  
Zebaradami** *Respondents*

- and between -

**Attorney General of Ontario** *Appellant*

v.

**Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina  
Jatuff de Altamirano, Nedzad Dzhic,  
Rania El-Murr, Oleg Grankin, Raymond  
Hince, Homa Vossoughi and Hamid  
Zebaradami** *Respondents*

and

**South Asian Legal Clinic of Ontario,  
Canadian Council for Refugees, Metropolitan  
Action Committee on Violence against  
Women and Children and Canadian Civil  
Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.  
MAVI

2011 SCC 30

File No.: 33520.

2010: December 9; 2011: June 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Immigration — Sponsorship — Family class — Spon-  
sors signing undertakings promising to provide for spon-  
sored relative's essential needs and ensuring that relative*

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina  
Jatuff de Altamirano, Nedzad Dzhic,  
Rania El-Murr, Oleg Grankin, Raymond  
Hince, Homa Vossoughi et Hamid  
Zebaradami** *Intimés*

- et entre -

**Procureur général de l'Ontario** *Appelant*

c.

**Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina  
Jatuff de Altamirano, Nedzad Dzhic,  
Rania El-Murr, Oleg Grankin, Raymond  
Hince, Homa Vossoughi et Hamid  
Zebaradami** *Intimés*

et

**South Asian Legal Clinic of Ontario, Conseil  
canadien pour les réfugiés, Metropolitan  
Action Committee on Violence against  
Women and Children et Association cana-  
dienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTOIRÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.  
MAVI

2011 CSC 30

N<sup>o</sup> du greffe : 33520.

2010 : 9 décembre; 2011 : 10 juin.

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

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

*Immigration — Parrainage — Catégorie du regroupement familial — Répondants ayant signé des engagements à l'effet de subvenir aux besoins essentiels des*

*would not require social assistance during sponsorship period — Legislation providing that social assistance paid to relative during sponsorship period constitutes debt that “may be recovered” either by federal or provincial government — Ontario seeking repayment of debts — Sponsors seeking declaration discharging them from debt — Whether Immigration and Refugee Protection Act provides discretion to enforce sponsorship debt — Whether Ontario debt recovery policy improperly fettering exercise of statutory discretion — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 145 — Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 132.*

*Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Doctrine of legitimate expectations — Debt enforcement — Sponsors signing undertakings promising to provide for sponsored relative’s essential needs and ensuring that relative would not require social assistance during sponsorship period — Legislation providing that social assistance paid to relative during sponsorship period constitutes debt that “may be recovered” either by federal or provincial government — Ontario seeking repayment of debts under policy incorporating significant procedural protections in terms of sponsorship undertakings — Sponsors seeking declaration discharging them from debt — Whether duty of procedural fairness applied to enforcement of debt — Whether legitimate expectations created by terms of undertaking were enforceable and satisfied.*

Since 1978, Canada has allowed Canadian citizens or permanent residents to sponsor their relatives to immigrate to Canada. If such persons after arriving in Canada obtain social assistance (contrary to their sponsor’s undertaking of support), the sponsor is deemed to have defaulted on the undertaking and either the provincial or federal government may recover from the sponsor the cost of providing social assistance. The present proceedings were initiated by eight sponsors whose relatives received social assistance and are therefore deemed to have defaulted on their undertakings. The sponsors deny liability under the undertakings and seek various declarations the result of which, if

*personnes parrainées et de veiller à ce que ces dernières ne recourent pas à l’assistance sociale pendant la durée du parrainage — Dispositions législatives disposant que les prestations d’assistance sociale versées au parent pendant cette période constituent une créance que « peut recouvrer » l’administration fédérale ou provinciale — Mesures de recouvrement des créances prises par l’Ontario — Demandes de jugements déclarant que les répondants sont libérés de leur obligation de rembourser les sommes dues — La Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés confère-t-elle le pouvoir discrétionnaire de recouvrer ou non la somme due par le répondant? — La politique ontarienne de recouvrement des créances entrave-t-elle indûment l’exercice du pouvoir discrétionnaire légal? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 145 — Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 132.*

*Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Théorie de l’attente légitime — Recouvrement de créances — Répondants ayant signé des engagements à l’effet de subvenir aux besoins essentiels des personnes parrainées et de veiller à ce que ces dernières ne recourent pas à l’assistance sociale pendant la durée du parrainage — Dispositions législatives disposant que les prestations d’assistance sociale versées au parent pendant cette période constituent une créance que « peut recouvrer » l’administration fédérale ou provinciale — Mesures de recouvrement des créances prises par l’Ontario en application d’une politique intégrant d’importantes garanties procédurales au libellé de l’engagement du répondant — Demandes de jugements déclarant que les répondants sont libérés de leur obligation de rembourser les sommes dues — L’obligation d’équité procédurale s’applique-t-elle au recouvrement des créances? — Les attentes légitimes créées par le libellé des engagements sont-elles susceptibles d’exécution et y a-t-on répondu?*

Depuis 1978, citoyens et résidents permanents canadiens peuvent parrainer les membres de leur famille qui sont désireux d’immigrer au Canada. Lorsqu’un parent ainsi parrainé a recours à l’assistance sociale malgré l’engagement du répondant de subvenir à ses besoins, ce dernier est réputé manquer à ses obligations, et l’administration provinciale ou fédérale peut lui réclamer le coût supporté par l’État. Les instances à l’origine du pourvoi ont été engagées par huit répondants réputés avoir manqué à leur engagement du fait que la personne parrainée a bénéficié d’assistance sociale. Les répondants nient toute responsabilité résultant des engagements et demandent divers jugements déclaratoires les

granted, would be to avoid payment, either temporarily or permanently. The sponsors contend that s. 145(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”) which states that an amount that a sponsor is required to pay under the terms of an undertaking “may be recovered” indicates the existence of a Crown discretion to collect or not to collect the debt. The applications judge concluded that the government was not vested with a discretion to consider on a case-by-case basis whether or not to enforce the debt. The government’s duty is to collect and the legislation does not impose any duty of fairness towards sponsors in default. The Court of Appeal allowed the appeal and held that the word “may” in the legislation indicates some degree of discretion on the part of the government. Furthermore, the province had improperly fettered or abused the exercise of its discretion because its policy prohibited a settlement for less than the full amount of the debt which is an option expressly contemplated by the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. It was also held that the governments do owe a duty of procedural fairness to the sponsors.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

Parliament’s legislation manifests an unambiguous intent to require the full sponsorship debt to be paid if and when the sponsor is in a position to do so, even incrementally over many years pursuant to an agreement under the Regulations. In dealing with defaulting sponsors, the government must however act fairly having regard to their financial means to pay and the existence of circumstances that would militate against enforcement of immediate payment. In the exercise of this discretion, which Parliament has made clear is narrow in scope, the Crown is bound by a duty of procedural fairness. Nevertheless the content of the duty of fairness in these circumstances is less ample than was contemplated in the decision of the Court of Appeal and, contrary to its opinion, the requirements of procedural fairness were met in the cases of the eight respondent sponsors.

The undertakings are valid contracts but they are also structured, controlled and supplemented by federal legislation. The debts created thereby are not only contractual but statutory, and as such their enforcement is not exclusively governed by the private law of contract.

The doctrine of procedural fairness has been a fundamental component of Canadian administrative law for over 30 years. As a general common law principle, it applies to every public authority making

soustrayant temporairement ou à jamais à leur obligation de remboursement. Ils soutiennent que le par. 145(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR »), qui dispose que Sa Majesté « peut recouvrer » le montant que le répondant s’est engagé à payer au titre d’un engagement, investit le créancier du pouvoir discrétionnaire de recouvrer ou non la créance. La juge des requêtes a conclu que le gouvernement n’était pas investi du pouvoir discrétionnaire d’apprécier dans chaque cas l’opportunité de recouvrer ou non la créance, que son obligation consistait à recouvrer les sommes dues et qu’il n’était pas légalement tenu de faire preuve d’équité envers les répondants en défaut. La Cour d’appel a accueilli l’appel et conclu que l’emploi du verbe « pouvoir » par le législateur indiquait que l’administration jouissait d’un certain pouvoir discrétionnaire. En outre, la province avait indûment abusé de son pouvoir discrétionnaire ou entravé son exercice parce que sa politique écartait tout accord de paiement partiel de la créance, une possibilité pourtant expressément prévue par le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Elle a de plus estimé que les administrations avaient une obligation d’équité procédurale vis-à-vis des répondants.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie.

Il ressort de la loi que l’intention non équivoque du législateur est de recouvrer intégralement la somme due lorsque le répondant est en mesure de la rembourser, même par versements échelonnés sur plusieurs années suivant un accord conclu en application du Règlement. Cependant, le gouvernement doit traiter équitablement le répondant en défaut au regard de sa capacité financière et de toute situation qui milite contre le recouvrement immédiat. Dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, dont le législateur limite clairement la portée, il incombe à la Couronne de respecter l’équité procédurale. Or, dans ce contexte, l’étendue de l’obligation d’équité est moindre que celle envisagée par la Cour d’appel dans ses motifs et, contrairement à l’opinion exprimée par cette dernière, les exigences d’équité procédurale ont été respectées quant aux huit répondants intimés.

L’engagement constitue un contrat valide mais, par ailleurs, des dispositions législatives fédérales déterminent sa forme, le régissent et le complètent. La dette qui en résulte n’est pas seulement contractuelle, mais aussi légale, de sorte que son recouvrement n’est pas uniquement assujéti au droit contractuel privé.

Depuis plus de trente ans, l’équité procédurale est une composante fondamentale du droit administratif canadien. À titre de principe général de common law, une obligation de respecter l’équité dans la procédure incombe

an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges, or interests of an individual (subject of course to clear statutory language or necessary implication to the contrary). *Dunsmuir* does not detract from the general duty of fairness owed by administrative decision makers. Rather it acknowledged that in the specific context of the contract of employment at issue in the circumstances of that case dismissal was governed by contract law rather than public law. Here, in contrast, the terms of sponsorship are dictated and controlled by public law. The undertaking is required by statute. While there are some contractual aspects, it is the statutory framework that closely governs the rights and obligations of the parties and opens the door to the requirements of procedural fairness.

Section 132 of the Regulations obligates a sponsor to reimburse the Crown in right of Canada or a province for the cost of every benefit provided as social assistance to the sponsored family member during the term of the undertaking. The undertakings set out the obligations of the sponsor, the duration of the undertaking and the consequences of the default. They are binding notwithstanding any change in the sponsor's personal circumstances.

On a proper interpretation of the governing legislation, the Crown does have a limited discretion to delay enforcement action having regard to the sponsor's circumstances and to enter into agreements respecting terms of payment, but this discretion does not extend to the forgiveness of the statutory debt. Debt collection without any discretion would not advance the purposes of the *IRPA*. It would hardly promote "successful integration" to require individuals to remain in abusive relationships. Nor would the attempted enforcement of a debt against individuals without any means to pay further the interest of "Canadian society". Excessively harsh treatment of defaulting sponsors may risk discouraging others from bringing their relatives to Canada, which would undermine the policy of promoting family reunification.

Once the duty of procedural fairness has been found to exist, the particular legislative and administrative context is crucial to determining its content. It is clear from the legislative history of the *IRPA* that over the years Parliament has become increasingly concerned about the shift to the public treasury of a significant portion of the cost of supporting sponsored relatives. Family reunification is based on the essential condition that in exchange for admission to this country the needs of the immigrant will be looked after by the sponsor,

à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne (sauf, évidemment, disposition législative claire ou déduction nécessaire écartant son application). L'arrêt *Dunsmuir* n'affaiblit pas l'obligation générale faite aux décideurs administratifs d'agir avec équité. Il reconnaît plutôt que dans le contexte particulier du contrat d'emploi en cause dans cette affaire, le renvoi ressortissait au droit contractuel, et non au droit public. Or, dans le présent dossier, le droit public fixe et régit les conditions du parrainage. L'engagement du répondant procède d'une exigence légale. Même s'il présente des aspects contractuels, le cadre légal régit de près les droits et les obligations des parties et ouvre la voie à l'application de l'équité procédurale.

Suivant l'art. 132 du Règlement, le répondant est tenu de rembourser à Sa Majesté du chef du Canada ou de la province en cause les sommes versées au parent parrainé pendant la durée de l'engagement à titre de prestations d'assistance sociale. L'engagement prévoit les obligations du répondant, sa période de validité et les conséquences de son non-respect. Il précise en outre qu'il demeure opposable au répondant indépendamment de la modification de sa situation personnelle.

Correctement interprétées, les dispositions législatives applicables confèrent à la Couronne un certain pouvoir discrétionnaire de reporter les mesures de recouvrement eu égard à la situation du répondant et de conclure un accord relatif aux modalités de remboursement, mais ce pouvoir ne lui permet pas de renoncer à la créance légale. Recouvrer les créances sans exercer quelque pouvoir discrétionnaire ne sert pas les fins de la *LIPR*. Aussi, ce n'est guère favoriser l'« intégration » d'une personne que de l'empêcher de se soustraire à une situation de violence. Il n'est pas non plus dans l'intérêt de la « société canadienne » de prendre des mesures pour recouvrer une créance auprès d'un débiteur qui n'a pas les moyens de rembourser la somme due. Une trop grande intransigeance vis-à-vis des répondants en défaut risque de décourager le parrainage au Canada et de compromettre ainsi la réunification des familles.

Une fois l'obligation d'équité procédurale établie, le contexte législatif et administratif en cause est fondamental à sa définition. L'historique de la *LIPR* révèle qu'au fil des ans, le législateur est devenu de plus en plus préoccupé du transfert au trésor public d'une partie importante des frais de subsistance des immigrants parrainés. La réunification des familles a pour assise la condition essentielle que c'est le répondant, et non l'État qui, en contrepartie de l'admission au pays de l'immigrant parrainé, satisfait aux besoins de ce dernier. Le

not by the public purse. Sponsors undertake these obligations in writing. They understand or ought to understand from the outset that default may have serious financial consequences for them. Here, the nature of the decision is final and specific in nature. It may result in the filing of a ministerial certificate in the Federal Court which is enforceable as if it were a judgment of that court. The *IRPA* does not provide a mechanism for sponsors to appeal the enforcement decision. This absence of other remedies militates in favour of a duty of fairness at the time of the enforcement decision. The effect of the decision on the sponsors is significant as sponsorship debts can be very large and accumulate quickly.

The content of the duty of procedural fairness in these cases is fairly minimal. It does not require an elaborate adjudicative process but it does oblige the Crown, prior to filing a certificate of debt with the Federal Court, (i) to notify a sponsor at his or her last known address of its claim; (ii) to afford the sponsor an opportunity within limited time to explain in writing his or her relevant personal and financial circumstances that are said to militate against immediate collection; (iii) to consider any relevant circumstances brought to its attention keeping in mind that the undertakings were the essential conditions precedent to allowing the sponsored immigrant to enter Canada in the first place; and (iv) to notify the sponsor of the government's decision. It is a purely administrative process and is a matter of debt collection. There is no obligation on the government decision maker to give reasons. The existence of the debt is reason enough to proceed.

Ontario did not improperly fetter its exercise of statutory discretion in adopting its current policy. Its terms are consistent with the requirements of the statutory regime and met the legitimate procedural expectations of the sponsors created by the text of their respective undertakings. Ontario's policy seeks to balance the interests of promoting immigration and family reunification on the one hand, and preventing abuse of the sponsorship scheme on the other. There is no evidence that the limited procedural protections afforded by Ontario have in any way undermined or frustrated the debt collection objective or resulted in unfairness to family sponsors.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **discussed:** *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; **referred to:** *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners*

répondant s'y engage par écrit. Il comprend dès le départ — ou il le devrait — que le non-respect de ses obligations l'expose à de graves conséquences financières. En l'espèce, la décision est de nature définitive et particulière. Elle peut déboucher sur le dépôt en Cour fédérale d'un certificat ministériel susceptible d'exécution comme s'il s'agissait d'un jugement de ce tribunal. La *LIPR* ne prévoit pas de mécanisme permettant au répondant d'en appeler de la décision de recouvrer la créance. L'absence de recours milite en faveur d'une obligation d'équité à l'étape de la décision d'entreprendre le recouvrement. Les répercussions de la décision sur le répondant sont importantes, car la somme qu'il doit peut être substantielle et augmenter rapidement.

L'obligation d'équité procédurale est somme toute minimale en l'espèce. Elle ne commande pas un processus décisionnel complexe, mais elle oblige l'État, préalablement au dépôt du certificat de créance à la Cour fédérale, (i) à donner au répondant un avis de sa réclamation à sa dernière adresse connue, (ii) à lui accorder un délai pour exposer par écrit les circonstances personnelles et financières qui militeraient contre le recouvrement immédiat de la créance, (iii) à tenir compte de tout élément pertinent qui lui est signalé en se rappelant que l'engagement du répondant était au départ la condition préalable essentielle à l'admission au Canada de l'immigrant parrainé et (iv) à informer le répondant de sa décision. La procédure est purement administrative, et il s'agit de recouvrer une créance. Le décideur administratif n'a nulle obligation de donner des motifs à l'appui de sa mesure. L'existence de la dette justifie à elle seule la mesure de recouvrement.

La politique actuelle de l'Ontario n'entrave pas indûment l'exercice de son pouvoir discrétionnaire légal. Les modalités que la province y établit sont compatibles avec les exigences du régime légal et répondent aux attentes légitimes sur le plan de la procédure que crée le libellé des engagements. La politique ontarienne vise à établir un équilibre entre la promotion de l'immigration et de la réunification des familles, d'une part, et la prévention de l'abus du régime de parrainage, d'autre part. Rien n'établit que les mesures minimales de protection procédurale prévues par l'Ontario ont de quelque manière compromis ou contrecarré l'objectif du recouvrement des créances ou fait en sorte que les répondants soient victimes d'iniquité.

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêt analysé :** *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; **arrêts mentionnés :** *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional*

of Police, [1979] 1 S.C.R. 311; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; *Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2006 FCA 190, [2007] 2 F.C.R. 475; *Canada v. Crosson* (1999), 169 F.T.R. 218; *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Greater Toronto Airports Authority v. International Lease Finance Corp.* (2004), 69 O.R. (3d) 1; *Ward-Price v. Mariners Haven Inc.* (2001), 57 O.R. (3d) 410; *Houde v. Quebec Catholic School Commission*, [1978] 1 S.C.R. 937; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539.

#### Statutes and Regulations Cited

*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 23.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 108(2), 114(1)(c), 115, 118(1), (2).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(2), 3, 12, 14(2), 145(2), (3), 146.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 132, 135.  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 5(2)(g) [ad. SOR/97-145, s. 3].  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11.

#### Authors Cited

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 July 2010).  
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.  
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 (Laskin, Simmons and Lang J.J.A.), 2009 ONCA 794, 98 O.R. (3d) 1, 313 D.L.R. (4th)

*Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2006 CAF 190, [2007] 2 R.C.F. 475; *Canada c. Crosson*, 1999 CanLII 8350; *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Greater Toronto Airports Authority c. International Lease Finance Corp.* (2004), 69 O.R. (3d) 1; *Ward-Price c. Mariners Haven Inc.* (2001), 57 O.R. (3d) 410; *Houde c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1978] 1 R.C.S. 937; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539.

#### Lois et règlements cités

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 11.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 108(2), 114(1)(c), 115, 118(1), (2).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(2), 3, 12, 14(2), 145(2), (3), 146.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 23.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 5(2)(g) [aj. DORS/97-145, art. 3].  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 132, 135.

#### Doctrine citée

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 July 2010).  
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.  
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 Laskin, Simmons et Lang), 2009 ONCA 794, 98 O.R. (3d) 1, 313 D.L.R. (4th)



137, 259 O.A.C. 33, 5 Admin. L.R. (5th) 184, 85 Imm. L.R. (3d) 1, [2009] O.J. No. 4792 (QL), 2009 CarswellOnt 6992, setting aside a decision of Wilson J., Superior Court of Justice, September 11, 2008, unreported. Appeal allowed in part.

*Urszula Kaczmarczyk and Christine Mohr*, for the appellant the Attorney General of Canada.

*Robert H. Ratcliffe, Sara Blake and Baaba Forson*, for the appellant the Attorney General of Ontario.

*Lucas E. Lung and Lisa Loader*, for the respondents Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina Jatuff de Altamirano, Oleg Grankin, Raymond Hince and Homa Vossoughi.

*Lorne Waldman and Jacqueline Swaisland*, for the respondent Nedzad Dzihic.

*Hugh M. Evans*, for the respondents Rania El-Murr and Hamid Zebaradami.

*Ranjan K. Agarwal and Daniel T. Holden*, for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario.

*Chantal Tie, Carole Simone Dahan and Aviva Basman*, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

*Geraldine Sadoway*, for the intervener the Metropolitan Action Committee on Violence against Women and Children.

*Guy Régimbald*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — Since 1978, Canada has allowed Canadian citizens or permanent residents to sponsor their relatives to immigrate to Canada. Family reunification was an important objective of the former *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, and remains so under the successor legislation enacted

137, 259 O.A.C. 33, 5 Admin. L.R. (5th) 184, 85 Imm. L.R. (3d) 1, [2009] O.J. No. 4792 (QL), 2009 CarswellOnt 6992, qui a infirmé un jugement de la juge Wilson de la Cour supérieure de justice, en date du 11 septembre 2008, non publié. Pourvoi accueilli en partie.

*Urszula Kaczmarczyk et Christine Mohr*, pour l'appelant le procureur général du Canada.

*Robert H. Ratcliffe, Sara Blake et Baaba Forson*, pour l'appelant le procureur général de l'Ontario.

*Lucas E. Lung et Lisa Loader*, pour les intimés Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina Jatuff de Altamirano, Oleg Grankin, Raymond Hince et Homa Vossoughi.

*Lorne Waldman et Jacqueline Swaisland*, pour l'intimé Nedzad Dzihic.

*Hugh M. Evans*, pour les intimés Rania El-Murr et Hamid Zebaradami.

*Ranjan K. Agarwal et Daniel T. Holden*, pour l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario.

*Chantal Tie, Carole Simone Dahan et Aviva Basman*, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

*Geraldine Sadoway*, pour l'intervenant Metropolitan Action Committee on Violence against Women and Children.

*Guy Régimbald*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Depuis 1978, citoyens et résidents permanents canadiens peuvent parrainer les membres de leur famille qui sont désireux d'immigrer au Canada. La réunification des familles était un objectif important de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, et elle

in 2001 as the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). Of the over 2 million permanent residents admitted to this country between 1997 and 2007, 615,000 (or 27%) are members of the family class. If such persons after arriving in Canada obtain social assistance (contrary to their sponsor’s undertaking of support), the sponsor is deemed to have defaulted and either the provincial or federal government may recover from the sponsor the cost of providing social assistance.

[2] The present proceedings were initiated by eight sponsors who denied liability under their undertakings. As will be explained, the undertakings are valid contracts but they are also structured, controlled and supplemented by federal legislation. The debts created thereby are not only contractual but statutory, and as such their enforcement is not exclusively governed by the private law of contract. The issue raised by this appeal is the extent to which, if at all, the government is constrained by considerations of procedural fairness in making enforcement decisions in relation to these statutory debts.

[3] The Attorney General of Canada argues (and the applications judge agreed) that the Crown is not required even to notify an allegedly defaulting sponsor of its claim prior to filing with the Federal Court a ministerial certificate of the alleged debt which becomes, automatically, enforceable as if it were a judgment of that court. He argues that the legislation imposes on the Crown a *duty* (not a discretion) to collect sponsorship debts in full. He denies that in carrying out this duty there is any obligation of procedural fairness.

[4] On a proper interpretation of the governing legislation, however, I believe the Crown *does* have a limited discretion in these collections. The discretion enables the governments to delay enforcement action having regard to the sponsor’s circumstances and to enter into agreements

le demeure sous le régime de la loi qui la remplace depuis 2001, la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Vingt-sept pour cent (615 000) des plus de deux millions de résidents permanents admis au pays de 1997 à 2007 l’ont été au titre du regroupement familial. Lorsqu’un parent ainsi parrainé a recours à l’assistance sociale malgré l’engagement du répondant de subvenir à ses besoins, ce dernier est réputé manquer à ses obligations, et l’administration provinciale ou fédérale peut lui réclamer le coût ainsi supporté par l’État.

[2] Les instances à l’origine du pourvoi ont été engagées par huit répondants qui niaient toute responsabilité résultant de leurs engagements. Comme je l’explique ci-après, l’engagement constitue un contrat valide mais, par ailleurs, des dispositions législatives fédérales déterminent sa forme, le régissent et le complètent. La dette qui en résulte n’est pas seulement contractuelle, mais aussi légale, de sorte que son recouvrement n’est pas uniquement assujéti au droit contractuel privé. Dans la présente affaire, la Cour doit décider si, lorsqu’il entreprend de recouvrer une telle créance légale, l’État doit respecter l’équité procédurale et, dans l’affirmative, dans quelle mesure il y est tenu.

[3] Le procureur général du Canada prétend — et la juge des requêtes lui donne raison — que la Couronne peut, sans même en informer au préalable le répondant qui serait en défaut, déposer à la Cour fédérale un certificat ministériel constatant la créance alléguée, lequel est alors immédiatement exécutoire comme s’il s’agissait d’un jugement de la cour. Il soutient que la Couronne a légalement l’obligation (et non le pouvoir discrétionnaire) de recouvrer intégralement la somme due par un répondant et il nie qu’elle soit tenue au respect de l’équité procédurale lorsqu’elle s’acquitte de cette obligation.

[4] J’estime toutefois que, correctement interprétées, les dispositions législatives applicables confèrent à la Couronne un certain pouvoir discrétionnaire dans le recouvrement d’une telle créance. Les administrations peuvent donc reporter les mesures de recouvrement eu égard à la situation du

respecting terms of payment, but not simply to forgive the statutory debt. On the evidence, Ontario has had in place a discretionary policy respecting the collection of family sponsorship debts for many years, both before and after the enactment of the *IRPA* in 2001.

[5] In the exercise of this discretion, which Parliament has made clear is narrow in scope, the Crown is bound by a duty of procedural fairness. The content of this duty is fairly minimal. The Crown is obliged prior to filing a certificate of debt with the Federal Court (i) to notify a sponsor at his or her last known address of its claim; (ii) to afford the sponsor an opportunity within limited time to explain in writing his or her relevant personal and financial circumstances that are said to militate against immediate collection; (iii) to consider any relevant circumstances brought to its attention keeping in mind that the undertakings were the essential conditions precedent to allowing the sponsored immigrant to enter Canada in the first place; and (iv) to notify the sponsor of the government's decision. This is a purely administrative process. It is a matter of debt collection. There is no obligation on the government decision maker to give reasons. The existence of the debt is, in the context of this particular program, reason enough to proceed.

[6] Although the respondents took the position in the courts below that they should be altogether “discharged from their sponsorship obligations” (2009 ONCA 794, 98 O.R. (3d) 1, at para. 6), they took the less extravagant position in this Court that they

do not dispute that undertakings are enforceable. Nor do they dispute that undertakings should be enforced in the overwhelming majority of cases. They are merely asking that the [governments] properly exercise the discretion that was granted to them and consider their circumstances before making the decision to enforce. [R.F., at para. 5]

[7] The Ontario Court of Appeal held that the Ontario government's deferral policy improperly

répondant et conclure un accord relatif aux modalités de remboursement, mais elles ne peuvent pas simplement renoncer à la créance légale. La preuve révèle que depuis de nombreuses années — tant avant qu'après l'adoption de la *LIPR* en 2001 —, l'Ontario applique une politique discrétionnaire à l'égard du recouvrement des sommes dues par des répondants.

[5] Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, dont le législateur limite clairement la portée, il incombe à la Couronne de respecter l'équité procédurale; il s'agit d'une obligation somme toute minimale. Avant de déposer le certificat de créance à la Cour fédérale, la Couronne doit (i) donner au répondant un avis de sa réclamation à sa dernière adresse connue, (ii) lui accorder un délai pour exposer par écrit les circonstances personnelles et financières qui militeraient contre le recouvrement immédiat de la créance, (iii) tenir compte de tout élément pertinent qui lui est signalé en se rappelant que l'engagement du répondant était au départ la condition préalable essentielle à l'admission au Canada de l'immigrant parrainé et (iv) informer le répondant de sa décision. La procédure est purement administrative. Il s'agit de recouvrer une créance. Le décideur administratif n'a nulle obligation de donner des motifs à l'appui de sa mesure. En ce qui concerne ce programme précis, l'existence de la dette justifie à elle seule la mesure de recouvrement.

[6] Les intimés ont soutenu devant les juridictions inférieures qu'ils devaient être entièrement [TRADUCTION] « libérés de leurs obligations à titre de répondants » (2009 ONCA 794, 98 O.R. (3d) 1, par. 6), mais devant notre Cour, leurs prétentions sont plus raisonnables car ils

[TRADUCTION] ne contestent pas que les engagements sont susceptibles d'exécution ni que, dans presque tous les cas, il convient d'en obtenir l'exécution. Ils demandent simplement que [l'État] exerce convenablement son pouvoir discrétionnaire et qu'il tienne compte de la situation de l'intéressé avant de prendre la décision de recouvrer une créance. [m.i., par. 5]

[7] La Cour d'appel de l'Ontario conclut que la politique du gouvernement ontarien en matière de

fettered its statutory discretion in a manner “inconsistent with the overall legislative scheme” (para. 132). While I agree (as stated) with the court below that the sponsors are entitled to a basic level of procedural fairness, my view is that the Ontario guidelines are quite adequate in that regard and are consistent with the statutory scheme. Moreover, the contention of the respondent sponsors that they are entitled to a more elaborate “process” of decision making must be rejected. We are, after all, dealing with statutory debt collection. I would allow the appeal in part but as these appeals can properly be characterized as test cases, I would do so without costs.

#### I. Facts

[8] Foreign nationals may apply to become permanent residents and eventually citizens, under three broad categories: the family class, the economic class and the refugee class (*IRPA*, s. 12). A permanent resident or citizen wishing to sponsor a family member initiates the process by making a sponsorship application. Sponsors must be over 18 years of age, and meet detailed financial and other requirements. Family class members are not assessed independently on their ability to support themselves. Since they obtain their permanent residence status on the sole basis of being in a familial relationship with a sponsor, they are not required to meet the financial or other selection requirements which are imposed on other classes of immigrants.

#### A. *The Sponsors*

[9] The respondents to this appeal are eight sponsors whose relatives received social assistance and who are therefore deemed to have defaulted on their undertaking.

[10] The respondent Dzihic sponsored his fiancée in 2002. His allegation is that when she arrived in Canada she refused to live with him or marry

report entrave indûment son pouvoir discrétionnaire en ce qu'elle est [TRADUCTION] « incompatible avec le régime législatif dans son ensemble » (par. 132). Même si je conviens (je le rappelle) avec le tribunal inférieur que le répondant a droit au respect d'un minimum d'équité procédurale, j'estime que les lignes directrices ontariennes sont tout à fait adéquates sous ce rapport et conformes aux dispositions législatives applicables. De plus, il faut écarter la prétention des répondants intimés voulant qu'ils aient droit à l'étoffement du processus décisionnel. Il ne s'agit après tout que du recouvrement d'une créance légale. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, mais comme les appels peuvent à juste titre être qualifiés de causes types, je le ferais sans adjuger de dépens.

#### I. Les faits

[8] L'étranger désireux d'acquérir la résidence permanente puis la citoyenneté canadienne peut présenter une demande au titre de l'une ou l'autre des trois catégories générales prévues : le regroupement familial, l'immigration économique et les réfugiés (*LIPR*, art. 12). Le résident permanent ou citoyen canadien qui souhaite parrainer un membre de sa famille entame le processus en présentant une demande de parrainage. Le répondant doit être âgé de 18 ans ou plus et satisfaire à des exigences précises, notamment sur le plan financier. Le membre de la famille ne fait pas l'objet d'un examen pour déterminer sa capacité de subvenir à ses besoins. En effet, la résidence permanente lui étant accordée sur le seul fondement de son lien de parenté avec le répondant, il n'a pas à satisfaire aux exigences, notamment financières, qui s'appliquent aux immigrants d'autres catégories.

#### A. *Les répondants*

[9] Les intimés en l'espèce sont huit répondants réputés avoir manqué à leur engagement du fait que la personne parrainée a bénéficié d'assistance sociale.

[10] En 2002, M. Dzihic a parrainé sa fiancée qui, une fois arrivée au Canada, aurait refusé de vivre avec lui ou de l'épouser. Il en a informé le ministère

him. Mr. Dzihic notified the immigration department and an order was made for her deportation. However, his fiancée appealed the order successfully without any notice to or input from Mr. Dzihic. He says he was unaware of her success or the fact that she subsequently received social assistance totalling \$10,510.65 as of July 2007, for which he is now responsible.

[11] The respondent El-Murr sponsored her father, mother and two brothers in 1995 while she was unemployed. Her husband was employed at the time and he co-signed the undertaking. After the family members arrived in Canada, Ms. El-Murr left her husband because of alleged abuse and she went on social assistance as did her parents and one brother. The debt amount as of February 2006 is \$94,242.16 and she says she cannot afford to repay this amount.

[12] The respondent Grankin sponsored his mother in 1999. He claims that he subsequently lost his job and had to apply for social assistance. He was thus unable to support his mother after her arrival in Canada. His mother applied for social assistance and received it. Mr. Grankin states that had he known he was responsible for repaying the benefits, he would not have permitted his mother to apply for assistance. As of June 2007 his total debt was \$54,426.39.

[13] The respondent Hince married Ms. Patel who was on a visitor's visa in 2002. She returned to India and Mr. Hince sponsored her and her daughter to return to Canada. They did so in 2006 and lived briefly with Mr. Hince, then left. He says he was unaware that she subsequently received social assistance. His job is low paying and does not permit him, he says, to repay the social assistance amount due as of June 2007 of \$10,547.65. He believes he was exploited by Ms. Patel to enable her to gain immigration status.

[14] The respondent de Altamirano and her husband sponsored her mother in 2000. After arriving in Canada, her mother suffered a stroke.

de l'Immigration, qui a pris une mesure d'expulsion contre l'intéressée. Celle-ci a cependant interjeté appel et obtenu l'annulation de la mesure sans en informer l'intimé, qui dit avoir aussi ignoré qu'elle avait par la suite touché des prestations d'assistance sociale qui, en juillet 2007, totalisaient 10 510,65 \$ et qu'il est aujourd'hui tenu de rembourser.

[11] En 1995, M<sup>me</sup> El-Murr a parrainé son père, sa mère et ses deux frères. Elle était sans emploi, mais son mari travaillait et a cosigné l'engagement. Après l'arrivée des membres de sa famille au Canada, M<sup>me</sup> El-Murr a quitté son mari parce qu'il aurait fait preuve de violence à son endroit. Ses parents, un de ses frères et elle ont dû recourir à l'assistance sociale. La somme due s'élevait en février 2006 à 94 242,16 \$, et l'intimée se dit incapable de la rembourser.

[12] M. Grankin a parrainé sa mère en 1999. Il dit avoir perdu son emploi par la suite et avoir été contraint de demander des prestations d'assistance sociale. Une fois sa mère arrivée au Canada, il ne pouvait subvenir à ses besoins, de sorte qu'elle a demandé et obtenu de l'assistance sociale. M. Grankin affirme que s'il avait su qu'il devrait rembourser les prestations, il n'aurait pas laissé sa mère en demander. En juin 2007, sa dette totale s'élevait à 54 426,39 \$.

[13] En 2002, M. Hince a épousé M<sup>me</sup> Patel, qui visitait alors le Canada munie du visa requis. M<sup>me</sup> Patel est rentrée en Inde, puis M. Hince l'a parrainée ainsi que sa fille. Elles sont revenues au pays en 2006 et ont vécu peu de temps avec M. Hince, puis elles l'ont quitté. L'intimé affirme qu'il ignorait que M<sup>me</sup> Patel avait subséquemment touché des prestations d'assistance sociale. Comme son emploi n'est pas très rémunérateur, il n'est pas en mesure de rembourser les prestations versées, qui s'élevaient en juin 2007 à 10 547,65 \$. Il croit que M<sup>me</sup> Patel s'est simplement servie de lui pour immigrer au Canada.

[14] En 2000, M<sup>me</sup> de Altamirano a parrainé sa mère conjointement avec son mari. Après son arrivée au Canada, la mère de l'intimée a subi un

Ms. de Altamirano applied for benefits to pay for her mother's institutional care. She alleges that she was encouraged to do so by a case worker and did not realize that she would have a responsibility to repay the benefits — as of May 2007 said to be \$54,559.99.

[15] The respondent Mavi sponsored his father in 1996. He alleges he did not read the application or understand it. His father arrived in Canada in 1997 and lived with Mr. Mavi. There was a falling out and the father left. Mr. Mavi learned in 2005 that his father had collected benefits and he contacted the government to advise that his own health was not good, which limited his ability to work. The amount of benefits said to be owed as of June 2005 is \$17,818.08.

[16] The respondent Vossoughi applied to sponsor her mother at a time when she was married. In 2002, she left her husband because, she says, of abuse. In 2003, her mother arrived in Canada. Ms. Vossoughi says she could not support her mother and her mother went on social assistance. She alleges she did not realize she was responsible for repaying the benefits. The amount said to be owed pursuant to the undertaking as of July 2007 is \$28,754.71.

[17] The respondent Zebaradami sponsored his fiancée in 2000. She arrived in Canada in 2001 but only stayed with him for a few weeks, then left him for another man. She received social assistance benefits of \$22,158.02 as of July 2007. Mr. Zebaradami says he was duped and that his former fiancée only used him to gain status in Canada.

[18] The Government of Ontario, which in each case paid the social assistance to the needy relative, took steps to enforce the debt against each of the sponsors. In applications filed in the Ontario Superior Court of Justice, the eight sponsors sought various declarations the result of which, if granted, would be to avoid payment, either temporarily or permanently.

accident vasculaire cérébral. M<sup>me</sup> de Altamirano a demandé des prestations pour l'hébergement de sa mère dans un centre de soins. Elle dit y avoir été incitée par l'agent au dossier et ne pas avoir compris qu'elle aurait à rembourser les prestations, lesquelles se chiffraient en mai 2007 à 54 559,99 \$.

[15] En 1996, M. Mavi a parrainé son père. Il n'aurait ni lu ni compris la demande. En 1997, son père est arrivé au pays et a habité chez lui. Leur relation s'est détériorée, puis le père est parti. En 2005, M. Mavi a appris que son père avait touché des prestations. Il a alors communiqué avec les autorités compétentes pour les informer de ses problèmes de santé et de son aptitude limitée au travail. Les prestations dont on lui réclame le remboursement se chiffraient au mois de juin 2005 à 17 818,08 \$.

[16] M<sup>me</sup> Vossoughi était mariée lorsqu'elle a entrepris de parrainer sa mère. En 2002, elle s'est séparée de son mari parce qu'il aurait été violent. En 2003, sa mère est arrivée au Canada. L'intimée ne pouvait subvenir aux besoins de sa mère, qui a donc eu recours à l'assistance sociale. M<sup>me</sup> Vossoughi dit ne pas avoir été consciente du fait qu'il lui faudrait rembourser les prestations. Le montant dû au titre de l'engagement s'élevait en juillet 2007 à 28 754,71 \$.

[17] En 2000, M. Zebaradami a parrainé sa fiancée, qui est arrivée au Canada en 2001. Après n'avoir cohabité avec lui que quelques semaines, sa fiancée l'a quitté pour un autre homme. En juillet 2007, elle avait touché 22 158,02 \$ de prestations d'assistance sociale. M. Zebaradami prétend avoir été dupé et que sa fiancée s'est servie de lui pour immigrer au Canada.

[18] Le gouvernement de l'Ontario, qui dans chacun des cas a versé les prestations d'assistance sociale au parent dans le besoin, a entrepris d'en recouvrer le montant. Les huit répondants ont demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario de rendre divers jugements déclaratoires les soustrayant temporairement ou à jamais à leur obligation de remboursement.

### B. *The Undertakings*

[19] The undertakings signed by Mr. Grankin, Mr. Zebaradami and Ms. de Altamirano contained the following statement with respect to the possibility that enforcement might be deferred (with similar statements made in the undertakings signed by Ms. Vossoughi, Mr. Dzihic and Mr. Hince):

The Minister may choose not to take action to recover money from a Sponsor or a Sponsor's spouse (if Co-signer) who has defaulted in a situation of abuse or in other appropriate circumstances. The decision of the Minister not to act at a particular time does not cancel the debt, which may be recovered by the Minister when circumstances have changed. [Emphasis added.]

### C. *Federal and Provincial Policies*

[20] The Canada-Ontario Memorandum of Understanding on Information Sharing — 2004 (“MOU”), provides for the sharing of information in order to facilitate, *inter alia*, the enforcement of sponsorship debts. Section 6 of the MOU states that sponsorship debts are “payable on demand”, but that default may be cured in cases where a province accepts partial payment of the debt. Ontario will apply its own guidelines to determine whether collection action should be undertaken immediately or deferred, e.g. in cases of family violence.

[21] The Ontario policy itself states that certain cases of default would not be referred for collection, namely where the person is incapacitated and unable to pay, where there is evidence of domestic violence, where the sponsor himself or herself is in receipt of social assistance, or where other “documented extraordinary circumstances” exist. The Attorney General of Ontario contends (unlike his federal counterpart) that the federal legislation does permit a measure of discretion, and that Ontario's policies are fully compliant. He claims however that relations between Ontario and the sponsors are governed only by rules applicable to private contracts.

### B. *Les engagements*

[19] Les engagements signés par M. Grankin, M. Zebaradami et M<sup>me</sup> de Altamirano précisent ce qui suit relativement à la possibilité de reporter le recouvrement de sommes dues (les engagements signés par M<sup>me</sup> Vossoughi, M. Dzihic et M. Hince comportent une clause analogue) :

Le Ministre peut décider de ne prendre aucune mesure pour recouvrer les sommes dues d'un Répondant et du conjoint cosignataire qui ont manqué à leur engagement parce qu'ils se trouvaient dans une situation abusive ou dans d'autres circonstances valables. Une telle décision du Ministre, prise à un moment bien précis, n'a pas pour effet d'annuler les dettes; le Ministre peut recouvrer les sommes dues lorsque la situation du Répondant et du conjoint cosignataire change. [Je souligne.]

### C. *Les politiques appliquées aux paliers fédéral et provincial*

[20] Le Protocole d'entente Canada-Ontario sur l'échange de renseignements — 2004 vise à faciliter entre autres le recouvrement d'une somme due par un répondant. Son article 6 dispose qu'une telle somme est « payable sur demande », mais que le débiteur peut remédier au manquement en remboursant partiellement la somme avec l'accord de la province. L'Ontario applique ses propres lignes directrices pour déterminer si, dans un cas de violence familiale, il convient de prendre immédiatement des mesures de recouvrement ou de les reporter.

[21] La politique ontarienne elle-même prévoit certains cas où le manquement à l'engagement ne donne pas lieu à des mesures de recouvrement, notamment lorsque le répondant ne peut payer la somme due en raison d'une incapacité, lorsque la violence familiale est établie, lorsque le répondant est lui-même prestataire d'aide sociale ou lorsqu'il existe d'autres « circonstances exceptionnelles bien documentées ». Le procureur général de l'Ontario soutient (contrairement à son homologue fédéral) que la loi fédérale confère effectivement un certain pouvoir discrétionnaire et que la politique de la province est tout à fait conforme. Il prétend cependant que les rapports entre la province et les répondants sont seulement régis par les règles applicables aux contrats de gré à gré.

[22] The respondent sponsors contend (and the Court of Appeal agreed) that the wording of the undertakings should be taken into account in the interpretation of the governing legislation.

## II. Statutory Framework

[23] Pursuant to s. 132 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, a sponsor is obliged to reimburse the Crown in right of Canada or a province, for the cost of every benefit provided as social assistance to the sponsored family member during the term of undertaking — formerly 10 years but now 3 years for a spouse or a dependent child 22 years of age or older and 10 years for a dependent child less than 22 years of age and all other family members (s. 132(1)). The undertakings set out the obligations of the sponsor, the duration of the undertaking and the consequences of default, and stated that the undertaking would be binding notwithstanding any change in the sponsor's personal circumstances.

[24] Section 108(2) of the former *Immigration Act* authorized the federal government to enter into agreements with the provinces for the purposes of implementing immigration programs. Section 114(1)(c) authorized the executive to create regulations with respect to sponsorships and s. 115 allowed the Minister to create forms necessary to implement the program (such Ministerial authority was the basis for the undertakings at issue here, which were drafted by the Department of Citizenship and Immigration and signed by each sponsor). Pursuant to s. 118(1) of the former Act, the federal government could assign an undertaking to a province in order to allow that province to recover social assistance payments from the sponsor directly. The new *IRPA* eliminated the need for such an assignment of the debt.

[25] The collection procedure under the old *Immigration Act* was also more cumbersome than under the new *IRPA*. The former s. 118(2) required governments to obtain a judgment from a court of competent jurisdiction in order to enforce the sponsorship debt. Public monies spent as a result

[22] Les répondants intimés avançaient (et la Cour d'appel leur donne raison) qu'il faut prendre en compte le libellé des engagements pour interpréter les dispositions législatives applicables.

## II. Le cadre légal

[23] Suivant l'art. 132 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, le répondant est tenu de rembourser à Sa Majesté du chef du Canada ou de la province en cause les prestations versées au parent parrainé à titre d'assistance sociale pendant la durée de l'engagement, laquelle était auparavant de 10 ans, mais est désormais de 3 ans pour l'époux ou l'enfant à charge âgé de 22 ans ou plus et de 10 ans pour l'enfant à charge âgé de moins de 22 ans et tout autre membre de la famille (par. 132(1)). L'engagement prévoit les obligations du répondant, sa période de validité et les conséquences de son non-respect; il précise en outre qu'il demeure opposable au répondant indépendamment de la modification de sa situation personnelle.

[24] Le paragraphe 108(2) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* autorisait le gouvernement fédéral à conclure avec les provinces des accords de mise en œuvre des programmes d'immigration. L'alinéa 114(1)c accordait le pouvoir de prendre des règlements sur le parrainage, et l'art. 115 permettait au ministre d'établir les formulaires nécessaires à la mise en œuvre du programme (c'est en application de ce pouvoir que les engagements signés par les répondants intimés ont été rédigés par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration). Suivant le par. 118(1) de l'ancienne loi, le gouvernement fédéral pouvait céder un engagement à une province afin qu'elle puisse recouvrer directement du répondant le montant des prestations d'assistance sociale versées. La nouvelle *LIPR* rend inutile la cession de la créance.

[25] Aussi, la procédure de recouvrement était plus contraignante sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration* que sous celui de la *LIPR*. L'ancien par. 118(2) obligeait l'administration en cause à obtenir d'un tribunal compétent un jugement lui permettant de recouvrer la somme due par le



of a breach of an undertaking were deemed to be a “debt due to Her Majesty in right of Canada or in right of the province to which the undertaking is assigned” and “may be recovered from the person or organization that gave the undertaking”. Section 5(2)(g) of the old Regulations stated that default on an existing undertaking was a bar to additional sponsorships (*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, as amended by SOR/97-145, s. 3*).

[26] In 2002, the *IRPA* made important changes to the rules governing the family immigration class. Section 14(2)(e) confers broad powers to make regulations with respect to sponsorship undertakings. Section 145(2) is central to the issue of the Minister’s discretion on this appeal. It states in relevant part:

... an amount that a sponsor is required to pay under the terms of an undertaking is payable on demand to Her Majesty in right of Canada and Her Majesty in right of the province concerned and may be recovered by Her Majesty in either or both of those rights.

The respondent sponsors contend that “may” is permissive and indicates, they say, the existence of a Crown discretion to collect or not to collect the debt.

[27] The *IRPA* streamlined the enforcement of sponsorship debt. It is no longer necessary for the federal undertakings to be assigned to the provinces before they can be enforced by the province. Furthermore, s. 145(3) negates the effect of limitations statutes by prescribing that the debt may be recovered “at any time”.

[28] Governments no longer even have to obtain a judgment to engage Federal Court processes to enforce the debt. Section 146 allows the Minister to certify the debt immediately or within 30 days of default, depending on the circumstances, and register that certificate with the Federal Court, giving it the same force as a judgment.

répondant. Les fonds publics versés à cause du manquement à un engagement étaient réputés constituer des « créances de Sa Majesté du chef du Canada ou de la province à qui la cession a été faite » et pouvaient « être recouverts [. . .] auprès de la personne ou du groupe qui a pris l’engagement ». Suivant l’alinéa 5(2)(g) de l’ancien règlement, le manquement à un engagement faisait obstacle à tout autre parrainage (*Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172, modifié par DORS/97-145, art. 3*).

[26] En 2002, la *LIPR* a profondément modifié les règles applicables à l’immigration au titre du regroupement familial. L’alinéa 14(2)(e) confère le pouvoir général de prendre des règlements en matière d’engagement de parrainage. Le paragraphe 145(2), dont en particulier le passage qui suit, est déterminant pour ce qui est de savoir si, en l’espèce, le ministre jouit ou non d’un pouvoir discrétionnaire :

... le montant que le répondant s’est engagé à payer au titre d’un engagement est payable sur demande et constitue une créance de Sa Majesté du chef du Canada et de Sa Majesté du chef de la province que l’une ou l’autre, ou les deux, peut recouvrer.

Les répondants intimés prétendent que l’emploi du verbe « pouvoir » rend la mesure facultative et investit la Couronne du pouvoir discrétionnaire de recouvrer ou non la créance.

[27] La *LIPR* a simplifié l’exécution de l’obligation du répondant. Il n’est plus nécessaire que l’engagement pris vis-à-vis de l’État fédéral soit cédé à la province pour que celle-ci puisse le faire respecter. En outre, le par. 145(3) fait obstacle à la prescription en disposant que « [l]e recouvrement de la créance n’est pas affecté par le seul écoulement du temps ».

[28] Les administrations n’ont même plus à engager une instance en Cour fédérale pour recouvrer les sommes qui leur sont dues. L’article 146 permet au ministre de constater par certificat le montant en souffrance sans délai ou dans les 30 jours qui suivent le manquement, selon les circonstances, et d’enregistrer le certificat à la Cour fédérale pour qu’il soit assimilé à un jugement de celle-ci.

[29] The new Regulations provide in s. 135 that default begins when the government makes a payment and ends when the sponsor either reimburses the government “in full or in accordance with an agreement with that government”, or when the sponsor ceases to be in breach of the undertaking. The Attorney General of Canada takes comfort from the *IRPA*’s elimination of any judicial process prior to the Minister’s authority to invoke Federal Court enforcement. The respondent sponsors, on the other hand, argue that elimination of prior judicial authorization makes it all the more important that the Minister act fairly and get the facts straight before initiating what they regard as an overly harsh statutory collection procedure.

### III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Wilson J.), No. 07-CV-331628PD3, September 11, 2008, unreported*

[30] The applications judge found that the *IRPA* and its Regulations, when viewed as a whole, showed a Parliamentary intent to create a collection procedure that was “purely administrative in nature” (para. 52). The government is not vested with a discretion to consider on a case-by-case basis whether or not to enforce the debt. The government’s duty is to collect. The legislation does not impose any duty of fairness towards sponsors in default. Neither the statute nor the regulations permit sponsors to make submissions before their debts are collected (para. 54).

[31] According to the applications judge, the sponsorship agreements are governed by contract law (para. 55). The sponsors entered into the agreements voluntarily (para. 57). The contractual undertakings should be construed in light of the purpose of the statute which is debt collection (para. 58). The doctrine of frustration does not apply (para. 59). The Applicants were aware that they would be liable if a sponsored relative became

[29] L’article 135 du nouveau règlement dispose que le manquement à un engagement commence dès le paiement par l’administration et prend fin lorsque le répondant rembourse l’administration « en totalité ou selon tout accord conclu » avec elle, ou bien lorsqu’il s’acquitte de l’obligation à laquelle il y avait manquement. Le procureur général du Canada invoque la suppression dans la *LIPR* de toute instance judiciaire préalable à l’exercice du pouvoir ministériel de recourir à l’exécution en Cour fédérale. Les répondants intimés soutiennent pour leur part que cette suppression requiert d’autant plus que le ministre agisse avec équité et s’assure des faits avant d’entamer une procédure de recouvrement qu’ils jugent trop radicale.

### III. L’historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (la juge Wilson), n° 07-CV-331628PD3, 11 septembre 2008, non publié*

[30] La juge des requêtes conclut qu’il appert de la *LIPR* et de son règlement d’application, considérés dans leur ensemble, que le législateur a voulu établir une procédure de recouvrement [TRADUCTION] « de nature purement administrative » (par. 52). Selon elle, le gouvernement n’est pas investi du pouvoir discrétionnaire d’apprécier dans chaque cas l’opportunité de recouvrer ou non la créance, son obligation consiste à recouvrer les sommes dues et il n’est pas légalement tenu de faire preuve d’équité envers les répondants en défaut. Aucune disposition de la loi ou du règlement ne permet au répondant de présenter des observations avant qu’il y ait recouvrement (par. 54).

[31] Pour la juge des requêtes, les engagements relèvent du droit contractuel (par. 55), les répondants les ont pris librement (par. 57) et les engagements contractuels doivent être interprétés au regard de l’objet de la loi, à savoir le recouvrement des créances (par. 58). Qui plus est, la théorie de l’impossibilité d’exécution ne s’applique pas (par. 59), car les intéressés savaient qu’ils devraient rembourser les sommes versées si les personnes

financially dependent on the state (para. 59). The applications for various declarations sought by the sponsors were therefore dismissed.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin, Simmons and Lang J.J.A.), 2009 ONCA 794, 98 O.R. (3d) 1*

[32] On appeal, the issues were restricted to administrative law grounds, specifically: (1) whether the Acts confer upon the governments a case-by-case discretion concerning the recovery of sponsorship debt; (2) whether Canada and Ontario abused this discretion; (3) whether Canada and Ontario owe sponsors a duty of procedural fairness; and (4) whether the undertakings given under the old Act are enforceable under the new Act. The Court of Appeal allowed the appeal.

[33] On the first issue, the Court of Appeal found that both Acts confer a case-by-case discretion in the collection of sponsorship debt (para. 89). In construing s. 118(2) of the old Act and s. 145(2) of the new Act, the word “may” indicates some degree of discretion on the part of the Minister.

[34] According to the Court of Appeal, the applications judge erred “in part, because she failed to take proper account of the Regulations and forms” which are “essential components of an integrated [immigration] scheme” (paras. 91 and 95). The Court of Appeal noted that since 1999 the undertakings have included a provision that allowed a sponsor to negotiate a settlement with the government concerned (para. 98). In addition, the undertakings under both Acts stated that the governments “may” choose not to collect the debt (para. 103). Since Parliament did not eliminate this discretion in the 2002 amendments, it is reasonable to infer that it intended there to be some flexibility in terms of debt collection.

parrainées devenaient à la charge de l’État (par. 59). La juge refuse donc aux répondants les jugements déclaratoires demandés.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Laskin, Simmons et Lang), 2009 ONCA 794, 98 O.R. (3d) 1*

[32] La Cour d’appel n’a été saisie que de questions de droit administratif : (1) les lois confèrent-elles aux administrations le pouvoir discrétionnaire d’apprécier dans chaque cas l’opportunité de recouvrer la créance d’un répondant, (2) le Canada et l’Ontario ont-ils exercé ce pouvoir discrétionnaire abusivement, (3) étaient-ils tenus au respect de l’équité procédurale vis-à-vis des répondants et (4) les engagements contractés sous le régime de l’ancienne loi sont-ils susceptibles d’exécution sous le régime de la nouvelle. La Cour d’appel a accueilli l’appel.

[33] En ce qui concerne la première question, la Cour d’appel estime que les deux lois confèrent le pouvoir discrétionnaire d’apprécier dans chaque cas l’opportunité de recouvrer la somme due par le répondant (par. 89) et que, s’agissant de l’interprétation du par. 118(2) de l’ancienne loi et du par. 145(2) de la nouvelle, l’emploi du verbe « pouvoir » indique que le ministre jouit d’un certain pouvoir discrétionnaire.

[34] Selon la Cour d’appel, la juge des requêtes est dans l’erreur [TRADUCTION] « en partie parce qu’elle a omis de bien tenir compte du règlement et des formulaires », qui constituent des « éléments essentiels d’un régime intégré [d’immigration] » (par. 91 et 95). La Cour d’appel signale que, depuis 1999, l’engagement renferme une clause permettant au répondant de négocier un arrangement avec l’administration en cause (par. 98). De plus, les engagements intervenus sous le régime de l’une et l’autre lois confèrent aux administrations la faculté de ne pas prendre de mesures pour recouvrer la créance (par. 103). Puisque le législateur n’a pas supprimé ce pouvoir discrétionnaire lors de la modification en 2002, on peut logiquement conclure qu’il a voulu que le régime de recouvrement soit empreint d’une certaine souplesse.

[35] On the second issue, the Court of Appeal went further. In light of the wording of the undertaking, Ontario had improperly “fettered or abused the exercise of its discretion” in part because its policy required that a “defaulting sponsor . . . repay the full amount of the debt” (paras. 125-26). This prohibited a settlement for less than the full amount, an option which is expressly contemplated by s. 135(b)(i) of the new Regulations. Since the policy required full repayment in every case, regardless of the circumstances, this amounted to an improper fettering of the Minister’s discretion under the statute (para. 127).

[36] Furthermore, Ontario’s policy of only granting deferrals based on “documented extraordinary circumstances” was a more onerous standard than the existence merely of “appropriate circumstances” contemplated by the undertakings (paras. 132-33), and was to that extent invalid.

[37] On the third issue, the Court of Appeal held that the governments owed a duty of procedural fairness to the sponsors (para. 135). It was held that the government was obliged to provide “a process” for individual sponsors to explain their relevant personal and financial circumstances, to consider those circumstances, and to inform the sponsor that their submissions had been considered and to tell them of the decision (para. 147). The provision in the undertakings that the government will consider “other appropriate circumstances” in exercising its discretion created a legitimate expectation that the government will consider their individual circumstances (para. 148). Finally, the court held that undertakings given under the old *Immigration Act* are enforceable under the *IRPA*.

#### IV. Analysis

[38] The doctrine of procedural fairness has been a fundamental component of Canadian

[35] En ce qui a trait à la deuxième question, la Cour d’appel va plus loin. Vu le libellé de l’engagement, elle estime que l’Ontario a indûment [TRADUCTION] « abusé de son pouvoir discrétionnaire ou entravé son exercice », notamment parce que sa politique prévoit qu’un « [répondant] en défaut doit rembourser le montant intégral de la dette » (par. 125-126). Dès lors, nul accord de remboursement d’un montant moindre ne peut intervenir, contrairement à ce que prévoit expressément le sous-al. 135b)(i) du nouveau règlement. Puisque la politique exige le paiement intégral dans tous les cas, peu importe les circonstances, elle entrave indûment l’exercice du pouvoir discrétionnaire que la loi confère au ministre (par. 127).

[36] La Cour d’appel ajoute que la politique ontarienne consistant à ne reporter le paiement de la dette que s’il existe des « circonstances exceptionnelles bien documentées » établit une norme plus stricte que celle fondée sur le critère des « circonstances valables » prévu dans les engagements (par. 132-133). Dans cette mesure, elle juge la politique invalide.

[37] En ce qui concerne la troisième question, la Cour d’appel statue que les administrations étaient tenues au respect de l’équité procédurale vis-à-vis des répondants (par. 135). À son avis, elles avaient l’obligation d’établir un « processus » permettant au répondant de faire état des éléments pertinents de sa situation personnelle et financière, d’examiner ces éléments, d’informer le répondant de leur prise en considération et de lui communiquer la décision (par. 147). La clause des engagements selon laquelle l’administration examinera « d’autres circonstances valables » dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire a fait naître chez les répondants l’attente légitime qu’il serait tenu compte de la situation propre à chacun (par. 148). Enfin, la Cour d’appel statue que les engagements contractés sous le régime de l’ancienne *Loi sur l’immigration* peuvent être exécutés en application de la *LIPR*.

#### IV. Analyse

[38] Depuis l’arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of*

administrative law since *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, where Chief Justice Laskin for the majority adopted the proposition that “in the administrative or executive field there is a general duty of fairness” (p. 324). Six years later this principle was affirmed by a unanimous Court, *per* Le Dain J.: “. . . there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual”: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653. The question in every case is “what the duty of procedural fairness may reasonably require of an authority in the way of specific procedural rights in a particular legislative and administrative context” (*Cardinal*, at p. 654). See also *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 669; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20; and *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at para. 18. More recently, in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, Bastarache and LeBel JJ. adopted the proposition that “[t]he observance of fair procedures is central to the notion of the ‘just’ exercise of power” (para. 90) (citing D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 7-3).

[39] Accordingly, while the content of procedural fairness varies with circumstances and the legislative and administrative context, it is certainly not to be presumed that Parliament intended that administrative officials be free to deal unfairly with people subject to their decisions. On the contrary, the general rule is that a duty of fairness applies. See G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2008), at pp. 226-27, but the general rule will yield to clear statutory language or necessary implication to the contrary: *Ocean Port Hotel Ltd. v. British*

*Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, l'équité procédurale est une composante fondamentale du droit administratif canadien. Le juge en chef Laskin y reprend, au nom des juges majoritaires, l'affirmation voulant que [TRADUCTION] « dans le domaine administratif ou exécutif, [on applique] l'obligation générale d'agir équitablement » (p. 324). Six ans plus tard, dans un jugement unanime rédigé par le juge Le Dain, notre Cour confirme le principe : « . . . à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne » (*Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653). Il s'agit donc de déterminer dans chaque cas « ce que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure peut raisonnablement exiger des autorités en tant que droit précis en matière de procédure dans un contexte législatif et administratif donné » (*Cardinal*, p. 654). Voir aussi *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 669, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 20, et *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, par. 18. Plus récemment, dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, les juges Bastarache et LeBel reconnaissent le principe selon lequel [TRADUCTION] « [l]e respect de l'équité dans la procédure est essentiel à la notion d'exercice “équitable” du pouvoir » (par. 90) (citant D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 7-3).

[39] Par conséquent, même si les exigences de l'équité procédurale varient en fonction des circonstances et du contexte législatif et administratif, on ne peut certainement pas présumer que le législateur a voulu permettre à l'administration de traiter inéquitablement ses administrés. La règle générale veut au contraire qu'il y ait obligation de faire preuve d'équité (voir G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2008), p. 226-227), sauf disposition législative claire ou déduction nécessaire écartant son application : *Ocean Port Hotel Ltd. c.*

*Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at para. 22. There is no such exclusionary language in the *IRPA* and its predecessor legislation.

[40] In determining the content of procedural fairness a balance must be struck. Administering a “fair” process inevitably slows matters down and costs the taxpayer money. On the other hand, the public also suffers a cost if government is perceived to act unfairly, or administrative action is based on “erroneous, incomplete or ill-considered findings of fact, conclusions of law, or exercises of discretion” (Brown and Evans, at p. 7-3; see also D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 178).

[41] Once the duty of procedural fairness has been found to exist, the particular legislative and administrative context is crucial to determining its content. We are dealing here with ordinary debt, not a government benefits or licensing program. It is clear from the legislative history of the *IRPA* that over the years Parliament has become increasingly concerned about the shift to the public treasury of a significant portion of the cost of supporting sponsored relatives. Family reunification is based on the essential condition that in exchange for admission to this country the needs of the immigrant will be looked after by the sponsor, not by the public purse. Sponsors undertake these obligations in writing. They understand or ought to understand from the outset that default may have serious financial consequences for them.

[42] A number of factors help to determine the content of procedural fairness in a particular legislative and administrative context. Some of these were discussed in *Cardinal*, a case involving an inmate’s challenge to prison discipline which stressed the need to respect the requirements of effective and sound public administration while giving effect to the overarching requirement of fairness. The duty of fairness is not a “one-size-fits-all” doctrine. Some of the elements to be considered were set out

*Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 22. Ni la *LIPR* ni la loi qu’elle a remplacée ne renferment pareille disposition écartant la présomption.

[40] Déterminer en quoi consiste l’équité procédurale requiert la mise en balance de plusieurs éléments. Le caractère « équitable » d’un processus accroît inévitablement sa durée et son coût pour le contribuable. Par contre, la perception que l’État agit inéquitablement ou que les mesures administratives s’appuient sur des [TRADUCTION] « conclusions de fait ou de droit ou des décisions discrétionnaires qui sont erronées, incomplètes ou irréflechies » inflige elle aussi un coût à la société (Brown et Evans, p. 7-3; voir également D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 178).

[41] Une fois l’obligation d’équité procédurale établie, le contexte législatif et administratif en cause est fondamental à sa définition. La présente espèce ne concerne pas un programme gouvernemental de versement de prestations ou d’octroi d’autorisations, mais une créance ordinaire. L’historique de la *LIPR* révèle qu’au fil des ans, le législateur est devenu de plus en plus préoccupé du transfert au trésor public d’une partie importante des frais de subsistance des immigrants parrainés. La réunification des familles a pour assise la condition essentielle que c’est le répondant, et non l’État qui, en contrepartie de l’admission au pays de l’immigrant parrainé, satisfait aux besoins de ce dernier. Le répondant s’y engage par écrit. Il comprend dès le départ — ou il le devrait — que le non-respect de ses obligations l’expose à de graves conséquences financières.

[42] Divers facteurs permettent de déterminer en quoi consiste l’équité procédurale dans un contexte législatif et administratif donné, et certains d’entre eux sont examinés dans l’arrêt *Cardinal*. Cette affaire dans laquelle un détenu contestait une mesure de discipline carcérale a mis en lumière la nécessité de concilier les besoins d’une administration publique à la fois efficace et rigoureuse et l’exigence, primordiale, de l’équité. L’obligation d’équité ne s’applique pas de la même manière dans tous les

in a non-exhaustive list in *Baker* to include (i) “the nature of the decision being made and the process followed in making it” (para. 23); (ii) “the nature of the statutory scheme and the ‘terms of the statute pursuant to which the body operates’” (para. 24); (iii) “the importance of the decision to the individual or individuals affected” (para. 25); (iv) “the legitimate expectations of the person challenging the decision” (para. 26); and (v) “the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances” (para. 27). Other cases helpfully provide additional elements for courts to consider but the obvious point is that the requirements of the duty in particular cases are driven by their particular circumstances. The simple overarching requirement is fairness, and this “central” notion of the “just exercise of power” should not be diluted or obscured by jurisprudential lists developed to be helpful but *not* exhaustive.

[43] Here the nature of the administrative decision is a straightforward debt collection. Parliament has made clear in the statutory scheme its intention to avoid a complicated administrative review process. Nevertheless, as the Court of Appeal correctly observed, the nature of the decision in this case is final and specific in nature. It may result in the filing of a ministerial certificate in the Federal Court which is enforceable as if it were a judgment of that court. The *IRPA* does not provide a mechanism for sponsors to appeal the enforcement decision. Here, as in *Knight*, the absence of other remedies militates in favour of a duty of fairness at the time of the enforcement decision (see also *Baker*, at para. 24). The effect of the decision on the sponsors is significant. Sponsorship debts can be very large and accumulate quickly, as is evident from the amounts the respondents are said to owe the government in this case.

[44] The legislation leaves the governments with a measure of discretion in carrying out their enforcement duties, and in this case Ontario’s procedure is

cas. Certains facteurs à considérer sont énoncés dans *Baker*, soit (i) « la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir » (par. 23), (ii) « la nature du régime législatif et les “termes de la loi en vertu de laquelle agit l’organisme en question » (par. 24), (iii) « l’importance de la décision pour les personnes visées » (par. 25), (iv) « les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision » (par. 26) et (v) « les choix de procédure que l’organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l’organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances » (par. 27). Certes, d’autres arrêts ont ajouté des éléments à cette liste, mais il faut retenir que dans un cas donné, la nature de l’obligation dépendra des circonstances particulières de l’affaire. L’obligation prépondérante est l’équité, et cette notion « centrale » d’« exercice équitable du pouvoir » ne saurait être diluée ou occultée par des énumérations judiciaires utiles, mais *non* exhaustives.

[43] En l’espèce, la décision administrative a purement et simplement trait au recouvrement d’une créance. Les dispositions applicables expriment clairement l’intention du législateur d’éviter la mise en place d’un processus d’examen administratif compliqué. Cependant, la Cour d’appel relève à juste titre que la décision visée en l’espèce est de nature définitive et particulière. Elle peut déboucher sur le dépôt en Cour fédérale d’un certificat ministériel susceptible d’exécution comme s’il s’agissait d’un jugement de celle-ci. La *LIPR* ne prévoit pas de mécanisme permettant au répondant d’en appeler de la décision de recouvrer la créance. Comme dans l’affaire *Knight*, l’absence de recours milite en faveur d’une obligation d’équité à l’étape de la décision d’entreprendre le recouvrement (voir aussi *Baker*, par. 24). Les répercussions de la décision sur le répondant sont importantes. La somme qu’il doit peut être substantielle et augmenter rapidement, et c’est le cas de celles réclamées par l’administration en l’espèce.

[44] Le cadre légal confère aux administrations un certain pouvoir discrétionnaire dans l’exercice de leurs fonctions d’application de la loi et, dans la

perfectly compatible with both efficient debt collection and fairness to the defaulting sponsors. I will deal separately below with the issue of legitimate expectations.

[45] In these circumstances I believe the *content* of the duty of procedural fairness does not require an elaborate adjudicative process but it *does* (as stated earlier) oblige a government, prior to filing a certificate of debt with the Federal Court, (i) to notify a sponsor at his or her last known address of its claim; (ii) to afford the sponsor an opportunity within limited time to explain in writing his or her relevant personal and financial circumstances that are said to militate against immediate collection; (iii) to consider any relevant circumstances brought to its attention keeping in mind that the undertakings were the essential conditions precedent to allowing the sponsored immigrant to enter Canada in the first place; and (iv) to notify the sponsor of the government's decision. Given the legislative and regulatory framework, the non-judicial nature of the process and the absence of any statutory right of appeal, the government's duty of fairness in this situation does not extend to providing reasons in each case (*Baker*, at para. 43). This is a situation, after all, merely of holding sponsors accountable for their undertakings so that the public purse would not suffer by reason of permitting the entry of family members who would otherwise not qualify for admission.

[46] Ontario has adopted a collection policy along these lines. There is no evidence before us that the minimal procedural protections afforded by Ontario have in any way undermined or frustrated the debt collection objective or resulted in unfairness to family sponsors.

#### A. *The Contract Argument*

[47] The Attorneys General resist the application of a duty of procedural fairness in part on a theory that the claims against the sponsors are essentially contractual in nature. *Dunsmuir*, they say, stands for the proposition that procedural fairness

présente affaire, la procédure ontarienne est parfaitement compatible à la fois avec le recouvrement efficient des créances et le traitement équitable des répondants en défaut. J'examine ci-après séparément la question des attentes légitimes.

[45] Dans ces circonstances, je suis d'avis que la *nature* de l'obligation d'équité procédurale ne commande pas un processus décisionnel complexe, mais (comme je l'indique précédemment) qu'elle *oblige* l'État, préalablement au dépôt du certificat de créance à la Cour fédérale, (i) à donner au répondant un avis de sa réclamation à sa dernière adresse connue, (ii) à lui accorder un délai pour exposer par écrit les circonstances personnelles et financières qui militeraient contre le recouvrement immédiat de la créance, (iii) à tenir compte de tout élément pertinent qui lui est signalé en se rappelant que l'engagement du répondant était au départ la condition préalable essentielle à l'admission au Canada de l'immigrant parrainé et (iv) à informer le répondant de sa décision. Vu le cadre législatif et réglementaire, la nature non judiciaire du processus et l'absence de tout droit d'appel légal, l'obligation d'équité faite à l'État dans le cas qui nous occupe ne va pas jusqu'à le contraindre à motiver chacune de ses décisions (*Baker*, par. 43). Après tout, il s'agit uniquement de faire en sorte que le répondant respecte son engagement afin que le contribuable ne soit pas lésé par l'admission au pays d'un membre de sa famille par ailleurs inadmissible.

[46] L'Ontario a adopté une politique de recouvrement à l'avenant. Le dossier n'établit pas que les mesures minimales de protection procédurale prévues par la province ont de quelque manière compromis ou contrecarré l'objectif du recouvrement des créances ou fait en sorte que les répondants soient victimes d'iniquité.

#### A. *L'argument contractuel*

[47] Les procureurs généraux invoquent la nature essentiellement contractuelle des réclamations pour contester l'existence d'une obligation d'équité procédurale envers les répondants. Ils avancent que l'arrêt *Dunsmuir* écarte l'équité procédurale lorsqu'un



does not apply to situations governed by contract. However, in this case, unlike *Dunsmuir*, the governments' cause of action is essentially statutory.

[48] *Dunsmuir* dealt with an employment relationship that was found by the Court to be governed by contract. The fact the contracting employee was a senior public servant did not turn a private claim for breach of contract into a public law adjudication. Here, on the other hand, the terms of sponsorship are dictated and controlled by statute. The undertaking is required by statute and reflects terms fixed by the Minister under his or her statutory power. The Attorneys General characterize sponsors as mere contract debtors but even contract debtors are ordinarily entitled to receive notice of a claim and the opportunity to defend against it.

[49] The existence of the undertaking does not extricate the present disputes from their public law context. There is ample precedent for contracts closely controlled by statute to be enforced as a matter of *public law*. In *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, for example, the Court dealt with two appeals for breach of contract: the first was a claim to recover an advance payment under the *Prairie Grain Advance Payments Act*, and the second was a government claim to recover principle and interest owing on a student loan made pursuant to the *Canada Student Loans Act*. The defendants took the position that enforcement of a private law contract is a matter of provincial law and thus outside the jurisdiction of the Federal Court. In both appeals, the jurisdictional challenge was rejected. The contracts were creatures of statute. Laskin C.J. noted:

What we have here is a detailed statutory framework under which advances for prospective grain deliveries are authorized as part of an overall scheme for the marketing of grain produced in Canada. An examination of the *Prairie Grain Advance Payments Act* itself lends emphasis to its place in the overall scheme. True, there is an undertaking or a contractual consequence of the application of the Act but that does not mean that the Act is left behind once the undertaking or contract is

contrat s'applique. Or, en l'espèce, le droit d'action de l'administration est essentiellement d'origine législative, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Dunsmuir*.

[48] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour statue sur un lien d'emploi qui, selon elle, ressortit au droit contractuel. Même si l'employé contractuel était un haut fonctionnaire, le recours privé pour rupture de contrat n'est pas devenu pour autant un recours de droit public. Par contre, dans la présente affaire, la loi fixe et régit les conditions du parrainage. L'engagement du répondant procède d'une exigence légale, et ses clauses sont établies par le ministre en vertu d'un pouvoir qu'il tient de la loi. Les procureurs généraux qualifient le répondant de simple débiteur contractuel. Or, habituellement, même le débiteur contractuel a droit à un avis de la réclamation et est admis à la contester.

[49] Malgré l'engagement contracté, le présent litige ressortit toujours au droit public. La jurisprudence offre de nombreux exemples de contrat étroitement régi par la loi et dont l'exécution obéit aux principes du droit *public*. Dans l'arrêt *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, par exemple, la Cour devait statuer dans deux affaires de rupture de contrat, l'une concernant le remboursement d'un paiement anticipé versé sous le régime de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, et l'autre, le recouvrement du capital et des intérêts d'un prêt étudiant consenti sous le régime de la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*. Les défendeurs soutenaient que l'exécution d'un contrat de droit privé relevait du droit provincial, de sorte que la Cour fédérale n'avait pas compétence. Dans les deux cas, la Cour rejette leur thèse au motif que les contrats tirent leur origine de la loi. Le juge en chef Laskin fait observer :

Nous sommes en présence d'un cadre législatif détaillé qui autorise des paiements anticipés pour des livraisons éventuelles de grain; c'est un élément d'un plan d'ensemble pour la commercialisation du grain produit au Canada. Un examen de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies* elle-même met en lumière la place que celle-ci prend dans le plan d'ensemble. Certes, l'application de la Loi emporte un engagement ou des conséquences contractuelles, mais cela ne veut

made. At every turn, the Act has its impact on the undertaking so as to make it proper to say that there is here existing and valid federal law [i.e. the statute] to govern the transaction which became the subject of litigation in the Federal Court. [p. 447]

See also *Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2006 FCA 190, [2007] 2 F.C.R. 475, at para. 72; *Canada v. Crosson* (1999), 169 F.T.R. 218, at para. 36.

[50] Similarly, while the sponsors' undertakings here have some contractual aspects, it is the statutory framework that closely governs the rights and obligations of the parties and opens the door to the requirements of procedural fairness. As stated earlier, s. 145(2) of the *IRPA* makes any debt owing pursuant to an undertaking payable to and recoverable by either federal or provincial Crown. Furthermore, s. 132(1) of the Regulations makes sponsors liable for any social assistance paid to the sponsored relative. Section 135 of the Regulations defines "default". Finally, the enforcement of the undertaking in Federal Court is governed by s. 146 of the *IRPA*. Just as in *Rhine*, the undertaking at every turn is a creature of statute.

[51] The situation here does not come close to the rather narrow *Dunsmuir* employment contract exception from the obligation of procedural fairness. As the *Dunsmuir* majority itself emphasized:

This conclusion does not detract from the general duty of fairness owed by administrative decision makers. Rather it acknowledges that in the specific context of dismissal from public employment, disputes should be viewed through the lens of contract law rather than public law. [Emphasis added; para. 82.]

*Dunsmuir* was not intended to and did not otherwise diminish the requirements of procedural fairness in the exercise of administrative authority.

#### B. *The Statutory Exclusion Argument*

[52] There is no doubt that the duty of fairness, being a doctrine of the common law, can be

pas dire que la Loi est mise à l'écart une fois l'engagement pris ou le contrat signé. La Loi a constamment des répercussions sur l'engagement, de sorte que l'on peut dire à bon droit qu'il existe une législation fédérale valide qui régit l'opération, objet du litige devant la Cour fédérale. [p. 447]

Voir également *Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2006 CAF 190, [2007] 2 R.C.F. 475, par. 72; *Canada c. Crosson*, 1999 CanLII 8350 (C.F.), par. 36.

[50] De façon analogue, même si les engagements des répondants présentent des aspects contractuels, le cadre légal régit de près les droits et les obligations des parties et ouvre la voie à l'application de l'équité procédurale. Rappelons que suivant le par. 145(2) de la *LIPR*, la somme due par un répondant est payable à la Couronne fédérale ou provinciale, qui peut la recouvrer. En outre, le par. 132(1) du Règlement rend le répondant redevable des prestations versées à titre d'assistance sociale à la personne parrainée, et l'art. 135 du Règlement définit le « manquement ». Enfin, l'art. 146 de la *LIPR* régit l'exécution de l'engagement en Cour fédérale. Tout comme celui en cause dans l'affaire *Rhine*, l'engagement demeure toujours assujéti à la loi.

[51] Il n'y a pas la moindre ressemblance entre la situation en l'espèce et l'exception de portée passablement étroite qui, dans l'arrêt *Dunsmuir*, soustrait le contrat d'emploi à l'application de l'équité procédurale. Les juges majoritaires soulignent eux-mêmes dans cet arrêt :

Cette conclusion n'affaiblit pas l'obligation générale faite aux décideurs administratifs d'agir avec équité. Elle reconnaît plutôt que dans le contexte particulier du renvoi de la fonction publique, c'est le droit contractuel, et non le droit public, qui préside au règlement des différends. [Je souligne; par. 82.]

Dans *Dunsmuir*, la Cour n'entend pas réduire par ailleurs l'obligation d'équité procédurale dans l'exercice du pouvoir de l'administration, et elle ne le fait pas.

#### B. *La thèse de l'exception légale*

[52] Il est incontestable qu'un texte de loi peut écarter l'application d'une notion de common law

overridden by statute. The Attorneys General argue that the legislation does so in the present case. I do not agree. Such a conclusion is not consistent with the legislative text, context or purpose.

(1) The Statutory Text

[53] Central to the collection procedure is s. 145(2) of the new Act and, to a lesser extent, its predecessor s. 118(2) of the old Act, which provide (with emphasis added) as follows:

145. . . .

(2) [Debts due — sponsors] Subject to any federal-provincial agreement, an amount that a sponsor is required to pay under the terms of an undertaking is payable on demand to Her Majesty in right of Canada and Her Majesty in right of the province concerned and may be recovered by Her Majesty in either or both of those rights.

118. . . .

(2) [Recovery for breach of undertaking] Any payments of a prescribed nature made directly or indirectly to an immigrant that result from a breach of an undertaking referred to in subsection (1) may be recovered from the person or organization that gave the undertaking in any court of competent jurisdiction as a debt due to Her Majesty in right of Canada or in right of the province to which the undertaking is assigned.

The statements that the “sponsor is required to pay” and that the amount owing is “payable on demand” leave no doubt about the existence of a statutory debt. The words “may be recovered” occur in both Acts.

[54] The applications judge thought the word “may” simply enables *either* level of government to enforce the undertaking. The point, however, is that nothing in the relevant sections explicitly *requires* Her Majesty to pursue collection of debts irrespective of the circumstances. Legislative use of the word “may” usually connotes a measure of discretion (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11). This is as one would expect. It seems too clear for argument that Parliament intended the federal

comme l’obligation d’équité, et les procureurs généraux soutiennent que la *LIPR* le fait en l’espèce. Je ne suis pas de leur avis. Tant le libellé de la loi que son contexte et son objet s’opposent à une telle conclusion.

(1) Le libellé de la loi

[53] Le paragraphe 145(2) de la nouvelle loi et, dans une moindre mesure, le par. 118(2) de l’ancienne forment le pivot de la procédure de recouvrement. En voici le texte (je souligne) :

145. . . .

(2) [Créance : répondants] Sous réserve de tout accord fédéro-provincial, le montant que le répondant s’est engagé à payer au titre d’un engagement est payable sur demande et constitue une créance de Sa Majesté du chef du Canada et de Sa Majesté du chef de la province que l’une ou l’autre, ou les deux, peut recouvrer.

118. . . .

(2) [Rupture d’engagement] Les montants réglementaires versés directement ou indirectement à l’immigrant, par suite d’une rupture de l’engagement visé au paragraphe (1), peuvent être recouverts, devant tout tribunal compétent, auprès de la personne ou du groupe qui a pris l’engagement, à titre de créances de Sa Majesté du chef du Canada ou de la province à qui la cession a été faite.

L’énoncé selon lequel le « répondant s’est engagé à payer » et celui voulant que le montant soit « payable sur demande » dissipent tout doute quant à l’existence d’une créance légale. Les deux textes autorisent le recouvrement (« peut recouvrer » dans le premier, et « peuvent être recouverts » dans le second).

[54] Selon la juge des requêtes, le législateur emploie le verbe « pouvoir » uniquement pour habilitier *l’un ou l’autre* ordre de gouvernement à faire respecter l’engagement. Ce qu’il faut souligner toutefois c’est qu’aucune des dispositions applicables n’exige expressément de Sa Majesté qu’elle recouvre une créance sans tenir compte des circonstances. Habituellement, l’emploi du verbe « pouvoir » par le législateur connote un certain pouvoir discrétionnaire (*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985,

and provincial Crowns to deal with debt collection in a rational, reasonable and cost-effective way. The Attorney General of Canada concedes that Ministers have a “management discretion” in the conduct of departmental affairs. See, e.g., *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309 (C.A.), at p. 323. Effective management requires some measure of flexibility. Flexibility necessarily entails discretion.

[55] However circumscribed, the existence of a discretion attracts a level of procedural fairness appropriate to its exercise.

## (2) The Statutory Context

[56] As the Attorneys General point out, several provisions of the *IRPA* affirm the obligatory nature of the undertaking and strengthen enforcement measures as compared to the old *Immigration Act*. Nevertheless, the evidence that Parliament intended in the new Act to facilitate the collection of sponsorship debts does not mean it intended this to be done unfairly.

[57] The Regulations are also an important part of the statutory context. In *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, Deschamps J. noted that regulations “can assist in ascertaining the legislature’s intention”, particularly where the statute and the regulations form an integrated scheme (para. 35). See also *Greater Toronto Airports Authority v. International Lease Finance Corp.* (2004), 69 O.R. (3d) 1 (C.A.), at paras. 102-4; *Ward-Price v. Mariners Haven Inc.* (2001), 57 O.R. (3d) 410 (C.A.), at para. 29. Professor Sullivan notes at p. 370 of her treatise that “[w]hen regulations are made to complete the statutory scheme, they are clearly intended to operate together [with the enabling statute] and to be mutually informing” (*Sullivan on the Construction of Statutes*

ch. I-21, art. 11). C’est l’interprétation qui paraît la plus naturelle. Il paraît trop manifeste pour soutenir le contraire que le législateur a voulu un recouvrement des créances — à l’échelon fédéral ou provincial — rationnel, sensé et économique. Le procureur général du Canada reconnaît qu’un ministre jouit d’un « pouvoir discrétionnaire administratif » dans la gestion de son ministère. Voir, p. ex., *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309 (C.A.), p. 323. Il n’y a pas d’administration efficace possible sans une certaine souplesse, et la souplesse emporte nécessairement le pouvoir discrétionnaire.

[55] Quelque limité qu’il soit, le pouvoir discrétionnaire suppose une certaine mesure d’équité procédurale adaptée à son exercice.

## (2) Le contexte légal

[56] Les procureurs généraux font valoir que plusieurs dispositions de la *LIPR* confirment la nature obligatoire de l’engagement et renforcent les mesures de recouvrement par rapport à ce que prévoyait l’ancienne *Loi sur l’immigration*. Toutefois, la preuve que le législateur a voulu, en adoptant la nouvelle loi, faciliter le recouvrement des sommes dues par des répondants ne permet pas de conclure que son intention ait été que les mesures soient prises inégalement.

[57] Le Règlement constitue aussi un volet important du contexte légal. Dans l’arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, le juge Deschamps dit que la consultation du règlement « est utile dans la détermination de l’intention du législateur », surtout lorsque la loi et ses règlements forment un tout (par. 35). Voir par ailleurs *Greater Toronto Airports Authority c. International Lease Finance Corp.* (2004), 69 O.R. (3d) 1 (C.A.), par. 102-104, *Ward-Price c. Mariners Haven Inc.* (2001), 57 O.R. (3d) 410 (C.A.), par. 29. Comme le fait remarquer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]orsqu’un règlement sert à compléter le régime législatif, il est clair que l’intention du législateur est que la loi et le règlement soient appliqués ensemble et forment un tout » (*Sullivan*

(5th ed. 2008) (emphasis added)). Section 2(2) of the *IRPA* states that references to “this Act” include the Regulations.

[58] Regulations under the *IRPA* are made under a broad authority with respect to a number of matters including family class immigration and sponsorship undertakings. Section 135 of the Regulations, which informed the Court of Appeal’s finding of a Ministerial discretion states:

135. [Default] For the purpose of subparagraph 133(1)(g)(i), the default of a sponsorship undertaking

. . .

- (b) ends, as the case may be, when
  - (i) the sponsor reimburses the government concerned, in full or in accordance with an agreement with that government, for amounts paid by it, or
  - (ii) the sponsor ceases to be in breach of the obligation set out in the undertaking.

The Attorney General of Canada argues that this provision does not mean that the government can make “an agreement” to forgive the debt, which he says can only be done under the terms of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 23 (“*FAA*”). Rather, he says, this provision merely defines default for the purpose of a person’s eligibility to sponsor additional family members.

[59] The fact is however that the Regulations *do* distinguish between payment “in full” and payments “in accordance with an agreement with that government”. This can only mean that the government is authorized to limit enforcement to whatever amount is agreed upon with the sponsor, and no floor or ceiling (short of forgiveness) is fixed by the Regulations. The amount and terms of repayment are therefore within the discretion of the government decision maker. An agreement requiring a sponsor to pay \$20 a month on a \$20,000 debt

*on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 370 (je souligne)). En outre, le par. 2(2) de la *LIPR* énonce que toute mention de celle-ci vaut mention du Règlement.

[58] La *LIPR* confère un large pouvoir de réglementation dans différents domaines, dont l’immigration d’un parent et l’engagement du répondant. L’article 135 du Règlement, sur lequel s’appuie la Cour d’appel pour conclure à l’existence d’un pouvoir discrétionnaire ministériel, est ainsi libellé :

135. [Défaut] Pour l’application du sous-alinéa 133(1)(g)(i), le manquement à un engagement de parrainage :

. . .

- b) prend fin dès que le répondant :
  - (i) d’une part, rembourse en totalité ou selon tout accord conclu avec l’administration intéressée les sommes payées par celle-ci,
  - (ii) d’autre part, s’acquitte de l’obligation prévue par l’engagement à l’égard de laquelle il y avait manquement.

Le procureur général du Canada prétend que cette disposition ne permet pas à l’administration de conclure un « accord » de remise de dette, pareille renonciation ne pouvant intervenir qu’en application de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 23 (« *LGFP* »). Il soutient qu’elle précise seulement ce qui constitue un manquement aux fins de déterminer si le répondant peut ou non parrainer un autre membre de sa famille.

[59] Il demeure toutefois que le Règlement *distingue* entre paiement « en totalité » et paiement « selon tout accord conclu avec l’administration intéressée ». La seule interprétation possible est que l’administration est autorisée à ne recouvrer que le montant convenu avec le répondant, et que le Règlement ne prescrit aucun remboursement minimum ou maximum (la remise totale étant cependant exclue). Le montant et les conditions du remboursement relèvent donc du pouvoir discrétionnaire de l’administration. L’accord qui prévoirait le

may never result in the full amount being paid, but it would nevertheless be an “agreement” within s. 135(b)(i) which governments are authorized to make.

[60] The Attorney General of Canada contends that agreements for less than the full amount would be tantamount to a write-off in violation of the procedures set out in the *FAA*. However, in my view, what is contemplated in s. 135(b)(i) of the Regulations is not a write-off but “agreed” levels of deferred enforcement. The *FAA* is a statute of very general application. It does not preclude Parliament from enacting more specialized legislative schemes for the management and enforcement of debts owed to the Crown under particular statutory programs. The *IRPA* is an example of such a specialized collection regime.

[61] Unlike the Court of Appeal, I interpret the *IRPA* and its regulations without reference to the terms of the sponsorship undertakings themselves, which are drafted by the Minister and his officials and can be (and are) modified from time to time. At best the undertakings reflect an administrative interpretation of the legislative framework. It would be different in the case of forms that are actually appended to statutes, and which therefore carry the authority of Parliament, which is not the case here. See *Houde v. Quebec Catholic School Commission*, [1978] 1 S.C.R. 937, at p. 947; Sullivan, at pp. 408-9.

### (3) The Statutory Purpose

[62] Section 3 of the *IRPA* states that the Act is intended to encourage family reunification but also recognizes that successful integration of immigrants involves “mutual obligations for new immigrants and Canadian society”, as follows:

3. (1) [Objectives — immigration] The objectives of this Act with respect to immigration are

remboursement d’une créance de 20 000 \$ à raison de 20 \$ par mois pourrait ne jamais permettre le paiement intégral de la dette, mais il s’agirait néanmoins d’un « accord » au sens de l’al. 135b)(i) qui ressortirait au pouvoir de l’administration en cause.

[60] Le procureur général du Canada prétend qu’un accord de remboursement partiel constituerait une radiation de créance et contreviendrait à la procédure prévue par la *LGFP*. J’estime cependant que ce n’est pas la radiation de la créance qui est envisagée au sous-al. 135b)(i) du Règlement, mais bien son recouvrement échelonné à raison de montants « convenus ». La *LGFP* est une loi d’application très générale. Elle n’empêche pas le législateur fédéral d’établir des régimes particuliers de gestion et de recouvrement de sommes dues à la Couronne dans le cadre de certains programmes créés par la loi. La *LIPR* constitue un tel régime de recouvrement particulier.

[61] Contrairement à la Cour d’appel, j’interprète la *LIPR* et le Règlement sans égard au texte des engagements de parrainage, car ce texte est établi par le ministre et ses fonctionnaires et peut changer (et change effectivement) à l’occasion. Les engagements sont tout au plus le reflet d’une interprétation administrative du cadre législatif. Il en irait autrement d’un formulaire annexé au texte de la loi, qui y serait dès lors assimilé, mais ce n’est pas le cas des documents considérés en l’espèce. Voir l’arrêt *Houde c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1978] 1 R.C.S. 937, p. 947; Sullivan, p. 408-409.

### (3) L’objet de la Loi

[62] À l’article 3, la *LIPR* énonce que son objet est de favoriser la réunification des familles, mais elle reconnaît également que l’intégration des immigrants suppose « des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne » :

3. (1) [Objet en matière d’immigration] En matière d’immigration, la présente loi a pour objet :

(d) to see that families are reunited in Canada;

d) de veiller à la réunification des familles au Canada;

(e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

. . .

. . .

(j) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.

j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.

. . .

. . .

(3) [Application] This Act is to be construed and applied in a manner that

(3) [Interprétation et mise en œuvre] L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

. . .

. . .

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

Debt collection without any discretion in relation either to sponsors or their relatives would not advance the purposes of the *IRPA*. It would hardly promote "successful integration" to require individuals to remain in abusive relationships. Nor would the attempted enforcement of a debt against individuals without means to pay further the interest of "Canadian society". Forcing a sponsor into bankruptcy may or may not deliver a short-term return, but hardly enhances the bankrupt's chances of becoming a positive contributor to Canadian society. Excessively harsh treatment of defaulting sponsors may risk discouraging others from bringing their relatives to Canada, which would undermine the policy of promoting family reunification. Clearly Parliament's intent is to require the full debt to be paid if and when the sponsor is in a position to do so, even incrementally over many years pursuant to an "agreement" under s. 135(b)(i) of the Regulations. There is no reason why a sponsor who eventually wins a lottery should be relieved of the full measure of the debt at the

Il ne servirait pas les fins de la *LIPR* de recouvrer les créances sans exercer quelque pouvoir discrétionnaire à l'endroit des répondants ou des personnes parrainées. Ce n'est guère favoriser l'« intégration » d'une personne que de l'empêcher de se soustraire à une situation de violence. Il n'est pas non plus dans l'intérêt de la « société canadienne » de prendre des mesures pour recouvrer une créance auprès d'un débiteur qui n'a pas les moyens de rembourser la somme due. Acculer un répondant à la faillite pourrait produire un résultat à court terme mais, par la suite, le failli pourrait difficilement faire un apport positif à la société canadienne. Une trop grande intransigeance vis-à-vis des répondants en défaut risque de décourager le parrainage au Canada et de compromettre ainsi la réunification des familles. À l'évidence, l'intention du législateur est de recouvrer intégralement la somme due lorsque le répondant est en mesure de la rembourser, même par versements échelonnés sur plusieurs années suivant un « accord » au sens du sous-al. 135(b)(i) du Règlement. Aucun motif ne justifie

expense of the taxpayer regardless of when the win occurs.

[63] Nevertheless, in dealing with defaulting sponsors, the government must act fairly having regard to their financial means to pay and the existence of circumstances that would militate against enforcement of immediate payment (such as abuse). Ontario's policy seeks to balance the interests of promoting immigration and family reunification on the one hand, and preventing abuse of the sponsorship scheme on the other. Discretion in the enforcement of sponsorship debt allows the government to further this objective.

[64] For these reasons, I would reject the Attorneys General's argument that the existence of an administrative discretion that attracts procedural fairness is excluded by the text, context and purpose of the legislation.

*C. Did Ontario Improperly Fetter the Exercise of Its Statutory Discretion?*

[65] The Court of Appeal noted that “[d]iscretion is fettered or abused when a policy is adopted that does not allow the decision-maker to consider the relevant facts of the case, but instead compels an inflexible and arbitrary application of policy” (para. 124). The court concluded that the Ontario collection policy conflicts with the intended scope of the discretion. With respect, I do not agree that there is a conflict. As discussed earlier, the legislation allows the Minister to defer but not forgive sponsorship debt. This is also Ontario's policy. The policy provides that “[t]he defaulting sponsor is required to repay the full amount of debt. There is no forgiveness of the debt by the Ministry”.

[66] The federal Minister of Citizenship and Immigration can change the content of the

que, dans l'éventualité où il gagnerait à la loterie, le répondant soit dispensé du paiement intégral de sa dette au détriment du contribuable, peu importe le moment où la chance le favorise.

[63] Cependant, le gouvernement doit traiter équitablement le répondant en défaut au regard de sa capacité financière et de la situation (de violence ou autre) dans laquelle il se trouve lorsqu'elle milite contre le recouvrement immédiat. La politique ontarienne vise à établir un équilibre entre la promotion de l'immigration et de la réunification des familles, d'une part, et la prévention de l'abus du régime de parrainage, d'autre part. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans le recouvrement de la somme due par un répondant permet d'atteindre cet objectif.

[64] Pour ces motifs, je rejette la thèse des procureurs généraux voulant que le texte, le contexte et l'objet de la loi écartent l'exercice par l'administration d'un pouvoir discrétionnaire emportant l'application de l'équité procédurale.

*C. L'Ontario a-t-elle indûment entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi?*

[65] Pour la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [i]l y a abus du pouvoir discrétionnaire ou entrave à son exercice lorsqu'une politique ne permet pas au décideur de prendre en compte les faits pertinents, mais le contraint plutôt à une application inflexible et arbitraire » (par. 124). Elle conclut que la politique ontarienne de recouvrement est incompatible avec la portée du pouvoir discrétionnaire voulue par le législateur. Bien humblement, je ne pense pas qu'il y ait incompatibilité. Je le répète, la loi permet au ministre de reporter le recouvrement de la somme due par un répondant, mais non d'y renoncer. Il en va de même de la politique appliquée par la province en ce qu'elle prévoit que [TRADUCTION] « [I]e répondant en défaut est tenu au remboursement intégral de sa dette. Le ministère n'accorde pas de remise de dette ».

[66] Le ministre fédéral de la Citoyenneté et de l'Immigration peut modifier la teneur de



undertakings, as indeed he has over the years, just as the provincial Minister of Community and Social Services changes the enforcement policy from time to time. Policies are necessary to guide the action of the multitude of civil servants who operate government programs. The Minister is entitled to set policy within legal limits. It cannot be said that the Ontario policy here so “fetters” the discretion as to be invalid.

[67] The Court of Appeal also concluded that Ontario’s policies were less favourable to the sponsors than the terms of some of the sponsorship undertakings. However, as discussed above, the terms of the undertakings are merely expressions of administrative interpretation. They are not, in my view, tools to construe the statutory framework itself. The importance of the signed undertakings in the administrative law context is that they lay the foundation for the application of the doctrine of legitimate expectations, as discussed below. However, with great respect for the Court of Appeal, I do not agree that the federal legislative framework mandates a broader discretion in favour of defaulting sponsors than Ontario permits. It was quite open to Ontario to adopt the collection policy that it did, in my opinion.

#### D. *The Doctrine of Legitimate Expectations*

[68] Where a government official makes representations within the scope of his or her authority to an individual about an administrative process that the government will follow, and the representations said to give rise to the legitimate expectations are clear, unambiguous and unqualified, the government may be held to its word, provided the representations are procedural in nature and do not conflict with the decision maker’s statutory duty. Proof of reliance is not a requisite. See *Mount Sinai Hospital Center*, at paras. 29-30; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at para. 78; and *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 131. It will be a breach of the duty of fairness for the decision maker to fail in a

l’engagement, comme il l’a fait au fil des ans, de même que le ministre provincial des Services sociaux et communautaires modifie à l’occasion la politique de recouvrement. Les politiques sont nécessaires pour orienter l’action des nombreux fonctionnaires affectés à l’application des programmes gouvernementaux. Le pouvoir du ministre d’établir des politiques est circonscrit par la loi. On ne saurait dire de la politique ontarienne en cause qu’elle « entrave » le pouvoir discrétionnaire du ministre au point d’être invalide.

[67] La Cour d’appel conclut également que les politiques de l’Ontario sont moins favorables au répondant que les conditions de certains engagements. Rappelons toutefois que l’engagement ne constitue en fait que l’expression d’une interprétation administrative. Il ne saurait permettre d’interpréter la loi elle-même. L’importance de l’engagement signé dans le contexte du droit administratif réside dans le fait qu’il jette les bases de l’application de la théorie de l’attente légitime analysée plus loin. Or, malgré tout le respect que je dois à la Cour d’appel, je ne crois pas que le cadre législatif fédéral prescrit un plus grand exercice du pouvoir discrétionnaire que celui permis par la province en faveur des répondants en défaut. L’Ontario pouvait fort bien, selon moi, adopter la politique de recouvrement en cause.

#### D. *La théorie de l’attente légitime*

[68] Lorsque dans l’exercice du pouvoir que lui confère la loi, un représentant de l’État fait des affirmations claires, nettes et explicites qui auraient suscité chez un administré des attentes légitimes concernant la tenue d’un processus administratif, l’État peut être lié par ces affirmations si elles sont de nature procédurale et ne vont pas à l’encontre de l’obligation légale du décideur. La preuve que l’intéressé s’est fié aux affirmations n’est pas nécessaire. Voir les arrêts *Centre hospitalier Mont-Sinaï*, par. 29-30; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 78; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 131. Constitue un manquement à son obligation d’équité l’omission substantielle du décideur

substantial way to live up to its undertaking: Brown and Evans, at pp. 7-25 and 7-26.

[69] Indeed it would be somewhat ironic if the government were able to insist on the sponsor living up to his or her undertaking to the letter while at the same time walking away from its own undertakings given in the same document. Generally speaking, government representations will be considered sufficiently precise for purposes of the doctrine of legitimate expectations if, had they been made in the context of a private law contract, they would be sufficiently certain to be capable of enforcement.

[70] Here the undertakings reaffirm that the government can defer, but not forgive, sponsorship debt. The respondents Grankin, Zebaradami, and de Altamirano, signed undertakings under the old *Immigration Act* in which the federal government represented that it possessed and would exercise a measure of discretion in the matter of enforcement:

#### CONSEQUENCES OF DEFAULT

The Minister may choose not to take action to recover money from a Sponsor or a Sponsor's spouse (if Co-signer) who has defaulted in a situation of abuse or in other appropriate circumstances. The decision of the Minister not to act at a particular time does not cancel the debt, which may be recovered by the Minister when circumstances have changed. [Emphasis added.]

While *default* can be cured by making arrangements for repayment, it is clear that no representation is made that the *debt* will be cancelled, even when the Minister exercises his or her discretion to defer enforcement with or without a s. 135(b)(i) agreement. The Vossoughi and Dzihic undertakings are substantially the same.

[71] The essential elements of the undertakings remained unchanged under the new Act. The Hince undertaking of November 20, 2002,

de respecter sa parole : Brown et Evans, p. 7-25 et 7-26.

[69] En effet, il serait en quelque sorte ironique que l'administration puisse exiger du répondant qu'il respecte son engagement à la lettre si, de son côté, elle pouvait se soustraire à celui qu'elle prend dans le même document. En général, on juge suffisamment précise pour les besoins de la théorie de l'attente légitime l'affirmation gouvernementale qui, si elle avait été faite dans le contexte du droit contractuel privé, serait suffisamment claire pour être susceptible d'exécution.

[70] En l'espèce, les engagements confirment que l'administration peut reporter le recouvrement de sa créance, mais non remettre la dette du répondant. Les engagements signés par M. Grankin, M. Zebaradami et M<sup>me</sup> de Altamirano relèvent de l'ancienne *Loi sur l'Immigration*, et l'administration fédérale y affirme posséder et exercer un certain pouvoir discrétionnaire en matière de recouvrement :

#### CONSÉQUENCES DE LA RUPTURE DE L'ENGAGEMENT

Le Ministre peut décider de ne prendre aucune mesure pour recouvrer les sommes dues d'un Répondant et du conjoint cosignataire qui ont manqué à leur engagement parce qu'ils se trouvaient dans une situation abusive ou dans d'autres circonstances valables. Une telle décision du Ministre, prise à un moment bien précis, n'a pas pour effet d'annuler les dettes; le Ministre peut recouvrer les sommes dues lorsque la situation du Répondant et du conjoint cosignataire change. [Je souligne.]

Un accord de remboursement peut remédier au *manquement*, mais l'annulation de la *dette* n'est clairement pas envisagée, même lorsque le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire de reporter le recouvrement avec ou sans l'accord visé au sous-al. 135b)(i). Les engagements signés par M<sup>me</sup> Vossoughi et M. Dzihic sont pour l'essentiel équivalents.

[71] Les éléments fondamentaux de l'engagement demeurent inchangés pour l'application de la nouvelle loi. Les clauses pertinentes de

signed under the *IRPA*, reads in relevant part as follows:

I understand that all social assistance paid to the sponsored person or his or her family members becomes a debt owed by me to Her Majesty in right of Canada and Her Majesty in right of the province concerned. As a result, the Minister and the province concerned have a right to take enforcement action against me (as sponsor or co-signer) alone, or against both of us.

The Minister and the province concerned may choose not to take enforcement action to recover money from me if the default is the result of abuse or in other circumstances. The decision not to act at a particular time does not cancel the debt. The Minister and the province concerned may recover the debt when circumstances have changed. [Emphasis added.]

[72] While the terms of the *IRPA* undertakings support the position of the Attorneys General that the debt is not forgiven, they also support the sponsors' contention of a government representation to them that there exists a discretion not to take enforcement action "in a situation of abuse or in other appropriate circumstances" (pre-2002) or "if the default is the result of abuse or in other circumstances" (post-2002). Such representations do not conflict with any statutory duty and are sufficiently clear to preclude the government from denying to the sponsor signatories the existence of a discretion to defer enforcement. Given the legitimate expectations created by the wording of these undertakings I do not think it open to the bureaucracy to proceed without notice and without permitting sponsors to make a case for deferral or other modification of enforcement procedures.

*E. Ontario's Policy Provides an Appropriate Measure of Procedural Fairness*

[73] The Ontario procedure takes the form of a series of letters notifying sponsors that a sponsored relative has applied for social assistance and that he or she is now in default. The letters in most cases

l'engagement signé par M. Hince le 20 novembre 2002 sous le régime de la *LIPR* sont les suivantes :

Je comprends que toutes les prestations d'aide sociale versées à la personne parrainée ou aux membres de sa famille sont considérées comme des dettes que je dois rembourser à Sa Majesté du chef du Canada et à Sa Majesté du chef de la province intéressée. Par conséquent, le ministre et la province intéressée ont le droit de prendre une mesure d'exécution contre moi seul (le répondant ou le cosignataire) ou contre nous deux.

Le ministre et la province intéressée peuvent décider de ne prendre aucune mesure pour recouvrer les sommes dues auprès de moi si j'ai manqué à mon engagement parce que je me trouvais dans une situation de violence ou toute autre situation. Une telle décision, prise à un moment bien précis, n'aura pas pour effet d'annuler les dettes. Le ministre et la province intéressée peuvent recouvrer les sommes dues lorsque la situation aura changé. [Je souligne.]

[72] Si le libellé des engagements relevant de la *LIPR* étaye la thèse des procureurs généraux voulant que la dette ne soit pas remise, il étaye tout autant la prétention des répondants selon laquelle le gouvernement leur a affirmé détenir le pouvoir discrétionnaire de ne pas prendre de mesure de recouvrement « dans une situation abusive ou dans d'autres circonstances valables » (avant 2002) ou « dans une situation de violence ou toute autre situation » (après 2002). Ces affirmations ne sont pas incompatibles avec une obligation légale et elles sont suffisamment claires pour empêcher l'administration de nier l'existence du pouvoir discrétionnaire de reporter le recouvrement. Compte tenu des attentes légitimes suscitées par le libellé de ces engagements, je ne crois pas que l'administration puisse agir sans donner de préavis et sans permettre aux répondants de faire valoir des motifs justifiant le report du recouvrement ou quelque autre modification de la procédure d'exécution.

*E. La politique de l'Ontario assure une équité procédurale adéquate*

[73] La procédure suivie par l'Ontario revêt la forme de lettres informant les répondants que la personne parrainée a demandé de l'assistance sociale et qu'il y a de ce fait manquement à l'engagement.

made clear Ontario's openness to consideration of mitigating factors or financial circumstances or other reasons why the debt should not immediately be enforced. This is the correct practice because under the Ontario policy the local social assistance agents are supposed to consider these factors *before* deciding to refer the matter for collection. Ontario Works and the Ontario Disability Support Program set out a process for dealing with family abuse between a sponsor and sponsored person. The Family Violence and Sponsorship Debt Recovery information sheet describes how the officers should deal with alleged abuse and/or family violence cases. Ontario requires that if such information comes to the officer's attention collection efforts are to stop immediately.

[74] If the sponsor does not agree to repay the debt and resume supporting his or her sponsored relative, the matter is ordinarily referred to the Overpayment Recovery Unit ("ORU") for collection. The ORU will then send additional notice letters and if the sponsor responds, the ORU will solicit the sponsor's financial information to determine his or her ability to support his or her relative and repay the debt. If the sponsor does not cooperate, the matter is referred to Canada Revenue Agency's Refund Set-Off Program, which withholds any tax refunds or credits for the benefit of the province.

[75] In this process there is a limited but real opportunity for the sponsor to make representations to the government regarding the particular circumstances surrounding a default. There is no hearing and no appeal procedure but there is a legitimate expectation that the government will consider relevant circumstances in making its enforcement decision and a duty of procedural fairness to do so. However, the wording of the government's representations in the undertaking are sufficiently vague to leave the government's choice of procedure very broad. Clearly no promises are made of a positive

Dans la plupart des cas, les lettres indiquent clairement que la province est disposée à prendre en compte soit des circonstances atténuantes, soit une situation financière ou autre justifiant le report du recouvrement de la créance. Cette façon de faire est la bonne, car suivant la politique ontarienne, les agents régionaux d'assistance sociale sont censés examiner ces éléments *avant* de transmettre le dossier au service du recouvrement. Ontario au travail et le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées établissent la marche à suivre en cas de violence entre le répondant et la personne parrainée. Un document portant sur la violence familiale et le recouvrement de la somme due par un répondant précise les étapes à suivre lorsque la violence, conjugale ou autre, est alléguée. La politique ontarienne veut que l'on mette fin à la procédure de recouvrement dès que l'agent au dossier est informé de l'existence d'une telle situation.

[74] Lorsque le répondant refuse de rembourser la somme due et recommence à subvenir aux besoins de la personne qu'il parraine, le dossier est normalement transmis à l'Unité de recouvrement des paiements excédentaires. Celle-ci envoie alors d'autres avis et, lorsque le répondant y donne suite, elle lui demande de fournir des renseignements financiers permettant de déterminer sa capacité de subvenir aux besoins de la personne parrainée et de rembourser la dette. Lorsque le répondant ne coopère pas, le dossier est transmis au programme de compensation de dettes par remboursement de l'Agence du revenu du Canada, qui retient tout remboursement ou crédit d'impôt au bénéfice de la province.

[75] Cette procédure offre au répondant une possibilité limitée mais réelle d'informer l'administration des circonstances particulières du manquement. Il n'y a ni audience ni appel, mais il existe une attente légitime que l'administration tiendra compte de faits pertinents avant de décider des mesures d'exécution à prendre ainsi qu'une obligation correspondante fondée sur l'équité procédurale. Toutefois, dans les engagements, les affirmations de l'administration sont formulées de manière suffisamment vague pour que l'État ait les coudées franches dans le choix de la procédure à engager. Il

outcome from the sponsors' point of view. The Ontario guidelines fully comply with the statutory requirements, in my opinion, but this is not to say that each province and territory must proceed in an identical fashion. The essential requirements are that procedural fairness be observed and that the terms of the undertakings be respected by governments as well as by the sponsors who are alleged to be in default.

[76] The sponsors contend that the government is under a duty to inform them as soon as a sponsored relative obtains public assistance. It is unfair, they say, for the government to allow debt to accumulate unbeknownst to them. This is of particular concern when the relationship between sponsor and relative has broken down and the sponsor is unaware that the relative is seeking or receiving social assistance. Counsel point out that demand for payment from a number of the sponsors was not made before their indebtedness became relatively large and after the passage of a considerable period of time (for example, Mr. Grankin, four and a half years after his mother was first granted social assistance; Ms. de Altamirano, three years from the application for social assistance for her mother; Ms. Vossoughi, close to two years after the sponsor applied for social assistance for her sponsored mother). I agree that good debt management practice would suggest that demand be made as soon as the government payments to or on behalf of the sponsored relative commence. Nonetheless, it is inherent in the sponsor's support obligation that the sponsor is to keep track of the sponsored relative he or she has undertaken to support. Family class immigrants are admitted solely on the basis of their relationship to the sponsor. In return, the *sponsor*, not the government, is "responsible for preventing the family member and any accompanying dependents from becoming dependent on public social assistance programs". Accordingly, the risk of a rogue relative properly lies on the sponsor, not the taxpayer.

[77] In the material before us it is clear that each of the eight sponsors was notified of the default and was in communication with the Ministry, in

est clair qu'elles ne promettent aucune issue favorable du point de vue des répondants. À mon sens, les lignes directrices de l'Ontario sont parfaitement conformes aux exigences légales, mais chacune des provinces et chacun des territoires peuvent adopter leur propre procédure. Les exigences fondamentales sont le respect de l'équité procédurale et l'observation du libellé de l'engagement à la fois par l'État et par le répondant dont le défaut est allégué.

[76] Les intimés prétendent que lorsque la personne parrainée devient prestataire d'assistance sociale, l'administration a l'obligation d'en informer sans délai le répondant. Ils ajoutent qu'il est injuste que l'administration laisse le montant de la créance s'accroître à leur insu, surtout lorsque la relation s'est détériorée avec la personne parrainée et que le répondant ignore que celle-ci a demandé ou touche des prestations d'assistance sociale. Leurs avocats soulignent qu'un certain nombre d'entre eux ne se sont vu réclamer le paiement de la somme due qu'une fois celle-ci devenue assez importante et qu'après un laps de temps considérable (par exemple, M. Grankin, quatre ans et demi après que sa mère eut obtenu l'assistance sociale, M<sup>me</sup> de Altamirano, trois ans après sa demande de prestations pour sa mère et M<sup>me</sup> Vossoughi, près de deux ans après qu'elle eut demandé, à titre de répondante, de l'assistance sociale pour sa mère parrainée). Je conviens qu'une bonne gestion des créances voudrait que l'on réclame le remboursement des prestations dès leur versement au proche parrainé. Or, l'obligation alimentaire du répondant emporte nécessairement celle de se tenir au courant des faits et gestes de la personne parrainée. L'étranger qui immigre par la voie du regroupement familial est admis sur le seul fondement de son lien avec le répondant. En contrepartie, le *répondant* doit « veiller à ce que le parent et toute personne à charge qui l'accompagne n'aient pas besoin de recourir aux programmes d'aide sociale gouvernementaux », l'État n'ayant pas d'obligation de soutien. C'est donc au répondant d'assumer le risque que la personne parrainée fasse des siennes, et non au contribuable.

[77] Il ressort du dossier que les huit répondants ont tous été avisés du manquement et qu'ils ont communiqué avec le ministère, certains par

some cases through legal counsel. The facts considered relevant by the sponsors were put forward by some of the respondents. Others simply ignored the government's reasonable requests. Mr. Hince, for example, declined to disclose his financial situation on the financial assessment forms and did not respond to the government's letters. Ms. Vossoughi did not reply to the two notification letters sent to her after she had been advised that her mother had applied for social assistance.

[78] The Ministry, after consideration of whatever information was provided, generally advised each of the respondent sponsors that the sponsorship undertakings remained in effect but that the government was open to the negotiation of a repayment plan. At least one of the respondent sponsors did negotiate a repayment plan and, it seems, has been making monthly payments. However, the respondents then initiated these proceedings. In my respectful view the policies adopted by Ontario would, if respected in its collection efforts, satisfy the legitimate procedural expectations of the sponsors, and meet the basic requirements of procedural fairness. The respondent sponsors' claims to the contrary should be rejected.

#### V. Disposition

[79] These actions arose out of claims for declaratory relief. In light of the foregoing reasons, the appeal is allowed in part and the following declarations will issue:

- (i) Canada and Ontario have a discretion under the *IRPA* and its Regulations to defer but not forgive debt after taking into account a sponsor's submissions concerning the sponsor's circumstances and those of his or her sponsored relatives.
- (ii) Ontario did not improperly fetter its exercise of statutory discretion in adopting its policy. Its terms are consistent with the requirements of the statutory regime and met the legitimate

l'entremise d'un avocat. Certains d'entre eux ont fait valoir les faits qu'ils jugeaient pertinents. D'autres ont simplement omis de donner suite aux demandes raisonnables de l'administration. Par exemple, M. Hince a refusé de remplir le formulaire qui aurait permis de déterminer sa situation financière et il n'a pas répondu aux lettres de l'administration. M<sup>me</sup> Vossoughi n'a pas répondu aux deux avis qui lui ont été transmis après qu'elle eut été informée que sa mère avait demandé de l'assistance sociale.

[78] Après examen des éléments d'information réunis, le ministère a généralement fait savoir à chacun des répondants que son engagement continuait de s'appliquer, mais qu'il était possible de négocier les modalités de remboursement. Au moins un répondant a effectivement négocié un plan de remboursement et verserait des mensualités. Toutefois, les répondants ont ensuite engagé les instances à l'origine du présent pourvoi. J'estime que si les mesures de recouvrement prises sous son régime la respectent, la politique de l'Ontario répond aux attentes légitimes des répondants sur le plan de la procédure et satisfait aux exigences fondamentales de l'équité procédurale. Il convient de rejeter les prétentions contraires des répondants intimés.

#### V. Dispositif

[79] Les instances ont pour origine des demandes de jugements déclaratoires. Au vu des motifs qui précèdent, le pourvoi est accueilli en partie et la Cour déclare ce qui suit :

- (i) La *LIPR* et son règlement d'application confèrent au Canada et à l'Ontario le pouvoir discrétionnaire de reporter le recouvrement d'une créance, mais non de remettre une dette, après avoir tenu compte des observations du répondant au sujet de sa situation et de celle de la personne parrainée.
- (ii) La politique de l'Ontario n'entrave pas indûment l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Les modalités que la province y établit sont compatibles avec les exigences du

procedural expectations of the respondent sponsors created by the text of their respective undertakings.

- (iii) Canada and Ontario owe sponsors a duty of procedural fairness when enforcing sponsorship debt.
- (iv) The content of this duty of procedural fairness include the following obligations: (a) to notify a sponsor at his or her last known address of the claim; (b) to afford the sponsor an opportunity within limited time to explain in writing his or her relevant personal and financial circumstances that are said to militate against immediate collection; (c) to consider any relevant circumstances brought to its attention keeping in mind that the undertakings were the essential conditions precedent to allowing the sponsored immigrant to enter Canada in the first place; (d) to notify the sponsor of the government's decision; (e) without the need to provide reasons.
- (v) That the above requirements of procedural fairness were met in the cases of the eight respondent sponsors.

[80] As these proceedings can properly be characterized as test cases to resolve certain legal issues of public importance all parties will bear their own costs on the appeal and on the application for leave to appeal.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

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

*Solicitors for the respondents Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina Jatuff de Altamirano, Oleg Grankin, Raymond Hince and Homa Vossoughi: Lerners, Toronto; Community Legal Clinic — Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes, Orillia.*

régime légal et répondent aux attentes légitimes sur le plan de la procédure créées par le libellé des engagements.

- (iii) Le Canada et l'Ontario ont l'obligation de faire preuve d'équité procédurale envers un répondant lorsqu'ils recouvrent une créance de parrainage.
- (iv) Cette obligation d'équité procédurale exige : a) de donner au répondant un avis de la réclamation à sa dernière adresse connue, b) de lui accorder un délai pour exposer par écrit les circonstances financières ou autres qui militeraient contre le recouvrement immédiat de la créance, c) de tenir compte de tout élément pertinent qui lui est signalé en se rappelant que l'engagement était au départ la condition préalable essentielle à l'admission au Canada de l'immigrant parrainé, d) d'informer le répondant de la décision de l'administration, et ce, e) sans qu'il n'y ait besoin de donner de motifs à l'appui.
- (v) Les exigences d'équité procédurale susmentionnées ont été respectées pour les huit répondants intimés.

[80] Puisque les instances peuvent à juste titre être qualifiées de causes types pour le règlement de certaines questions de droit qui sont d'intérêt public, toutes les parties supporteront leurs propres frais de justice en appel et à l'étape de la demande d'autorisation d'appel.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureur de l'appelant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'appelant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intimés Pritpal Singh Mavi, Maria Cristina Jatuff de Altamirano, Oleg Grankin, Raymond Hince et Homa Vossoughi : Lerners, Toronto; Community Legal Clinic — Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes, Orillia.*

*Solicitors for the respondent Nedzad Dzihic: Waldman & Associates, Toronto.*

*Solicitor for the respondents Rania El-Murr and Hamid Zebaradami: Hugh M. Evans, North York, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario: Bennett Jones, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: South Ottawa Community Legal Services, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Metropolitan Action Committee on Violence against Women and Children: Parkdale Community Legal Services, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé Nedzad Dzihic: Waldman & Associates, Toronto.*

*Procureur des intimés Rania El-Murr et Hamid Zebaradami: Hugh M. Evans, North York, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario: Bennett Jones, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés: Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant Metropolitan Action Committee on Violence against Women and Children: Parkdale Community Legal Services, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**E.M.W.** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. E.M.W.**

**2011 SCC 31**

File No.: 33930.

2011: May 20; 2011: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Reasonable verdict — Jurisdiction of a court of appeal to consider whether there was a miscarriage of justice — Whether there was a miscarriage of justice.*

E.M.W. was convicted of sexual assault. A majority of the Court of Appeal allowed an appeal and ordered a new trial. It held that the trial judge had improperly used pre-trial statements by the complainant in ways that assisted the Crown's case, and that Crown counsel's questioning and conduct had rendered the trial unfair.

*Held* (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed and the respondent's conviction should be restored.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Cromwell JJ.: A failure to raise miscarriage of justice as a distinct ground in a Notice of Appeal does not deprive a court of appeal of jurisdiction to consider whether there was a miscarriage of justice. The shortcomings in the trial did not result in a miscarriage of justice. The trial judge's reasons do not support an inference that the complainant's pre-trial statements were used improperly. Crown counsel did not ask impermissible leading questions. Crown counsel's conduct did not affect the trial judge's appreciation of the evidence or render the proceedings unfair.

*Per* Fish J. (dissenting): The trial was unsatisfactory. Crown counsel's cross-examination was inappropriate

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**E.M.W.** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. E.M.W.**

**2011 CSC 31**

N° du greffe : 33930.

2011 : 20 mai; 2011 : 17 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Verdict raisonnable — Pouvoir d'un tribunal d'appel d'examiner s'il y a eu erreur judiciaire — Y a-t-il eu erreur judiciaire?*

E.M.W. a été déclaré coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Elle a conclu que le juge de première instance avait utilisé irrégulièrement des déclarations faites par la plaignante avant le procès de certaines façons assistant la thèse de Couronne, et que les questions et le comportement du procureur de la Couronne avaient rendu le procès inéquitable.

*Arrêt* (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé est rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Cromwell : L'omission de mentionner l'erreur judiciaire comme moyen d'appel distinct dans l'avis d'appel ne prive pas un tribunal d'appel du pouvoir d'examiner s'il y a eu erreur judiciaire. Les défauts du procès n'ont pas entraîné d'erreur judiciaire. Les motifs exposés par le juge du procès n'étaient pas l'inférence que les déclarations faites par la plaignante avant le procès ont été utilisées irrégulièrement. Le procureur de la Couronne n'a pas posé de questions suggestives inadmissibles. Le comportement de ce dernier n'a pas compromis l'appréciation de la preuve par le juge de première instance ou rendu l'instance inéquitable.

*Le* juge Fish (dissident) : Le procès s'est déroulé de manière insatisfaisante. Le contre-interrogatoire du

the Notice of Appeal, and that in any event, a miscarriage of justice was not established.

[3] In this Court, three points were argued.

Jurisdiction to Consider the Issue of Miscarriage of Justice

[4] The first question is whether the majority of the Court of Appeal erred in allowing the appeal, given that the issues of miscarriage of justice and admissibility of the evidence were not raised in the Notice of Appeal. We agree with the respondent that the failure to expressly raise miscarriage of justice as a distinct ground of appeal does not deprive a court of appeal of jurisdiction to consider that issue. A potential miscarriage of justice is always something a court must be able to consider. However, the fact remains that the rules require that the grounds that the appellant relies on be set out. This ensures that the opposite party has notice of what will be raised. More broadly, it ensures that the court receives full submissions on all the issues that will be raised. Where additional grounds come to light after filing, good practice requires that the grounds be amended. If the court wishes to explore an issue that has not been raised, it may be necessary to grant an adjournment to ensure a full and fair hearing.

[5] The respondent argues that despite the economy of the Notice of Appeal, the appeal hearing was full and fair. We need not linger over this question. Suffice to say that the Court of Appeal had jurisdiction to hear submissions on whether there had been a miscarriage of justice, and the issues were fully canvassed before this Court, whatever may have been the case below.

sa dissidence, concluant que les moyens invoqués par la majorité n'avaient pas été soulevés dans l'avis d'appel et que, quoi qu'il en soit, aucune erreur judiciaire n'avait été établie.

[3] Trois arguments ont été plaidés devant notre Cour.

Compétence pour examiner la question de l'erreur judiciaire

[4] La première question consiste à se demander si, étant donné que les moyens fondés sur l'erreur judiciaire et l'admissibilité de la preuve n'ont pas été soulevés dans l'avis d'appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en accueillant le pourvoi. À l'instar de l'intimé, nous sommes d'avis que l'omission par un appelant d'invoquer expressément l'erreur judiciaire comme moyen d'appel distinct ne prive pas un tribunal d'appel du pouvoir d'examiner cette question. La possibilité qu'une erreur judiciaire ait été commise est une question qu'un tribunal doit toujours avoir la faculté d'examiner. Toutefois, le fait est que les règles exigent que les moyens qu'invoque l'appelant soient énoncés. Cette mesure permet en effet à l'autre partie d'être avisée des points qui seront soulevés. De manière plus générale, elle permet au tribunal de recevoir des observations complètes sur tous ces points. Lorsque des moyens additionnels apparaissent après le dépôt de l'avis, la pratique normale requiert que cet avis soit modifié en conséquence. Si le tribunal désire examiner une question qui n'a pas été soulevée, il pourrait devoir accorder un ajournement afin d'assurer une audition complète et équitable de la cause.

[5] L'intimé prétend que, malgré le caractère restreint de l'avis d'appel donné en l'espèce, l'appel a fait l'objet d'une audience complète et équitable. Nous n'avons pas besoin de nous attarder sur cette question. Qu'il suffise de dire que la Cour d'appel avait compétence pour entendre les arguments sur la question de savoir s'il y avait eu erreur judiciaire, et que les questions litigieuses ont été pleinement débattues devant notre Cour, indépendamment de ce qui s'est passé devant la juridiction inférieure.

and prejudicial. Defence counsel did not attenuate the prejudicial effect of Crown counsel's cross-examination. Nor did the trial judge's detailed and thoughtful reasons set things right.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Fichaud, Beveridge and Farrar J.J.A.), 2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141, 263 C.C.C. (3d) 136, 935 A.P.R. 141, [2010] N.S.J. No. 515 (QL), 2010 CarswellNS 650, setting aside the accused's conviction for sexual assault entered by Campbell Prov. Ct. J., 2009 NSPC 33, [2009] N.S.J. No. 329 (QL), 2009 CarswellNS 396, and ordering a new trial. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

*James A. Gumpert, Q.C.*, and *Mark A. Scott*, for the appellant.

*Donald C. Murray, Q.C.*, and *Roger A. Burrill*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Cromwell J.J. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. For the reasons that follow, we would allow the appeal and affirm the conviction of E.M.W.

[2] After a trial before judge alone, E.M.W. was convicted of sexual assault of his daughter, who at the trial was 12 years old (2009 NSPC 33 (CanLII)). A majority of the Court of Appeal (Beveridge and Farrar J.J.A.) allowed E.M.W.'s appeal from conviction and ordered a new trial, on the ground of miscarriage of justice (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141). Fichaud J.A. dissented, on the view that the grounds relied on by the majority were not raised in

procureur de la Couronne a été inopportun et préjudiciable. L'avocat de la défense n'a pas atténué l'effet préjudiciable du contre-interrogatoire du procureur de la Couronne. Les motifs détaillés et mûrement réfléchis du juge de première instance n'ont pas remédié au caractère insatisfaisant du procès.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Fichaud, Beveridge et Farrar), 2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141, 263 C.C.C. (3d) 136, 935 A.P.R. 141, [2010] N.S.J. No. 515 (QL), 2010 CarswellNS 650, qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle inscrite contre l'accusé par le juge Campbell, 2009 NSPC 33, [2009] N.S.J. No. 329 (QL), 2009 CarswellNS 396, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

*James A. Gumpert, c.r.*, et *Mark A. Scott*, pour l'appelante.

*Donald C. Murray, c.r.*, et *Roger A. Burrill*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Il s'agit en l'espèce d'un appel interjeté de plein droit en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis d'accueillir cet appel et de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée contre E.M.W.

[2] Au terme d'un procès devant juge seul, E.M.W. a été déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement sa fille, qui était âgée de 12 ans au moment du procès (2009 NSPC 33 (CanLII)). La Cour d'appel, à la majorité (les juges Beveridge et Farrar), a accueilli l'appel de E.M.W. contre la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour cause d'erreur judiciaire (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141). Le juge Fichaud a exprimé

### Improper Use of Prior Statements

[6] The complainant had made statements to a friend and to the police on the matter, before testifying at the trial. The majority of the Court of Appeal was of the view that these statements had been improperly used or alluded to, in ways that bolstered the evidence of the complainant or otherwise assisted the Crown.

[7] In our view, the majority of the Court of Appeal was wrong to seize on the trial judge's reference to the content of the complainant's disclosures to show that he had improperly used the evidence about these disclosures. The trial judge's careful and thorough reasons when read as a whole in light of the trial record do not support the inference drawn by the majority of the Court of Appeal.

### Did the Conduct of the Trial Constitute a Miscarriage of Justice?

[8] This trial was far from perfect. At times, questions were asked or statements made that were tasteless, indeed unsavoury. Crown counsel's soliloquizing on personal matters was unnecessary. However, we are not satisfied that these defects, however unfortunate, affected the trial judge's appreciation of the evidence or rendered the proceedings unfair, so as to give rise to a miscarriage of justice.

[9] We do not agree with the majority of the Court of Appeal that Crown counsel asked impermissible leading questions of the complainant. Leading questions are questions that suggest an answer or assume a state of facts that is in dispute. Here the questions put by Crown counsel to the complainant in examination-in-chief did not cross this threshold. Crown counsel, in meeting the challenge of a child reluctant to respond, asked binary questions that gave her a choice between alternatives. They did not, however, suggest an answer. The main components of the offence were elicited from the complainant by non-leading questions. We are not

### Utilisation irrégulière des déclarations antérieures

[6] Avant de témoigner au procès, la plaignante avait fait des déclarations sur l'affaire à une amie et à la police. Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient d'avis que ces déclarations avaient été utilisées ou évoquées irrégulièrement, de certaines façons ayant eu pour effet de renforcer le témoignage de la plaignante ou d'assister la Couronne.

[7] Selon nous, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de s'attacher à la mention par le juge de première instance du contenu des confidences de la plaignante pour démontrer que ce dernier avait incorrectement utilisé la preuve relative à ces confidences. Considérés globalement, à la lumière du dossier de première instance, les motifs soignés et exhaustifs exposés par le juge du procès n'étaient pas l'inférence tirée par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

### La conduite du procès constitue-t-elle une erreur judiciaire?

[8] Ce procès fut loin d'être parfait. Il a donné lieu, à certains moments, à des questions et à des déclarations de mauvais goût, voire choquantes. Le procureur de la Couronne s'est livré à des monologues inutiles sur des questions de nature personnelle. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que ces diverses lacunes — bien que regrettables — ont compromis l'appréciation de la preuve par le juge de première instance ou rendu l'instance inéquitable au point d'entraîner une erreur judiciaire.

[9] Nous ne pouvons souscrire à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel que le procureur de la Couronne a posé à la plaignante des questions suggestives inadmissibles. Une question suggestive est une question qui suggère une réponse ou présume un état de fait qui est par ailleurs contesté. En l'espèce, les questions du procureur de la Couronne à la plaignante lors de l'interrogatoire principal n'ont pas franchi ce seuil. En présence d'une enfant réticente à répondre, le procureur a posé à celle-ci des questions à caractère binaire, qui lui laissaient le choix entre deux réponses. Ces questions ne suggéraient toutefois pas une réponse

satisfied that her evidence, viewed as a whole, was improperly obtained by leading questions.

[10] We do not find it necessary to go into detail on the other allegations of failings in the trial. The trial judge's reasons show that he was alive to the concerns raised by inappropriate aspects of the trial, and took them into account in his careful and detailed reasons. The shortcomings of the trial therefore did not, in this case, result in a miscarriage of justice.

#### Conclusion

[11] We would allow the appeal and restore the conviction.

The following are the reasons delivered by

[12] FISH J. (dissenting) — With respect for those who are of a different view, I have concluded that the respondent's trial was unsatisfactory — notably because of the inappropriate and prejudicial cross-examinations of the respondent and N.L., the complainant's grandmother, who was an important defence witness. The failure of defence counsel to object hardly attenuates the prejudicial effect of the impugned cross-examinations. Nor do defence counsel's inexplicable questions regarding the respondent's refusal to submit to a polygraph test justify the Crown's persistent cross-examination suggesting that the respondent's reason for refusing to do so can only be explained by his guilt. Finally, I recognize that the trial judge delivered detailed and thoughtful reasons for concluding as he did (2009 NSPC 33 (CanLII)). In my respectful view, however, they cannot set right the unsatisfactory nature of the trial.

[13] Accordingly, without endorsing in their entirety the reasons of the majority in the Court of

précise. Les principaux éléments de l'infraction ont été obtenus de la plaignante par des questions non suggestives. Nous ne sommes pas convaincus que le témoignage de cette dernière, considéré globalement, a été obtenu irrégulièrement au moyen de questions suggestives.

[10] Nous ne considérons pas nécessaire d'examiner dans le détail les autres allégations au sujet de failles qui auraient entaché le procès. Il ressort des motifs du juge de première instance que celui-ci était sensible aux préoccupations soulevées par les aspects irréguliers du procès et qu'il en a tenu compte dans les motifs soignés et détaillés qu'il a rédigés. Les défauts du procès n'ont donc pas entraîné d'erreur judiciaire en l'espèce.

#### Conclusion

[11] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

[12] LE JUGE FISH (dissident) — Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je conclus que le procès de l'intimé s'est déroulé de manière insatisfaisante — notamment en raison des contre-interrogatoires inopportuns et préjudiciables auxquels on a soumis ce dernier et N.L., la grand-mère de la plaignante, qui était un témoin important de la défense. Le fait que l'avocat de la défense ne se soit pas opposé aux contre-interrogatoires contestés n'atténue guère leur effet préjudiciable. Les questions inexplicables de l'avocat de la défense concernant le refus de l'intimé de subir le test du détecteur de mensonges ne justifient pas non plus le contre-interrogatoire persistant de la Couronne insinuant que le refus de l'intimé de se soumettre à ce test ne pouvait s'expliquer que par sa culpabilité. Enfin, je reconnais que le juge de première instance a exposé des motifs détaillés et mûrement réfléchis à l'appui de sa conclusion (2009 NSPC 33 (CanLII)). À mon humble avis toutefois, ces motifs ne sauraient remédier au caractère insatisfaisant du procès.

[13] Par conséquent, sans pour autant faire miens tous les motifs des juges majoritaires de la Cour

Appeal (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141), I agree that the respondent is entitled to a new trial and would therefore dismiss the Crown's appeal to this Court.

*Appeal allowed, FISH J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

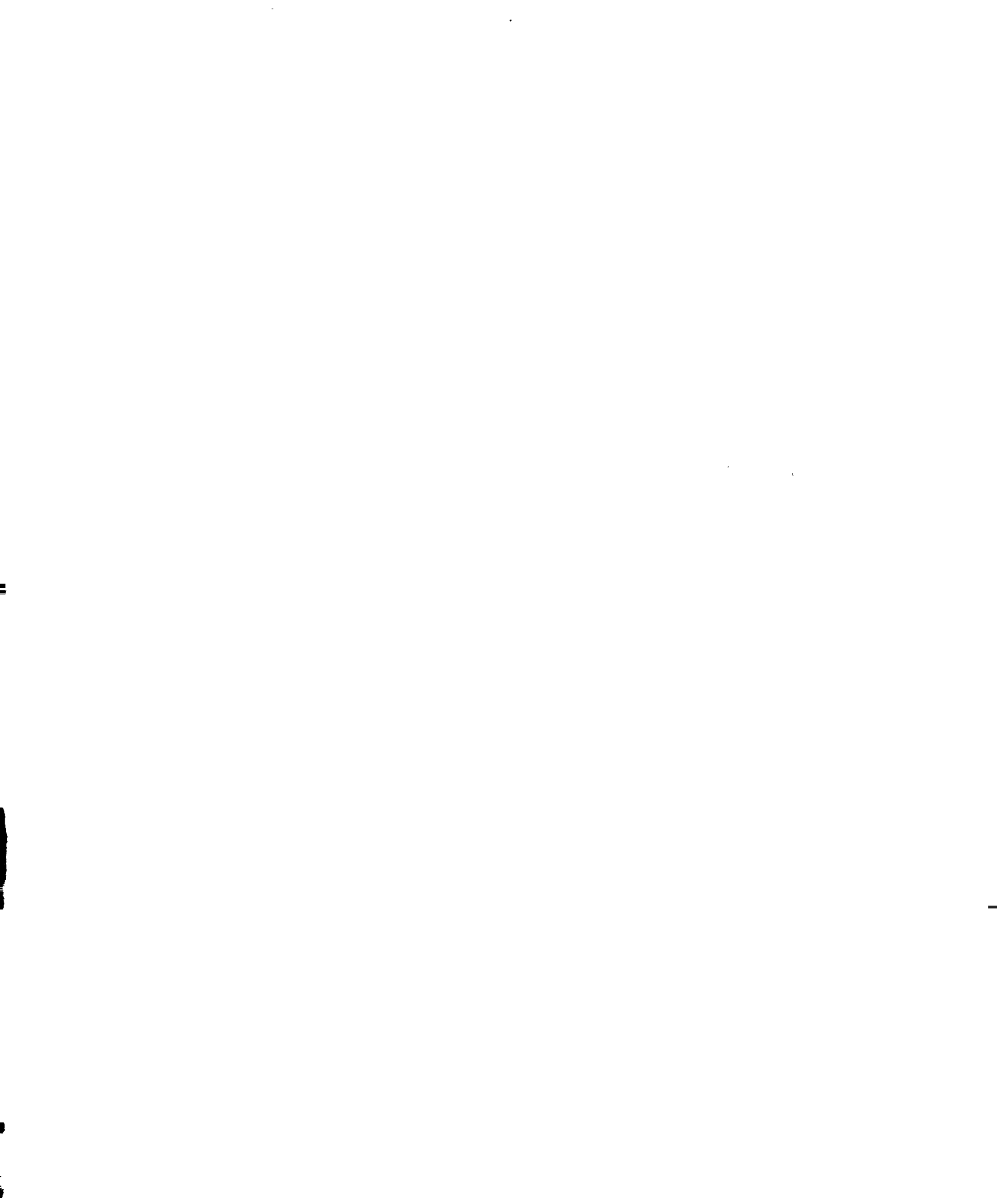
*Solicitor for the respondent: Dartmouth Professional Centre, Dartmouth.*

d'appel (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141), comme eux je suis d'avis que l'intimé a droit à un nouveau procès et je rejeterais donc le pourvoi formé par la Couronne devant notre Cour.

*Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.*

*Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureur de l'intimé : Dartmouth Professional Centre, Dartmouth.*



ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>





**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2011 Vol. 2**

and Tables

Cited as [2011] 2 S.C.R. { i-xliii  
549-791

**3<sup>e</sup> cahier, 2011 Vol. 2**

et Tables

Renvoi [2011] 2 R.C.S. { i-xliii  
549-791

---



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

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

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	BERNARD OLIVIER	LESLI TAKAHASHI
VALÉRIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	PETER O'DOHERTY
NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xxxiii
Authors Cited.....	xxxvii
Index .....	781

### **Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd. ... 560**

Courts — Supreme Court of Canada — Motion to adduce fresh evidence — Applicant requests 11 publications annexed to an affidavit be added to leave application — Factors guiding exercise of Court's discretion to adduce fresh evidence.

### **Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham ..... 670**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Ameliorative programs — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether distinction drawn on enumerated or analogous grounds — Whether program genuinely ameliorative — Whether distinction serves or advances object of ameliorative program — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(2) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether legislation violates right to freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether legislation violates right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.

### **Bastien Estate v. Canada ..... 710**

Aboriginal law — Taxation — Exemptions — Interest income — Status Indian living on reserve investing income

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata .....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xxv
Lois et règlements cités .....	xxxv
Doctrine citée .....	xxxvii
Index .....	787

### **Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd. ... 560**

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve — Demanderesse demandant que 11 publications jointes à un affidavit soient ajoutées à sa demande d'autorisation d'appel — Facteurs guidant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de recevoir de nouveaux éléments de preuve.

### **Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham ..... 670**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Programmes améliorateurs — La Metis Settlements Act de l'Alberta prévoit que l'inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d'avoir le statut de membre dans un établissement métis — La distinction est-elle établie en raison de motifs énumérés ou analogues? — Le programme est-il véritablement améliorateur? — La distinction tend-elle à l'objet du programme améliorateur ou y contribue-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(2) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — La Metis Settlements Act de l'Alberta prévoit que l'inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d'avoir le statut de membre dans un établissement métis — La loi enfreint-elle la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — La Metis Settlements Act de l'Alberta prévoit que l'inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d'avoir le statut de membre dans un établissement métis — La loi enfreint-elle le droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

in term deposits with caisse populaire on same reserve — Interest income earned on term deposits paid and deposited in savings account — Whether interest income exempt from income taxation as personal property “situated on a reserve” — Connecting factors approach to determining location of intangible personal property — Whether caisse’s economic activity in “commercial mainstream” off reserve is potentially relevant factor — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

Taxation — Income tax — Exemptions — Income from property — Interest income earned on term deposits deposited in status Indian’s savings account on reserve — Whether interest income exempt from tax as “personal property of an Indian situated on a reserve” — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 3, 9 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

### **Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada ..... 635**

Taxation — Income tax — Collection — Bills of exchange — Tax debtor drawing cheques from trust account and depositing them in a joint account owned by him and a third party — Minister of National Revenue issuing three requirements to pay to Bank with respect to tax debtor’s tax liability — Bank disputing liability — Whether Bank liable to make payments to tax debtor named as payee of cheques — Whether Bank liable to make payments to tax debtor when receiving cheques payable to tax debtor for deposit in account held jointly by tax debtor and third party — Whether Bank required to comply with requirements to pay — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 224 — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4.

### **Dubé v. Canada ..... 764**

Aboriginal law — Taxation — Exemptions — Interest income — Status Indian living part time off-reserve investing income in term deposits with caisse populaire located on reserve — Interest income earned on term deposits paid and deposited in savings account — Whether interest income exempt from income taxation as personal property “situated on a reserve” — Connecting factors approach to determining location of intangible personal property — Weight given to creditor’s place of residence, source of invested funds and location where investment income spent — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

Taxation — Income tax — Exemptions — Income from property — Interest income earned on term deposits deposited in status Indian’s savings account on reserve — Whether interest income exempt from tax as “personal property of an Indian situated on a reserve” — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 3, 9 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Bastien (Succession) c. Canada ..... 710**

Droit des Autochtones — Droit fiscal — Exemptions — Revenu en intérêts — Indien inscrit vivant dans une réserve ayant placé un revenu dans des dépôts à terme d’une caisse populaire située sur la même réserve — Revenu en intérêts tiré des dépôts à terme versé et déposé dans un compte d’épargne — Le revenu en intérêts était-il exempté de l’impôt sur le revenu à titre de bien meuble « situé sur une réserve »? — Méthode des facteurs de rattachement pour la détermination de l’emplacement d’un bien meuble immatériel — Les activités économiques hors réserve de la caisse dans le « marché ordinaire » constituent-elles un facteur potentiellement pertinent? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)(b).

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exemptions — Revenu d’un bien — Revenu en intérêts tiré de dépôts à terme par un Indien inscrit déposé dans un compte d’épargne sur une réserve — Le revenu en intérêts était-il exempté de taxation à titre de « bien meuble d’un Indien situé sur une réserve »? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)(b).

### **Dubé c. Canada ..... 764**

Droit des Autochtones — Droit fiscal — Exemptions — Revenu en intérêts — Revenu d’un Indien inscrit ayant vécu un certain temps hors réserve placé dans des dépôts à terme d’une caisse populaire située sur une réserve — Revenu en intérêts tiré des dépôts à terme versé et déposé dans un compte d’épargne — Le revenu en intérêts était-il exempté de l’impôt sur le revenu à titre de bien meuble « situé sur une réserve »? — Méthode des facteurs de rattachement pour la détermination de l’emplacement d’un bien meuble immatériel — Poids accordé à la résidence du créancier, à la source de l’argent placé et au lieu où le revenu de placements a été dépensé — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)(b).

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exemptions — Revenu d’un bien — Revenu en intérêts tiré de dépôts à terme par un Indien inscrit déposé dans son compte d’épargne sur une réserve — Le revenu en intérêts était-il exempté de taxation à titre de « bien meuble d’un Indien situé sur une réserve »? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)(b).

### **Hypothèques Trustco Canada c. Canada ..... 635**

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Recouvrement — Lettres de change — Le débiteur fiscal tirait des chèques sur son compte en fiducie et les déposait à un compte conjoint dont lui-même et un tiers étaient titulaires — Le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Campbell ..... 549**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search warrant — Police obtaining warrant to search four-bedroom townhouse operating as rooming house — Accused renting room in townhouse — Accused charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons — Whether there were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have authorized the search warrant — Whether search of accused's room breached accused's rights under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

Criminal law — Search warrant — Validity — Police obtaining warrant to search four-bedroom townhouse operating as rooming house — Accused renting room in townhouse — Accused charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons — Whether there were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have authorized the search warrant.

### **R. v. Nixon ..... 566**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether repudiation amounting to breach of accused's s. 7 Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Plea agreement — Repudiation — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether act of repudiation matter of tactics or conduct before court or matter of prosecutorial discretion — Whether act of repudiation reviewable on grounds of abuse of process.

### **Schreyer v. Schreyer ..... 605**

Family law — Family assets — Bankruptcy and insolvency — Spouses agreeing upon separation to valuation of assets under the Manitoba Family Property Act — Family farm owned by husband — Husband making an assignment in bankruptcy and obtaining discharge before valuation of assets — Valuation subsequently confirming that wife entitled to equalization payment — Effect of bankruptcy and discharge on equalization

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ministre du Revenu national a fait parvenir trois demandes péremptoires de paiement à la Banque relativement à la dette fiscale du débiteur fiscal — La Banque s'y est opposée — La Banque était-elle tenue de faire des paiements au débiteur fiscal, désigné comme preneur des chèques? — La Banque, s'étant vue remettre des chèques payables au débiteur fiscal pour dépôt dans un compte détenu conjointement par un tiers et ce débiteur fiscal, était-elle tenue de faire des paiements à ce dernier? — La Banque était-elle tenue d'obtempérer aux demandes péremptoires de paiement? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 224 — Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4.

### **R. c. Campbell ..... 549**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité d'un mandat de perquisition — Obtention par la police d'un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres — L'accusé y louait une chambre — L'accusé a été inculpé de possession d'un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu'il était sous le coup d'ordonnances d'interdiction d'avoir des armes en sa possession et d'une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d'armes en sa possession — Y avait-il suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition? — La fouille de la chambre de l'accusé portait-elle atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la preuve devait-elle être écartée en application de l'art. 24(2) de la Charte?

Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Obtention par la police d'un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres — L'accusé y louait une chambre — L'accusé a été inculpé de possession d'un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu'il était sous le coup d'ordonnances d'interdiction d'avoir des armes en sa possession et d'une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d'armes en sa possession — Y avait-il suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition?

### **R. c. Nixon ..... 566**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

payment — Whether equalization claim provable in bankruptcy — Whether husband released from equalization claim by discharge from bankruptcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69.4, 121(1), 121(2), 135, 178(1)(f), 178(2) — The Family Property Act, C.C.S.M. c. F25, s. 17.

## SOMMAIRE (Fin)

l'entente — La répudiation porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusée par l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Entente sur le plaidoyer — Répudiation — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie l'entente — La répudiation constitue-t-elle un élément de stratégie ou de conduite devant le tribunal ou relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — La répudiation peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire au motif qu'elle constitue un abus de procédure?

### **Schreyer c. Schreyer ..... 605**

Droit de la famille — Biens familiaux — Faillite et insolvabilité — Consentement des conjoints lors de la séparation à l'évaluation de l'actif en vertu de la Loi sur les biens familiaux du Manitoba — Époux propriétaire de la ferme familiale — Cession en faillite des biens de l'époux et libération avant l'évaluation de l'actif — Droit de l'épouse à un paiement de compensation confirmé par l'évaluation — Effet de la faillite et de la libération sur le paiement de compensation — La réclamation au titre de la compensation est-elle une réclamation prouvable en matière de faillite? — La libération de l'époux failli a-t-elle eu pour effet de le libérer de la réclamation au titre de la compensation? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69.4, 121(1), 121(2), 135, 178(1)f), 178(2) — Loi sur les biens familiaux, C.P.L.M. ch. F25, art. 17.



## 2011 Volume 2

# Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

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

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENDEL
CHANTAL DEMERS	BERNARD OLIVIER	LESLI TAKAHASHI
VALÉRIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIEVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	PETER O'DOHERTY
NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoint administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE



**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

## ERRATA

[2011] 1 S.C.R., p. 646, para. 42, line 16 of the English version. Read “and that it” instead of “at it”.

[2011] 1 R.C.S., p. 646, par. 42, ligne 16 de la version anglaise. Lire « and that it » au lieu de « at it ».

## MOTIONS — REQUÊTES

(May 1 to August 31, 2011 – 1<sup>er</sup> mai au 31 août 2011)

- A.B. v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 34141, leave to appeal refused with costs, 18.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A.O. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34217, leave to appeal refused, 14.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.*, (Ont.), 34112, leave to appeal refused with costs, 30.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Allstate Insurance Co. v. Primmum Insurance Co.*, (Ont.), 34036, leave to appeal refused with costs, 19.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Andriano v. Attorney General of Canada on behalf of the Republic of Italy*, (Ont.) (Crim.), 34109, leave to appeal refused, 19.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Ansari c. Gouvernement du Royaume du Maroc*, (Qc), 34124, leave to appeal refused, 7.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Antle v. The Queen*, (F.C.), 33979, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*, (F.C.), 33946, leave to appeal and leave to cross-appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident refusées avec dépens.
- Apotex Inc. v. Hoffmann Laroche Ltd.*, (F.C.), 33832, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Lundbeck Canada Inc.*, (F.C.), 34067, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Minister of Health*, (F.C.), 34084, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, (Qc), 34021, leave to appeal refused with costs, 26.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of British Columbia v. Vancouver International Airport Authority*, (B.C.), 34213, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barbu v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 34016, leave to appeal refused, 26.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Belance c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34176, leave to appeal refused, 11.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Bellusci c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34054, leave to appeal granted, 16.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, (B.C.), 34045, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bilich v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34156, leave to appeal refused, 14.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Bizzaro c. Artuso*, (Qc), 34121, leave to appeal refused with costs, 26.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Bouchard c. Procureur général du Québec*, (Qc), 34095, leave to appeal refused with costs, 7.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bowlin v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 34131, leave to appeal refused, 19.5.11, autorisation d'appel refusée.
- C.T. c. Direction de la protection de la jeunesse*, (Qc), 34163, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Cain v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34253, leave to appeal refused, 11.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Canada Post Corporation v. Canadian Union of Postal Workers*, (F.C.), 34152, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34085, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cardoso v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34091, leave to appeal granted, 23.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Casco Inc. v. Smith*, (Ont.), 34321, notice of discontinuance filed, 23.8.11, avis de désistement produit.
- Cheeseman v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34198, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Chow v. Karisik*, (B.C.), 33991, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Clancy v. Balemba*, (Ont.), 34105, leave to appeal refused, 26.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Clements v. Clements*, (B.C.), 34100, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.6.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Cobalt Pharmaceuticals Inc. v. Lundbeck Canada Inc.*, (F.C.), 34066, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conservative Fund Canada v. Chief Electoral Officer of Canada*, (Ont.), 34097, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dahan v. Delderfield*, (Que.), 34069, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Davey v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34179, leave to appeal granted, 23.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Deep v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (Ont.), 34187, leave to appeal refused with costs, 30.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Delaa v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34035, leave to appeal refused, 12.5.11, autorisation d'appel refusée.
- DeMarco v. Estate of Joseph Nicoletti*, (Ont.), 34108, leave to appeal refused, 2.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Deschênes c. Valeurs Mobilières Banque Laurentienne*, (Qc), 34081, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Diallo c. Société de l'assurance automobile du Québec*, (Qc), 34048, leave to appeal refused, 26.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Dickerson v. 1610396 Ontario Inc.*, (Ont.), 34110, leave to appeal refused with costs, 30.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dinunzio v. City of Hamilton*, (Ont.), 34164, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Direk v. Argiris & Associates*, (Ont.), 34093, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dissenting Nortel LTD Beneficiaries v. Nortel Networks Corporation*, (Ont.), 34171, leave to appeal refused with costs, 9.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- DuBois c. Conseil de la magistrature du Québec*, (Qc), 33973, leave to appeal refused, 12.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Dusseault c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34157, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.
- El v. Henry*, (Alta.), 34172, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Emms v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34087, leave to appeal granted, 23.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Fabrikant v. Drummond Jail*, (Que.), 34251, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Farooq v. Alberta College of Pharmacists*, (Alta.), 34007, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ferme avicole Laplante lée c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec*, (Qc), 34083, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Floria v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34170, leave to appeal refused, 30.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Foote v. Estate of Eldon Douglas Foote*, (Alta.), 34136, leave to appeal refused with costs, 7.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Francis v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Alta.) (Crim.), 34104, leave to appeal refused, 12.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Gabriele v. Ontario Realty Corporation*, (Ont.), 33960, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gauthier c. Guimont*, (Qc), 34015, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gauthier c. Guimont*, (Qc), 34116, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gheorghe c. Carrier*, (Qc), 34071, leave to appeal refused, 26.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Gibson v. Waddell*, (Ont.), 34211, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Glaxo Group Ltd. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 34006, leave to appeal refused with costs, 19.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guignard c. Caisse populaire de la Seigneurie de Ramezay*, (Qc), 34019, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harris v. GlaxoSmithKline Inc.*, (Ont.), 34111, leave to appeal refused, 14.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Hawkins v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 34137, leave to appeal refused, 9.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Hennessey v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34241, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Hershey Co. v. Main*, (B.C.), 34142, leave to appeal refused with costs, 7.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hershey Co. v. Osmun*, (Ont.), 34086, leave to appeal refused with costs, 7.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Heydary Hamilton Professional Corporation v. Hanuka*, (Ont.), 34130, leave to appeal refused with costs, 18.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hillary v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 34199, leave to appeal refused, 9.6.11, autorisation d'appel refusée.
- J.W.A. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34106, leave to appeal refused, 14.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Jazra c. Tribunal administratif du Québec, section des affaires sociales*, (Qc), 34042, leave to appeal refused, 5.5.11, autorisation d'appel refusée.

- Kattous c. Amex Canada Inc.*, (Qc), 34127, leave to appeal refused with costs, 28.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keremelevski v. V.W.R. Capital Corporation*, (B.C.), 34191, leave to appeal refused, 2.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Khan v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34234, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Khawaja v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34103, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Kimery v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34158, leave to appeal refused, 9.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Klippenstein v. Edison Rental Agency*, (Man.), 34102, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Konecny v. Ontario Power Generation*, (F.C.), 34096, leave to appeal refused with costs, 30.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Krawczyk v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34063, leave to appeal refused, 5.5.11, autorisation d'appel refusée.
- L.S. v. D.G.*, (Que.), 34114, leave to appeal refused, 30.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Labossiere-Clark v. Wood*, (Man.), 34177, leave to appeal refused, 14.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Lajeunesse c. Nantel*, (Qc), 34122, leave to appeal refused, 9.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Landry c. Ville de Sainte-Foy*, (Qc), 34115, leave to appeal refused, 12.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Largie v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33982, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Largie v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34160, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Lee v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34204, leave to appeal refused, 30.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Lenczner Slaght Royce Smith Griffin v. Echo Energy Canada Inc.*, (Ont.), 34008, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Liu v. Matrikon Inc.*, (Alta.), 34149, leave to appeal refused with costs, 7.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Liu v. Matrikon Inc.*, (F.C.), 34138, leave to appeal refused with costs, 7.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Livingston v. RBC Financial Group*, (Ont.), 33974, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- London Development Institute (London Land Developers Association) v. Corporation of the City of London*, (Ont.), 34047, leave to appeal refused with costs, 19.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lotfian v. Mazur*, (Alta.), 34162, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lu v. Padelt*, (Ont.), 33624, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.B. Kouri Insurance Brokers Ltd. v. Ecclesiastical Insurance Office Public Ltd. Co.*, (Ont.), 34113, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Makara v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 34134, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Maréchaux v. The Queen*, (F.C.), 34073, leave to appeal refused with costs, 9.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Marquis c. Conseil d'arbitrage des comptes des avocats du Barreau du Québec*, (Qc), 34174, leave to appeal refused, 28.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Marquis-Antle Spousal Trust v. The Queen*, (F.C.), 33987, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Matharu v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34203, leave to appeal refused, 7.7.11, autorisation d'appel refusée.

- McCallum v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34125, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Melkowska v. Office municipal d'habitation de Gatineau*, (Que.), 34123, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Momentous.ca Corporation v. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.*, (Ont.), 33999, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.5.11, autorisation d'appel accordée les avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Moore v. The Queen*, (B.C.), 34040, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Moore v. The Queen*, (B.C.), 34041, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Morgan-Hung v. British Columbia Human Rights Tribunal*, (B.C.), 34208, notice of discontinuance filed, 10.6.11, avis de désistement produit.
- Morin c. Simard*, (Qc), 34101, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mylan Pharmaceuticals ULC v. Lundbeck Canada Inc.*, (F.C.), 34068, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nadarajah v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 34013, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Named Person v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34200, notice of discontinuance filed, 12.7.11, avis de désistement produit.
- Nazarinia Holdings Inc. v. 2049080 Ontario Inc.*, (Ont.), 34017, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nguyen c. Ordre des acupuncteurs du Québec*, (Qc), 34148, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nguyen v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34195, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Oh v. Usher*, (B.C.), 34139, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- P.Y.A. Importer Ltd. v. More & More AG*, (Ont.), 34039, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Park Avenue Flooring Inc. v. EllisDon Construction Services Inc.*, (Alta.), 34118, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Patel v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34173, leave to appeal refused, 30.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Patti v. Hammerschmid & associés*, (Que.), 34046, leave to appeal refused, 12.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Pearlman v. Insurance Corporation of British Columbia*, (B.C.), 34074, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Pharmascience Inc. v. Aventis Pharma Inc.*, (F.C.), 33831, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Potts v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34193, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Powell v. United Parcel Service*, (F.C.), 34058, leave to appeal refused with costs, 12.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Presmy c. Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal*, (Qc), 34143, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Professional Institute of the Public Service of Canada v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 33968, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.5.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.



- Province of Alberta v. Canadian Copyright Licensing Agency*, (F.C.), 33888, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.5.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Punko v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34135, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- R. c. Bonomo*, (Qc) (Crim.), 34079, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Craig*, (F.C.), 34144, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.6.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. c. D.C.*, (Qc) (Crim.), 34094, leave to appeal granted and leave to cross-appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel accordée. et autorisation d'appel incident refusée.
- R. v. D.D.T.*, (Alta.) (Crim.), 34082, leave to appeal refused, 19.5.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Ladue*, (B.C.) (Crim.), 34245, leave to appeal granted, 14.7.11, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Mabior*, (Man.) (Crim.), 33976, leave to appeal granted, 5.5.11, autorisation d'appel accordée.
- R. c. Ménard*, (Qc) (Crim.), 34078, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Nedelcu*, (Ont.) (Crim.), 34228, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- R. c. R.P.*, (Qc) (Crim.), 34038, leave to appeal refused, 9.5.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. River Wind Ventures Ltd.*, (B.C.), 34212, leave to appeal refused with costs, 25.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*, (Qc), 34089, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richard c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 33980, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33971, leave to appeal refused, 5.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Safai v. Bruce N. Huntley Contracting Ltd.*, (Ont.), 33893, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Schifano v. Josnic Ltd.*, (Ont.), 34098, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Service Sanitaire Morin inc. c. Ville de Terrebonne*, (Qc), 34003, leave to appeal refused with costs, 5.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Simon v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33983, leave to appeal refused, 5.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Singh v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34076, leave to appeal refused, 2.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Soba v. Republic of Slovenia*, (Ont.) (Crim.), 34207, leave to appeal refused with costs, 14.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sonka Properties Inc. v. Paragon Development Corporation*, (Ont.), 34140, leave to appeal refused with costs, 19.5.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Skiskandarajah v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 34009, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- St. Michael Trust Corp. v. The Queen*, (F.C.), 34056, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.6.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- St. Michael Trust Corp. v. The Queen*, (F.C.), 34057, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.6.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Starson v. Pearce*, (Ont.), 34167, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.

- Stiers v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34184, leave to appeal refused, 30.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Sun Life Assurance Co. of Canada v. Sander*, (B.C.), 34133, notice of discontinuance filed, 20.7.11, avis de désistement produit.
- Syndicat des débardeurs du Port de Québec, section locale 2614 c. Société des arrimeurs de Québec Inc.*, (C.F.), 34146, leave to appeal refused with costs, 11.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des employés d'entretien de la société de transport de la Rive-Sud de Montréal (CSN) c. Réseau de transport de Longueuil*, (Qc), 34168, leave to appeal refused with costs, 11.8.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tatner v. Mohr*, (Que.), 34077, leave to appeal refused with costs, 9.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teerhuis-Moar v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 34051, leave to appeal refused, 19.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Tercon Construction Ltd. v. Allnorth Consultants Ltd.*, (B.C.), 34099, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tétrault c. Harnell*, (Qc), 34064, leave to appeal refused, 19.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, (F.C.), 33951, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.5.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Thai v. Poffenroth*, (Alta.), 34062, leave to appeal refused with costs, 7.7.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tingley v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 34107, leave to appeal refused, 7.7.11, autorisation d'appel refusée.
- Tohidy v. Algonquin College*, (Ont.), 34119, leave to appeal refused, 5.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Ulmer v. British Columbia Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, (B.C.), 34061, leave to appeal refused with costs, 16.6.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Westmount c. Rossy*, (Qc), 34060, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.5.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Walcer v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34145, leave to appeal refused, 16.6.11, autorisation d'appel refusée.
- Walle v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34080, leave to appeal granted, 30.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Wilczynski c. Corporation Minière Osisko*, (Qc), 34049, leave to appeal refused, 5.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Wong v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34120, leave to appeal refused, 26.5.11, autorisation d'appel refusée.
- Young v. Young*, (Ont.), 33939, leave to appeal refused, 25.8.11, autorisation d'appel refusée.
- Yumnu v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34090, leave to appeal granted, 23.6.11, autorisation d'appel accordée.
- Yusuf v. Western Homes & Management Ltd.*, (B.C.), 34185, notice of discontinuance filed, 20.5.11, avis de désistement produit.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>F</b>	
Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd. ....	560	Fraser, Ontario (Attorney General) v. ....	3
Alavida Lifestyles Inc., Masterpiece Inc. v. ....	387	<b>I</b>	
Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society ...	261	i Trade Finance Inc. v. Bank of Montreal .....	360
Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham .....	670	<b>J</b>	
<b>B</b>		J.A., R. v. ....	440
Bank of Montreal, i Trade Finance Inc. v. ....	360	<b>L</b>	
Bastien Estate v. Canada .....	710	Loewen, R. v. ....	167
<b>C</b>		<b>M</b>	
Campbell, R. v. ....	549	Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc. ....	387
Canada, Bastien Estate v. ....	710	Mavi, Canada (Attorney General) v. ....	485
Canada, Canada Trustco Mortgage Co. v. ....	635	<b>N</b>	
Canada, Dubé v. ....	764	Nixon, R. v. ....	566
Canada (Attorney General) v. Mavi .....	485	<b>O</b>	
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) .....	306	O’Brien, R. v. ....	485
Canada (Minister of National Defence), Canada (Information Commissioner) v. ....	306	Ontario (Attorney General) v. Fraser .....	3
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada .....	635	<b>R</b>	
Cunningham, Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. ....	670	R. v. Campbell .....	549
<b>D</b>		R. v. E.M.W. ....	542
Dubé v. Canada .....	764	R. v. J.A. ....	440
<b>E</b>			
E.M.W., R. v. ....	542		
Elder Advocates of Alberta Society, Alberta v. ...	261		

	PAGE		PAGE
R. v. Loewen .....	167		
R. v. Nixon .....	566		
R. v. O'Brien .....	485		
R. v. V.Y. ....	173		
<b>S</b>			
Schreyer v. Schreyer .....	605		
Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd. ....	175		
Stephenson Engineering Ltd., Aecon Buildings v. ....	560		
		<b>V</b>	
		V.Y., R. v. ....	173
		Vancouver Airport Centre Ltd., Sharbern Holding Inc. v. ....	175

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>F</b>	
Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd. ....	560	Fraser, Ontario (Procureur général) c. ....	3
Alavida Lifestyles Inc., Masterpiece Inc. c. ....	387	<b>H</b>	
Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society ....	261	Hypothèques Trustco Canada c. Canada .....	635
Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham .....	670	<b>I</b>	
<b>B</b>		i Trade Finance Inc. c. Banque de Montréal .....	360
Banque de Montréal, i Trade Finance Inc. c. ....	360	<b>J</b>	
Bastien (Succession) c. Canada .....	710	J.A., R. c. ....	440
<b>C</b>		<b>L</b>	
Campbell, R. c. ....	549	Loewen, R. c. ....	167
Canada, Bastien (Succession) c. ....	710	<b>M</b>	
Canada, Dubé c. ....	764	Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc. ....	387
Canada, Hypothèques Trustco Canada c. ....	635	Mavi, Canada (Procureur général) c. ....	485
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale) .....	306	<b>N</b>	
Canada (Ministre de la Défense nationale), Canada (Commissaire à l'information) c. ....	306	Nixon, R. c. ....	566
Canada (Procureur général) c. Mavi .....	485	<b>O</b>	
Cunningham, Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. ....	670	O'Brien, R. c. ....	485
<b>D</b>		Ontario (Procureur général) c. Fraser .....	3
Dubé c. Canada .....	764	<b>E</b>	
<b>E</b>		E.M.W., R. c. ....	542
Elder Advocates of Alberta Society, Alberta c. ....	261	<b>O</b>	

	PAGE		PAGE
<b>R</b>		<b>S</b>	
R. c. Campbell .....	549	Schreyer c. Schreyer .....	605
R. c. E.M.W. ....	542	Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd. ....	175
R. c. J.A. ....	440	Stephenson Engineering Ltd., Aecon Buildings c. ....	560
R. c. Loewen .....	167		
R. c. Nixon .....	566	<b>V</b>	
R. c. O'Brien .....	485	V.Y., R. c. ....	173
R. c. V.Y. ....	173	Vancouver Airport Centre Ltd., Sharbern Holding Inc. c. ....	175

## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
434438 B.C. Ltd. v. R.S. & D. Contracting Ltd. ....	2002 BCCA 423, 171 B.C.A.C. 111 .....	378
620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General) .....	2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131 .....	301
<b>A</b>		
Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America .....	(1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384 .....	67
Adarand Constructors, Inc. v. Pena .....	515 U.S. 200 (1995) .....	76
Air Canada v. British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 1161 .....	299
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 .....	157
Alberta (Minister of International and Intergovernmental Relations) v. Peavine Metis Settlement .....	2001 ABQB 165, [2001] 3 C.N.L.R. 1 .....	685
Allcroft v. Adams .....	(1907), 38 S.C.R. 365 .....	378
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	68
Anns v. Merton London Borough Council .....	[1978] A.C. 728 .....	289
Authorson v. Canada (Attorney General) .....	(2000), 53 O.R. (3d) 221 .....	281
<b>B</b>		
B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia .....	2009 SCC 15, [2009] 1 S.C.R. 504 ....	370, 651, 660
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[1999] 2 S.C.R. 817 .....	522
Balyk v. Balyk .....	(1994), 113 D.L.R. (4th) 719 .....	614
Bank of Montreal v. Innovation Credit Union .....	2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3 .....	372
Bank of Montreal v. M.N.R. ....	[1992] 1 C.T.C. 2292 .....	650
Barclays Bank Ltd. v. W.J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd. ....	[1979] 3 All E.R. 522 .....	370
Basic Inc. v. Levinson .....	485 U.S. 224 (1988) .....	206
Bastien Estate v. Canada .....	2009 FCA 108, 400 N.R. 349 .....	770
Bastien Estate v. Canada .....	2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710 .....	767, 778
Bawlf Grain Company v. Ross .....	(1917), 55 S.C.R. 232 .....	378
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de ser- vices publics inc. ....	[1996] 2 S.C.R. 345 .....	348
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex .....	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 .....	120
Bennett v. British Columbia .....	2009 BCSC 1358 (CanLII) .....	282
Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp. ....	[1969] S.C.R. 192 .....	405
Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce .....	[1996] 3 S.C.R. 727 .....	650, 666
Boyd v. Emmerson .....	(1834), 2 Ad. & E. 184, 111 E.R. 71 .....	658
Brewer Bros. v. Canada (Attorney General) .....	[1992] 1 F.C. 25 .....	291
Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General) .....	2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533 .....	328
Burson v. Burson .....	(1990), 4 C.B.R. (3d) 1 .....	614



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>C</b>		
C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour) .....	2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 .....	534
Canada v. Crosson .....	(1999), 169 F.T.R. 218 .....	527
Canada v. Folster .....	[1997] 3 F.C. 269 .....	728
Canada v. Monias .....	2001 FCA 239, [2002] 1 F.C. 51 .....	760
Canada (Attorney General) v. Information Commissioner (Can.) .....	2001 FCA 25, 268 N.R. 328 .....	334
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) .....	2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66 .....	321, 348
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias .....	[1997] 3 S.C.R. 391 .....	590
Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works) .....	[1993] 3 F.C. 320 .....	334
Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works) .....	[1995] 2 F.C. 110 .....	334, 349
Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works) .....	2004 FCA 286, 328 N.R. 98 .....	334
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada .....	2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 .....	453
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General) .....	[1996] 3 S.C.R. 480 .....	97
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson .....	[1998] 3 S.C.R. 157 .....	85
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General) .....	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76 .....	463
Capital Associates Ltd. v. Royal Bank of Canada .....	(1973), 36 D.L.R. (3d) 579 .....	655
Capital Associates Ltd. v. Royal Bank of Canada .....	(1976), 65 D.L.R. (3d) 384 .....	654
Cardinal v. Director of Kent Institution .....	[1985] 2 S.C.R. 643 .....	522
Century Services Inc. v. Canada (Attorney General) .....	2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379 .....	616
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) .....	2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 .....	54
Childs v. Desormeaux .....	2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643 .....	289
Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada .....	[1997] 3 S.C.R. 805 .....	379
City of Kamloops v. Nielsen .....	[1984] 2 S.C.R. 2 .....	289
Colpitts v. The Queen .....	[1965] S.C.R. 739 .....	498
Conde Nast Publications Inc. v. Union des éditions modernes .....	(1979), 46 C.P.R. (2d) 183 .....	413
Cooper v. Hobart .....	2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 .....	289
<b>D</b>		
Dagg v. Canada (Minister of Finance) .....	[1997] 2 S.C.R. 403 .....	345, 349
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General) .....	[1999] 2 S.C.R. 989 .....	37, 85, 141
Design Services Ltd. v. Canada .....	2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737 .....	292
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) .....	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3 .....	91
Drady v. Canada .....	2007 CanLII 27970 .....	283
Dubé v. Canada .....	2011 SCC 39, [2011] 2 S.C.R. 764 .....	744
Dubé v. The Queen .....	2007 TCC 393, 2008 D.T.C. 4022 .....	757
Dunmore v. Ontario (Attorney General) .....	2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016 .....	28, 81, 137, 147
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 .....	321, 522
<b>E</b>		
esure Insurance Ltd. v. Direct Line Insurance plc .....	2008 EWCA Civ 842, [2008] R.P.C. 34 .....	421
Eurig Estate (Re) .....	[1998] 2 S.C.R. 565 .....	300

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>F</b>		
Foley v. Hill .....	(1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002 .....	645, 663
Frame v. Smith .....	[1987] 2 S.C.R. 99 .....	242, 275
Francis v. Baker .....	[1999] 3 S.C.R. 250 .....	328
<b>G</b>		
Galambos v. Perez .....	2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247 .....	243, 276
Garland v. Consumers' Gas Co. ....	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629 .....	298
General Electric Co. v. The General Electric Co. Ltd. ....	[1972] All E.R. 507 .....	422
General Motors Corp. v. Bellows .....	[1949] S.C.R. 678 .....	415
Gerstle v. Gamble-Skogmo, Inc. ....	478 F.2d 1281 (1973) .....	204
Godbout v. Longueuil (City) .....	[1997] 3 S.C.R. 844 .....	706
Gorecki v. Canada (Attorney General) .....	(2006), 208 O.A.C. 368 .....	287
Greater Toronto Airports Authority v. International Lease Finance Corp. ....	(2004), 69 O.R. (3d) 1 .....	529
Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component .....	2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295 .....	145
Guerin v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 335 .....	276
<b>H</b>		
H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General) .....	2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441 .....	348
Haig v. Canada .....	[1993] 2 S.C.R. 995 .....	53
Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union ....	[1997] 1 S.C.R. 1092 .....	73
Harris v. Canada .....	2001 FCT 1408, [2002] 2 F.C. 484 .....	281
Harris v. Universal Explorations Ltd. ....	(1982), 17 B.L.R. 135 .....	203
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia .....	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 .....	30, 70, 136, 147
Hildebrand v. Hildebrand .....	(1999), 13 C.B.R. (4th) 226 .....	622
Hirschorn v. Evans .....	[1938] 2 K.B. 801 .....	667
Hodgkinson v. Simms .....	[1994] 3 S.C.R. 377 .....	276
Hogan v. Newfoundland (Attorney General) .....	(2000), 183 D.L.R. (4th) 225 .....	279
Hollick v. Toronto (City) .....	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158 .....	273
Hollis v. Dow Corning Corp. ....	[1995] 4 S.C.R. 634 .....	225, 427
Horn v. Canada .....	2007 FC 1052, [2008] 1 C.T.C. 140 .....	760
Houde v. Quebec Catholic School Commission .....	[1978] 1 S.C.R. 937 .....	531
Housen v. Nikolaisen .....	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 .....	215, 322, 427, 774
Hunt v. Carey Canada Inc. ....	[1990] 2 S.C.R. 959 .....	273
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	101, 557
<b>I</b>		
Inmet Mining Corp. v. Homestake Canada Inc. ....	2003 BCCA 610, 189 B.C.A.C. 251 .....	203
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	41

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>J</b>		
J.C. Creations Ltd. v. Vancouver City Savings Credit Union .....	2004 BCCA 107, 236 D.L.R. (4th) 602 .....	650
Joachimson v. Swiss Bank Corp. ....	[1921] 3 K.B. 110 .....	647
<b>K</b>		
K.L.B. v. British Columbia .....	2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403 .....	281
Kerr v. Danier Leather Inc. ....	2007 SCC 44, [2007] 3 S.C.R. 331 .....	201
Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance) .....	2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3 .....	300
Knight v. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 S.C.R. 653 .....	522
Krieger v. Law Society of Alberta .....	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372 .....	575
<b>L</b>		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 574 .....	275
Lacroix v. Valois .....	[1990] 2 S.C.R. 1259 .....	620
Large v. The Queen .....	2006 TCC 509, 2006 D.T.C. 3558 .....	760
Laudon v. Roberts .....	2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207 .....	563
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) .....	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773 .....	331, 348
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union .....	[1991] 2 S.C.R. 211 .....	107
Law Society of Upper Canada v. Skapinker .....	[1984] 1 S.C.R. 357 .....	101
Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd. ....	(1986), 12 C.P.R. (3d) 511 .....	410
Lewin v. The Queen .....	2001 D.T.C. 479 .....	728, 777
Lewin v. The Queen .....	2002 FCA 461, 2003 D.T.C. 5476 .....	720
Lovelace v. Ontario .....	(1997), 33 O.R. (3d) 735 .....	693
<b>M</b>		
Macdonald v. Tacquah Gold Mines Co. ....	(1884), 13 Q.B.D. 535 .....	667
Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp. ....	(1998), 42 O.R. (3d) 177 .....	207
Marzetti v. Marzetti .....	[1994] 2 S.C.R. 765 .....	622
Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc. ....	2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772 .....	393
McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation .....	2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846 .....	722, 751, 771
McGuire v. Graham .....	(1908), 11 O.W.R. 999 .....	246
Mills v. Electric Auto-Lite Co. ....	396 U.S. 375 (1970) .....	205
Mitchell v. Peguis Indian Band .....	[1990] 2 S.C.R. 85 .....	726, 746, 772
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services) .....	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152 .....	529
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council) .....	2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249 .....	534
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services) .....	2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281 .....	522
Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd. ....	[1988] 3 F.C. 91 .....	410

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>N</b>		
National Trust Co. v. Canada .....	(1998), 162 D.L.R. (4th) 704 .....	643, 661
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police .....	[1979] 1 S.C.R. 311 .....	522
Northway, Inc. v. TSC Industries, Inc. ....	512 F.2d 324 (1975) .....	212
Nova, an Alberta Corp. v. Amoco Canada Petroleum Co. ....	[1981] 2 S.C.R. 437 .....	234
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin .....	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 .....	57
Nowegijick v. The Queen .....	[1983] 1 S.C.R. 29 .....	718, 748, 771
<b>O</b>		
Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781 .....	522
Odhavji Estate v. Woodhouse .....	2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263 .....	296
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association .....	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 .....	46, 96, 319, 347
Optical Recording Corp. v. Canada .....	[1991] 1 F.C. 309 .....	529
<b>P</b>		
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City) .....	2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575 .....	300
Pappajohn v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 120 .....	458
Partlo v. Todd .....	(1888), 17 S.C.R. 196 .....	403
Peel (Regional Municipality) v. Canada .....	[1992] 3 S.C.R. 762 .....	302
Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage) .....	2006 FCA 190, [2007] 2 F.C.R. 475 .....	527
Petty v. Avis Car Inc. ....	(1993), 13 O.R. (3d) 725 .....	563
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey .....	505 U.S. 833 (1992) .....	75
Privacy Commissioner (Can.) v. Canada Labour Relations Board .....	(2000), 257 N.R. 66 .....	334
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner) .....	[1990] 2 S.C.R. 367 .....	36, 85, 148
PSAC v. Canada .....	[1987] 1 S.C.R. 424 .....	36, 83, 147
<b>Q</b>		
Quebec (Attorney General) v. Laroche .....	2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708 .....	557
Queen v. Cognos Inc. ....	[1993] 1 S.C.R. 87 .....	236
Queensland v. Commonwealth .....	(1977), 139 C.L.R. 585 .....	74
<b>R</b>		
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd. ....	2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209 .....	57, 103, 139
R. v. Araujo .....	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992 .....	557
R. v. Ashlee .....	2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226 ...	483
R. v. B. (K.G.) .....	[1993] 1 S.C.R. 740 .....	73

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Bernard .....	[1988] 2 S.C.R. 833 .....	73
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	53, 100
R. v. Canadian Imperial Bank of Commerce .....	(2000), 51 O.R. (3d) 257 .....	379
R. v. Carson .....	(2004), 185 C.C.C. (3d) 541 .....	478
R. v. Chaulk .....	[1990] 3 S.C.R. 1303 .....	73
R. v. Conway .....	[1989] 1 S.C.R. 1659 .....	590
R. v. Cuerrier .....	[1998] 2 S.C.R. 371 .....	461, 477
R. v. D.D.T. ....	2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258 .....	500
R. v. Esau .....	[1997] 2 S.C.R. 777 .....	454
R. v. Ewanchuk .....	[1999] 1 S.C.R. 330 .....	449, 466
R. v. Grant .....	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 .....	171
R. v. Handy .....	2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908 .....	496
R. v. Henry .....	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 .....	50, 73
R. v. Humphrey .....	(2001), 143 O.A.C. 151 .....	454
R. v. Jewitt .....	[1985] 2 S.C.R. 128 .....	586
R. v. Jobidon .....	[1991] 2 S.C.R. 714 .....	461, 470
R. v. Jolivet .....	2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751 .....	498
R. v. Kapp .....	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 .....	68, 686
R. v. Keegstra .....	[1995] 2 S.C.R. 381 .....	468
R. v. Keyowski .....	[1988] 1 S.C.R. 657 .....	589
R. v. Khan .....	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 .....	492, 498
R. v. Leaney .....	[1989] 2 S.C.R. 393 .....	492, 501
R. v. Lewis .....	[1996] 1 S.C.R. 921 .....	719, 771
R. v. Loxdale .....	(1758), 1 Burr. 445, 97 E.R. 394 .....	234
R. v. M. (M.L.) .....	[1994] 2 S.C.R. 3 .....	455
R. v. M. (R.) .....	(2006), 83 O.R. (3d) 349 .....	601
R. v. Mannion .....	[1986] 2 S.C.R. 272 .....	58
R. v. Mars .....	(2006), 205 C.C.C. (3d) 376 .....	499
R. v. Mohan .....	[1994] 2 S.C.R. 9 .....	418
R. v. Morelli .....	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 .....	557
R. v. National Post .....	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 .....	97
R. v. Neil .....	2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631 .....	247
R. v. O'Connor .....	[1995] 4 S.C.R. 411 .....	587
R. v. Osvath .....	(1996), 46 C.R. (4th) 124 .....	462
R. v. Paice .....	2005 SCC 22, [2005] 1 S.C.R. 339 .....	479
R. v. Park .....	[1995] 2 S.C.R. 836 .....	457
R. v. Pires .....	2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343 .....	598
R. v. Powley .....	2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207 .....	92, 702
R. v. Rahm .....	2006 ABCA 111, 384 A.R. 341 .....	501
R. v. Regan .....	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297 .....	590
R. v. Robinson .....	[1996] 1 S.C.R. 683 .....	73
R. v. Salituro .....	[1991] 3 S.C.R. 654 .....	73
R. v. Samuels .....	2009 ONCA 719 (CanLII) .....	500
R. v. Sharpe .....	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45 .....	65
R. v. Sheppard .....	2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869 .....	493, 500
R. v. Sparrow .....	[1990] 1 S.C.R. 1075 .....	279
R. v. Suzack .....	(2000), 141 C.C.C. (3d) 449 .....	495
R. v. Trochym .....	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239 .....	502
R. v. Van .....	2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716 .....	498
Racicot v. Bertrand .....	[1979] 1 S.C.R. 441 .....	378

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Re Kryspin .....	(1983), 40 O.R. (2d) 424 .....	617
Recalma v. Canada .....	[1997] 4 C.N.L.R. 272 .....	777
Recalma v. Canada .....	(1998), 158 D.L.R. (4th) 59 .....	720, 769
Reference re Broome v. Prince Edward Island .....	2010 SCC 11, [2010] 1 S.C.R. 360 .....	289
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.) .....	[1987] 1 S.C.R. 313 .....	36, 83, 147
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) .....	[1990] 1 S.C.R. 1123 .....	105
Rhine v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 442 .....	526
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .....	131
Robichaud v. Canada (Treasury Board) .....	[1987] 2 S.C.R. 84 .....	348
Robinson v. The Queen .....	2010 TCC 649, [2011] 2 C.T.C. 2286 .....	760
Ross, Re .....	(2003), 50 C.B.R. (4th) 274 .....	617
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board) .....	[1996] 1 S.C.R. 369 .....	125, 149
Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council) .....	[1996] 1 S.C.R. 6 .....	349
Rubin v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade) .....	2001 FCT 440, 204 F.T.R. 313 .....	334
RWDSU v. Saskatchewan .....	[1987] 1 S.C.R. 460 .....	36, 83, 147

## S

Sagharian (Litigation Guardian of) v. Ontario (Minister of Education) .....	2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105 .....	281
Schimnowski Estate, Re .....	[1996] 6 W.W.R. 194 .....	653, 663
Schroeder v. Central Bank of London .....	(1876), 34 L.T. 735 .....	652, 663
Sero v. Canada .....	2004 FCA 6, [2004] 2 F.C.R. 613 .....	720
Shea v. Fraser .....	2007 ONCA 224, 85 O.R. (3d) 28 .....	625
Shilling v. M.N.R. ....	2001 FCA 178, [2001] 4 F.C. 364 .....	760
Sim v. Sim .....	(2009), 50 C.B.R. (5th) 295 .....	624
Slaight Communications Inc. v. Davidson .....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	65
Southwind v. Canada .....	(1998), 156 D.L.R. (4th) 87 .....	741, 760
Sparling v. Royal Trustco Ltd. ....	(1984), 6 D.L.R. (4th) 682 .....	203
St. Peter's Evangelical Lutheran Church v. Ottawa .....	[1982] 2 S.C.R. 616 .....	233
Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D. ....	2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83 .....	290
Syndicat Northcrest v. Amselem .....	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 .....	102

## T

Tele-Mobile Co. v. Ontario .....	2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305 .....	325
The Queen v. National Indian Brotherhood .....	[1979] 1 F.C. 103 .....	748
Thibodeau v. Thibodeau .....	2011 ONCA 110, 104 O.R. (3d) 161 .....	616
Thomson v. Merchants Bank of Canada .....	(1919), 58 S.C.R. 287 .....	653, 663
TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc. ....	426 U.S. 438 (1976) .....	201
Turgeon v. Turgeon .....	[1997] O.J. No. 4269 (QL) .....	624

## U

U.E.W. and DeVilbiss Ltd. ....	[1976] 2 C.L.R.B.R. 101 .....	149
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd. ....	[1999] 2 S.C.R. 1083 .....	56
Ultramares Corp. v. Touche .....	174 N.E. 441 (1931) .....	292
Ultravite Laboratories Ltd. v. Whitehall Laboratories Ltd. ....	[1965] S.C.R. 734 .....	420

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance) .....	[1998] 1 S.C.R. 1161 .....	719, 747, 771
United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet .....	[1909] A.C. 330 .....	378
University of British Columbia v. Berg .....	[1993] 2 S.C.R. 353 .....	727
<b>V</b>		
Van de Perre v. Edwards .....	2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014 .....	215
Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée .....	2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824 .....	405
Vriend v. Alberta .....	[1998] 1 S.C.R. 493 .....	54, 145
<b>W</b>		
Ward-Price v. Mariners Haven Inc. ....	(2001), 57 O.R. (3d) 410 .....	529
Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg .....	[1971] S.C.R. 957 .....	292
Wellington Mushroom Farm .....	[1980] O.L.R.B. Rep. 813 .....	158
Westboro Flooring & Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia .....	(2004), 241 D.L.R. (4th) 257 .....	650
Westcoast Commodities Inc. v. Chen .....	(1986), 55 O.R. (2d) 264 .....	667
Westminster Bank Ltd. v. Hilton .....	(1926), 43 T.L.R. 124 .....	665
Wewaykum Indian Band v. Canada .....	2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245 .....	279
Williams v. Canada .....	[1992] 1 S.C.R. 877 .....	711, 747, 774
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada .....	2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915 .....	738
Withler v. Canada (Attorney General) .....	2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 .....	690

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
434438 B.C. Ltd. c. R.S. & D. Contracting Ltd. ....	2002 BCCA 423, 171 B.C.A.C. 111 .....	378
620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général) .....	2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131 .....	301

### A

Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America .....	(1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384 .....	67
Adarand Constructors, Inc. c. Pena .....	515 U.S. 200 (1995) .....	76
AFPC c. Canada .....	[1987] 1 R.C.S. 424 .....	36, 83, 147
Air Canada c. Colombie-Britannique .....	[1989] 1 R.C.S. 1161 .....	299
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 .....	157
Alberta (Minister of International and Intergovernmental Relations) c. Peavine Metis Settlement .....	2001 ABQB 165, [2001] 3 C.N.L.R. 1 .....	685
Allcroft c. Adams .....	(1907), 38 R.C.S. 365 .....	378
Andrews c. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 R.C.S. 143 .....	68
Anns c. Merton London Borough Council .....	[1978] A.C. 728 .....	289
Authorson c. Canada (Attorney General) .....	(2000), 53 O.R. (3d) 221 .....	281

### B

B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse .....	2009 CSC 15, [2009] 1 R.C.S. 504 ....	370, 651, 660
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1999] 2 R.C.S. 817 .....	522
Balyk c. Balyk .....	(1994), 113 D.L.R. (4th) 719 .....	614
Bande indienne Wewaykum c. Canada .....	2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245 .....	279
Banque de Montréal c. Canada (ministre du Revenu national) .....	[1991] A.C.I. n° 930 (QL) .....	650
Banque de Montréal c. Innovation Credit Union .....	2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3 .....	372
Barclays Bank Ltd. c. W.J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd. ....	[1979] 3 All E.R. 522 .....	370
Basic Inc. c. Levinson .....	485 U.S. 224 (1988) .....	206
Bastien (Succession) c. Canada .....	2009 CAF 108, [2009] A.C.F. n° 434 (QL) .....	770
Bastien (Succession) c. Canada .....	2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710 .....	767, 778
Bawlf Grain Company c. Ross .....	(1917), 55 R.C.S. 232 .....	378
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. ....	[1996] 2 R.C.S. 345 .....	348
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex .....	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 .....	120
Bennett c. British Columbia .....	2009 BCSC 1358 (CanLII) .....	282
Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp. ....	[1969] R.C.S. 192 .....	405
Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce .....	[1996] 3 R.C.S. 727 .....	650, 666
Boyd c. Emmerson .....	(1834), 2 Ad. & E. 184, 111 E.R. 71 .....	658
Brewer Bros. c. Canada (Procureur général) .....	[1992] 1 C.F. 25 .....	291
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général) .....	2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 .....	328
Burson c. Burson .....	(1990), 4 C.B.R. (3d) 1 .....	614



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>C</b>		
Canada c. Crosson .....	1999 CanLII 8350 .....	527
Canada c. Folster .....	[1997] 3 C.F. 269 .....	728
Canada c. Monias .....	2001 CAF 239, [2002] 1 C.F. 51 .....	760
Canada c. National Trust Co. ....	1998 CanLII 8214 .....	643, 661
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) .....	2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66 .....	321, 348
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada) c. Canada (Conseil canadien des relations du travail) .....	2000 CanLII 15487 .....	334
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias ...	[1997] 3 R.C.S. 391 .....	590
Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information) .....	2001 CAF 25 (CanLII) .....	334
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général) .....	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76 .....	463
Capital Associates Ltd. c. Royal Bank of Canada .....	(1973), 17 N.R. 205 .....	655
Capital Associates Ltd. c. Royal Bank of Canada .....	(1976), 17 N.R. 204 .....	654
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent .....	[1985] 2 R.C.S. 643 .....	522
Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux) .....	2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281 .....	522
Century Services Inc. c. Canada (Procureur général) .....	2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379 .....	616
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) .....	2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 .....	54
Childs c. Desormeaux .....	2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643 .....	289
Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général) .....	2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441 .....	348
Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada .....	[1997] 3 R.C.S. 805 .....	379
Colpitts c. The Queen .....	[1965] R.C.S. 739 .....	498
Conde Nast Publications Inc. c. Union des éditions modernes .....	(1979), 46 C.P.R. (2d) 183 .....	413
Cooper c. Hobart .....	2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537 .....	289
<b>D</b>		
Dagg c. Canada (Ministre des Finances) .....	[1997] 2 R.C.S. 403 .....	345, 349
Delisle c. Canada (Sous-procureur général) .....	[1999] 2 R.C.S. 989 .....	37, 85, 141
Design Services Ltd. c. Canada .....	2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737 .....	293
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) .....	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3 .....	91
Drady c. Canada .....	2007 CanLII 27970 .....	283
Dubé c. Canada .....	2011 CSC 39, [2011] 2 R.C.S. 764 .....	744
Dubé c. La Reine .....	2007 CCI 393, 2008 D.T.C. 2204 .....	757
Dunmore c. Ontario (Procureur général) .....	2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 .....	28, 81, 137, 147
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 .....	321, 522
<b>E</b>		
Église luthérienne évangélique St. Peter c. Ottawa .....	[1982] 2 R.C.S. 616 .....	233
esure Insurance Ltd. c. Direct Line Insurance plc .....	2008 EWCA Civ 842, [2008] R.P.C. 34 .....	421

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>F</b>		
Foley c. Hill .....	(1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002 .....	645, 663
Frame c. Smith .....	[1987] 2 R.C.S. 99 .....	242, 275
Francis c. Baker .....	[1999] 3 R.C.S. 250 .....	328
<b>G</b>		
Galambos c. Perez .....	2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247 ....	243, 276
Garland c. Consumers' Gas Co. ....	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629 .....	298
General Electric Co. c. The General Electric Co. Ltd. ....	[1972] All E.R. 507 .....	422
General Motors Corp. c. Bellows .....	[1949] R.C.S. 678 .....	415
Gerstle c. Gamble-Skogmo, Inc. ....	478 F.2d 1281 (1973) .....	204
Godbout c. Longueuil (Ville) .....	[1997] 3 R.C.S. 844 .....	706
Gorecki c. Canada (Attorney General) .....	(2006), 208 O.A.C. 368 .....	287
Greater Toronto Airports Authority c. International Lease Finance Corp. ....	(2004), 69 O.R. (3d) 1 .....	529
Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique ....	2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295 .....	145
Guerin c. La Reine .....	[1984] 2 R.C.S. 335 .....	276
<b>H</b>		
Haig c. Canada .....	[1993] 2 R.C.S. 995 .....	53
Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union ...	[1997] 1 R.C.S. 1092 .....	73
Harris c. Canada .....	2001 CFPI 1408, [2002] 2 C.F. 484 .....	281
Harris c. Universal Explorations Ltd. ....	(1982), 17 B.L.R. 135 .....	203
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique .....	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 .....	30, 70, 136, 147
Hildebrand c. Hildebrand .....	(1999), 13 C.B.R. (4th) 226 .....	622
Hirschorn c. Evans .....	[1938] 2 K.B. 801 .....	667
Hodgkinson c. Simms .....	[1994] 3 R.C.S. 377 .....	276
Hogan c. Newfoundland (Attorney General) .....	(2000), 183 D.L.R. (4th) 225 .....	279
Hollick c. Toronto (Ville) .....	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 .....	273
Hollis c. Dow Corning Corp. ....	[1995] 4 R.C.S. 634 .....	225, 427
Horn c. Canada .....	2007 CF 1052 (CanLII) .....	760
Houde c. Commission des écoles catholiques de Québec .....	[1978] 1 R.C.S. 937 .....	531
Housen c. Nikolaisen .....	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 .....	215, 322, 427, 774
Hunt c. Carey Canada Inc. ....	[1990] 2 R.C.S. 959 .....	273
Hunter c. Southam Inc. ....	[1984] 2 R.C.S. 145 .....	101, 557
Hypothèques Trustco Canada c. Canada .....	2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 .....	453
<b>I</b>		
Inmet Mining Corp. c. Homestake Canada Inc. ....	2003 BCCA 610, 189 B.C.A.C. 251 .....	203

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire) .....	[1990] 2 R.C.S. 367 .....	36, 85, 148
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	41
<b>J</b>		
J.C. Creations Ltd. c. Vancouver City Savings Credit Union .....	2004 BCCA 107, 236 D.L.R. (4th) 602 .....	650
Joachimson c. Swiss Bank Corp. .....	[1921] 3 K.B. 110 .....	647
<b>K</b>		
K.L.B. c. Colombie-Britannique .....	2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403 .....	281
Kerr c. Danier Leather Inc. .....	2007 CSC 44, [2007] 3 R.C.S. 331 .....	201
Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances) .....	2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3 .....	300
Knight c. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 R.C.S. 653 .....	522
Krieger c. Law Society of Alberta .....	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372 .....	575
<b>L</b>		
La Reine c. National Indian Brotherhood .....	[1979] 1 C.F. 103 .....	748
Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd. .....	[1989] 2 R.C.S. 574 .....	275
Lacroix c. Valois .....	[1990] 2 R.C.S. 1259 .....	620
Large c. La Reine .....	2006 CCI 509 (CanLII) .....	760
Laudon c. Roberts .....	2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207 .....	563
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles) .....	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773 .....	331, 348
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario .....	[1991] 2 R.C.S. 211 .....	107
Law Society of Upper Canada c. Skapinker .....	[1984] 1 R.C.S. 357 .....	101
Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd. .....	[1986] A.C.F. n° 766 (QL) .....	410
Lewin c. Canada .....	2002 CAF 461 (CanLII) .....	720
Lewin c. La Reine .....	2001 CanLII 502 .....	728, 777
Lovelace c. Ontario .....	(1997), 33 O.R. (3d) 735 .....	693
<b>M</b>		
Macdonald c. Tacquah Gold Mines Co. .....	(1884), 13 Q.B.D. 535 .....	667
Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp. .....	(1998), 42 O.R. (3d) 177 .....	207
Marzetti c. Marzetti .....	[1994] 2 R.C.S. 765 .....	622
Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc. .....	2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772 .....	393
McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake .....	2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846 .....	722, 751, 771
McGuire c. Graham .....	(1908), 11 O.W.R. 999 .....	246
Mills c. Electric Auto-Lite Co. .....	396 U.S. 375 (1970) .....	205
Mitchell c. Bande indienne Peguis .....	[1990] 2 R.C.S. 85 .....	726, 746, 772
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers) .....	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152 .....	529
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature) .....	2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249 .....	534
Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd. .....	[1988] 3 C.F. 91 .....	410

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>N</b>		
Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police .....	[1979] 1 R.C.S. 311 .....	521
Northway, Inc. c. TSC Industries, Inc. ....	512 F.2d 324 (1975) .....	212
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin .....	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 .....	57
Nova, an Alberta Corp. c. Amoco Canada Petroleum Co. ....	[1981] 2 R.C.S. 437 .....	234
Nowegijick c. La Reine .....	[1983] 1 R.C.S. 29 .....	718, 748, 771
<b>O</b>		
Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781 .....	522
Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson .....	[1998] 3 R.C.S. 157 .....	85
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association .....	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 .....	46, 96, 319, 347
Optical Recording Corp. c. Canada .....	[1991] 1 C.F. 309 .....	529
<b>P</b>		
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville) .....	2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575 .....	300
Pappajohn c. La Reine .....	[1980] 2 R.C.S. 120 .....	458
Partlo c. Todd .....	(1888), 17 R.C.S. 196 .....	403
Peel (Municipalité régionale) c. Canada .....	[1992] 3 R.C.S. 762 .....	302
Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) .....	2006 CAF 190, [2007] 2 R.C.F. 475 .....	527
Petty c. Avis Car Inc. ....	(1993), 13 O.R. (3d) 725 .....	563
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey .....	505 U.S. 833 (1992) .....	75
<b>Q</b>		
Québec (Procureur général) c. Laroche .....	2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708 .....	557
Queen c. Cognos Inc. ....	[1993] 1 R.C.S. 87 .....	236
Queensland c. Commonwealth .....	(1977), 139 C.L.R. 585 .....	73
<b>R</b>		
R. c. Advance Cutting & Coring Ltd. ....	2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209 .....	57, 103, 139
R. c. Araujo .....	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992 .....	557
R. c. Ashlee .....	2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226 ...	483
R. c. B. (K.G.) .....	[1993] 1 R.C.S. 740 .....	73
R. c. Bernard .....	[1988] 2 R.C.S. 833 .....	73
R. c. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 R.C.S. 295 .....	53, 100
R. c. Canadian Imperial Bank of Commerce .....	(2000), 51 O.R. (3d) 257 .....	379
R. c. Carson .....	(2004), 185 C.C.C. (3d) 541 .....	478
R. c. Chaulk .....	[1990] 3 R.C.S. 1303 .....	73

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Conway .....	[1989] 1 R.C.S. 1659 .....	590
R. c. Cuerrier .....	[1998] 2 R.C.S. 371 .....	461, 477
R. c. D.D.T. ....	2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258 .....	500
R. c. Esau .....	[1997] 2 R.C.S. 777 .....	454
R. c. Ewanchuk .....	[1999] 1 R.C.S. 330 .....	449, 466
R. c. Grant .....	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 .....	171
R. c. Handy .....	2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908 .....	496
R. c. Henry .....	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 .....	50, 73
R. c. Humphrey .....	(2001), 143 O.A.C. 151 .....	454
R. c. Jewitt .....	[1985] 2 R.C.S. 128 .....	586
R. c. Jobidon .....	[1991] 2 R.C.S. 714 .....	461, 470
R. c. Jolivet .....	2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751 .....	498
R. c. Kapp .....	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 .....	68, 686
R. c. Keegstra .....	[1995] 2 R.C.S. 381 .....	468
R. c. Keyowski .....	[1988] 1 R.C.S. 657 .....	589
R. c. Khan .....	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 .....	492, 498
R. c. Leaney .....	[1989] 2 R.C.S. 393 .....	492, 501
R. c. Lewis .....	[1996] 1 R.C.S. 921 .....	719, 771
R. c. Loxdale .....	(1758), 1 Burr. 445, 97 E.R. 394 .....	234
R. c. M. (M.L.) .....	[1994] 2 R.C.S. 3 .....	455
R. c. M. (R.) .....	(2006), 83 O.R. (3d) 349 .....	601
R. c. Mannion .....	[1986] 2 R.C.S. 272 .....	58
R. c. Mars .....	(2006), 205 C.C.C. (3d) 376 .....	499
R. c. Mohan .....	[1994] 2 R.C.S. 9 .....	418
R. c. Morelli .....	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253 .....	557
R. c. National Post .....	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 .....	97
R. c. Neil .....	2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631 .....	247
R. c. O'Connor .....	[1995] 4 R.C.S. 411 .....	587
R. c. Osvath .....	(1996), 46 C.R. (4th) 124 .....	462
R. c. Paice .....	2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339 .....	479
R. c. Park .....	[1995] 2 R.C.S. 836 .....	457
R. c. Pires .....	2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343 .....	598
R. c. Powley .....	2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207 .....	92, 702
R. c. Rahm .....	2006 ABCA 111, 384 A.R. 341 .....	501
R. c. Regan .....	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 .....	590
R. c. Robinson .....	[1996] 1 R.C.S. 683 .....	73
R. c. Salituro .....	[1991] 3 R.C.S. 654 .....	73
R. c. Samuels .....	2009 ONCA 719 (CanLII) .....	500
R. c. Sharpe .....	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45 .....	65
R. c. Sheppard .....	2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869 .....	493, 500
R. c. Sparrow .....	[1990] 1 R.C.S. 1075 .....	279
R. c. Suzack .....	(2000), 141 C.C.C. (3d) 449 .....	495
R. c. Trochym .....	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239 .....	502
R. c. Van .....	2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716 .....	498
Racicot c. Bertrand .....	[1979] 1 R.C.S. 441 .....	378
Re Kryspin .....	(1983), 40 O.R. (2d) 424 .....	617
Recalma c. Canada .....	[1996] A.C.I. n° 675 (QL) .....	777
Recalma c. Canada .....	1998 CanLII 7621 .....	720, 769

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Renvoi relatif à Broome c. Île-du-Prince-Édouard .....	2010 CSC 11, [2010] 1 R.C.S. 360 .....	289
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.) .....	[1990] 1 R.C.S. 1123 .....	105
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) .....	[1987] 1 R.C.S. 313 .....	36, 83, 147
Rhine c. La Reine .....	[1980] 2 R.C.S. 442 .....	526
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 .....	131
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor) .....	[1987] 2 R.C.S. 84 .....	348
Robinson c. La Reine .....	2010 CCI 649 (CanLII) .....	760
Ross, Re .....	(2003), 50 C.B.R. (4th) 274 .....	617
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail) ....	[1996] 1 R.C.S. 369 .....	125, 149
Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé) .....	[1996] 1 R.C.S. 6 .....	349
Rubin c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international) .....	2001 CFPI 440 (CanLII) .....	334

## S

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail) .....	2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539 .....	534
Sagharian (Litigation Guardian of) c. Ontario (Minister of Education) .....	2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105 .....	281
Schimnowski Estate, Re .....	[1996] 6 W.W.R. 194 .....	653, 663
Schroeder c. Central Bank of London .....	(1876), 34 L.T. 735 .....	652, 663
SDGMR c. Saskatchewan .....	[1987] 1 R.C.S. 460 .....	36, 83, 147
Sero c. Canada .....	2004 CAF 6, [2004] 2 R.C.F. 613 .....	720
Shea c. Fraser .....	2007 ONCA 224, 85 O.R. (3d) 28 .....	625
Shilling c. M.R.N. ....	2001 CAF 178, [2001] 4 C.F. 364 .....	760
Sim c. Sim .....	(2009), 50 C.B.R. (5th) 295 .....	624
Slaight Communications Inc. c. Davidson .....	[1989] 1 R.C.S. 1038 .....	65
Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics) .....	[1993] 3 C.F. 320 .....	334
Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics) .....	[1995] 2 C.F. 110 .....	334, 349
Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) .....	2004 CAF 286 (CanLII) .....	334
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...	[1996] 3 R.C.S. 480 .....	97
Société Télé-Mobile c. Ontario .....	2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305 .....	325
Southwind c. Canada .....	1998 CanLII 7300 .....	741, 760
Sparling c. Royal Trustco Ltd. ....	(1984), 6 D.L.R. (4th) 682 .....	203
Succession Eurig (Re) .....	[1998] 2 R.C.S. 565 .....	300
Succession Odhavji c. Woodhouse .....	2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263 .....	296
Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D. ....	2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83 .....	290
Syndicat Northcrest c. Amselem .....	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 .....	102

## T

T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd. ....	[1999] 2 R.C.S. 1083 .....	56
Thibodeau c. Thibodeau .....	2011 ONCA 110, 104 O.R. (3d) 161 .....	617
Thomson c. Merchants Bank of Canada .....	(1919), 58 R.C.S. 287 .....	653, 663
TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc. ....	426 U.S. 438 (1976) .....	201
Turgeon c. Turgeon .....	[1997] O.J. No. 4269 (QL) .....	624

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOVI	PAGE
<b>U</b>		
U.E.W. and DeVilbiss Ltd. ....	[1976] 2 C.L.R.B.R. 101 .....	149
Ultramares Corp. c. Touche .....	174 N.E. 441 (1931) .....	293
Ultravite Laboratories Ltd. c. Whitehall Laboratories Ltd. ....	[1965] R.C.S. 734 .....	420
Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) .....	[1998] 1 R.C.S. 1161 .....	719, 747, 771
United Shoe Machinery Company of Canada c. Brunet .....	[1909] A.C. 330 .....	378
Université de la Colombie-Britannique c. Berg .....	[1993] 2 R.C.S. 353 .....	727
<b>V</b>		
Van de Perre c. Edwards .....	2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014 .....	215
Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée .....	2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824 .....	405
Ville de Kamloops c. Nielsen .....	[1984] 2 R.C.S. 2 .....	289
Vriend c. Alberta .....	[1998] 1 R.C.S. 493 .....	54, 145
<b>W</b>		
Ward-Price c. Mariners Haven Inc. ....	(2001), 57 O.R. (3d) 410 .....	529
Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg .....	[1971] R.C.S. 957 .....	292
Wellington Mushroom Farm .....	[1980] O.L.R.B. Rep. 813 .....	158
Westboro Flooring & Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia .....	(2004), 241 D.L.R. (4th) 257 .....	650
Westcoast Commodities Inc. c. Chen .....	(1986), 55 O.R. (2d) 264 .....	667
Westminster Bank Ltd. c. Hilton .....	(1926), 43 T.L.R. 124 .....	665
Williams c. Canada .....	[1992] 1 R.C.S. 877 .....	711, 747, 774
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada .....	2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915 .....	738
Withler c. Canada (Procureur général) .....	2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 .....	690

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>F</b>	
<i>Access to Information Act</i> , R.S.C. 1985, c. A-1		<i>Family Property Act</i> , C.C.S.M. c. F25	
s. 3 .....	306	s. 17 .....	605
s. 4(1) .....	306		
s. 19(1) .....	306	<b>I</b>	
<i>Agricultural Employees Protection Act, 2002</i> , S.O. 2002, c. 16 .....	3	<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27	
<b>B</b>		s. 145 .....	504
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3		<i>Immigration and Refugee Protection Regu- lations</i> , SOR/2002-227	
s. 69.4 .....	605	s. 132 .....	504
s. 121 .....	605	<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)	
s. 135 .....	605	s. 3 .....	710, 764
<i>Bills of Exchange Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-4		s. 9 .....	710, 764
s. 165(3) .....	635	s. 12(1)(c) .....	712
<b>C</b>		s. 12(4) .....	714
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 224 .....	635
s. 1 .....	3	<i>Indian Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-5	
s. 2(d) .....	3, 670	s. 87(1)(b) .....	710, 764
s. 7 .....	566, 670	<b>L</b>	
s. 8 .....	167, 549	<i>Labour Relations Act, 1995</i> , S.O. 1995, c. 1, Sch. A	
s. 9 .....	167	s. 3(b.1) .....	3
s. 15 .....	3	<b>M</b>	
s. 15(1) .....	261	<i>Metis Settlements Act</i> , R.S.A. 2000, c. M-14	
s. 15(2) .....	670	s. 75 .....	670
s. 24(2) .....	167, 549	s. 90 .....	67
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64			
s. 1566 .....	712		
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46			
s. 265 .....	440		
s. 273.1 .....	440		
s. 273.2 .....	440		
s. 495(1)(a) .....	167		
s. 686(1)(b)(iii) .....	485		



	PAGE		PAGE
<b>P</b>		<b>T</b>	
<i>Personal Property Security Act</i> , R.S.O. 1990, c. P.10		<i>Trade-marks Act</i> , R.S.C. 1985, c. T-13	
s. 1(1) .....	360	s. 2 .....	387
s. 2 .....	360	s. 4 .....	387
s. 11 .....	360	s. 6 .....	387
s. 72 .....	360	s. 16(1) .....	387
<i>Privacy Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-21		s. 16(3) .....	387
s. 3 .....	306	s. 17 .....	387
<b>R</b>		s. 18 .....	387
<i>Real Estate Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 397		s. 19 .....	387
s. 75 .....	175	s. 20 .....	387
<b>S</b>		s. 21 .....	387
<i>Supreme Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. S-26		s. 30 .....	387
s. 43 .....	560	s. 35 .....	387
		s. 40 .....	387
		s. 57(1) .....	387

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27	
art. 1 .....	3	art. 145 .....	504
art. 2d) .....	3, 670	<i>Loi sur la Cour suprême</i> , L.R.C. 1985, ch. S-26	
art. 7 .....	566, 670	art. 43 .....	560
art. 8 .....	167, 549	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> , L.R.C. 1985, ch. B-3	
art. 9 .....	167	art. 69.4 .....	605
art. 15 .....	3	art. 121 .....	605
art.15(1) .....	261	art. 135 .....	605
art. 15(2) .....	670	<i>Loi sur la protection des renseignements personnels</i> , L.R.C. 1985, ch. P-21	
art. 24(2) .....	167, 549	art. 3 .....	306
<i>Code civil du Québec</i> , L.Q. 1991, ch. 64		<i>Loi sur les biens familiaux</i> , C.P.L.M. ch. F25	
art. 1566 .....	712	art. 17 .....	605
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		<i>Loi sur les Indiens</i> , L.R.C. 1985, ch. I-5	
art. 265 .....	440	art. 87(1b) .....	710, 764
art. 273.1 .....	440	<i>Loi sur les lettres de change</i> , L.R.C. 1985, ch. B-4	
art. 273.2 .....	440	art. 165(3) .....	635
art. 495(1)a) .....	167	<i>Loi sur les marques de commerce</i> , L.R.C. 1985, ch. T-13	
art. 686(1)b)(iii) .....	485	art. 2 .....	387
<b>L</b>			
<i>Loi de 1995 sur les relations de travail</i> , L.O. 1995, ch. 1, ann. A		art. 4 .....	387
art. 3(b.1) .....	3	art. 6 .....	387
<i>Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles</i> , L.O. 2002, ch. 16	3	art. 16(1) .....	387
<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 <sup>e</sup> suppl.)		art. 16(3) .....	387
art. 3 .....	710, 764	art. 17 .....	387
art. 9 .....	710, 764	art. 18 .....	387
art. 12(1)c) .....	712	art. 19 .....	387
art. 12(4) .....	714	art. 20 .....	387
art. 224 .....	635	art. 21 .....	387
<i>Loi sur l'accès à l'information</i> , L.R.C. 1985, ch. A-1		art. 30 .....	387
art. 3 .....	306	art. 35 .....	387
art. 4(1) .....	306	art. 40 .....	387
art. 19(1) .....	306	art. 57(1) .....	387

	PAGE		PAGE
		<b>R</b>	
<i>Loi sur les sûretés mobilières</i> , L.R.O. 1990, ch. P.10			
art. 1(1) .....	360	<i>Real Estate Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 397	
art. 2 .....	360	art. 75 .....	175
art. 11 .....	360	<i>Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , DORS/2002-227	
art. 72 .....	360	art. 132 .....	504
<b>M</b>			
<i>Metis Settlements Act</i> , R.S.A. 2000, ch. M-14			
art. 75 .....	670		
art. 90 .....	670		

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2010, release 37). .....	88, 149
Adams, Roy J. “Prospects for Labour’s Right to Bargain Collectively After <i>B.C. Health Services</i> ” (2009), 59 <i>U.N.B.L.J./R.D. U.N.-B.</i> 85. ....	156
Aikins, John. “Disclosure of Litigation Agreements Must be ‘Immediate’”, Canadian Bar Association (Ontario), <i>Insurance Law Section Newsletter</i> , vol. 21, No. 2, March 2011 (online: <a href="http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter_en/v21n2.aspx#Article_3">http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter_en/v21n2.aspx#Article_3</a> ). ....	563
Alberta. <i>Report of the MacEwan Joint Committee to Review the Metis Betterment Act and Regulations: Foundations for the Future of Alberta’s Metis Settlements</i> . Edmonton: Alberta Municipal Affairs, 1984. ....	679
Alberta. <i>Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Conditions of the Half-Breed Population of Alberta</i> . Edmonton: Department of Lands and Mines, 1936. ....	678
Autorités canadiennes en valeurs mobilières. <i>Instruction générale 51-201 Lignes directrices en matière de communication de l’information</i> , 12 juillet 2002. ....	206
Bandes, Susan. “The Negative Constitution: A Critique” (1990), 88 <i>Mich. L. Rev.</i> 2271. ....	145
Barak-Ussoskin, Elisheva (Elika). “Collaboration in the Tripartite System: The Right to be Consulted and the Duty to Consult”, in Armin Höland et al., eds., <i>Employee Involvement in a Globalising World: Liber Amicorum Manfred Weiss</i> . Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, 439. ....	149
Bartlett, Richard H. “The Indian Act of Canada” (1977-1978), 27 <i>Buff. L. Rev.</i> 581. ....	729, 746
Basu, Robin K. “Revolution and Aftermath: <i>B.C. Health Services</i> and Its Implications” (2008), 42 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 165. ....	42
Beatty, David M. <i>Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code</i> . Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1987. ....	155
Beatty, David, and Steven Kennett. “Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies” (1988), 67 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 573. ....	59
Bennett, Frank. <i>Bennett on the PPSA (Ontario)</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006. ...	373
Biberdorf, Donald K. “Aboriginal Income and the ‘Economic Mainstream’”, in <i>Report of Proceedings of the Forty-Ninth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation/L’Association canadienne d’études fiscales, 1998, 25:1. ....	739
Bray, Michael J. “To Whom the Swords, for Whom the Shields? The Feminization of Poverty in Canadian Insolvency Practice”, in Janis P. Sarra, ed., <i>Annual Review of Insolvency Law 2008</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2009, 455. ....	625

British Columbia. Securities Commission. Notice and Interpretation Note No. 96/36. "Real Estate Securities", October 10, 1996 (online: <a href="http://www.bsc.bc.ca/print.asp?id=3727">www.bsc.bc.ca/print.asp?id=3727</a> ). .....	195
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 July 2010). .....	522
Brunelle, Christian. « La liberté d'association se porte mieux : un commentaire de l'arrêt <i>Health Services</i> », dans <i>Conférence des juristes de l'État 2009 : XVIII<sup>e</sup> Conférence</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009, 237. ....	59
Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n <sup>o</sup> 330. Cas n <sup>os</sup> 2166, 2173, 2180 et 2196 « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », <i>Bulletin officiel du BIT</i> , vol. LXXXVI, 2003, série B, n <sup>o</sup> 1. ....	61
Cameron, Jamie. "Due Process, Collective Bargaining, and s. 2(d) of the <i>Charter</i> : A Comment on <i>B.C. Health Services</i> " (2006-2007), 13 <i>C.L.E.L.J.</i> 233. ....	60, 80
Cameron, Jamie. "The Labour Trilogy's Last Rites: <i>B.C. Health</i> and a Constitutional Right to Strike" (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 297. ....	60
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VIII, 3 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 8 avril 1992, p. 9507. ....	475
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IX, 3 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 15 juin 1992, p. 12045. ....	475
Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. <i>Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail</i> . Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1968. ....	156
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VIII, 3rd Sess., 34th Parl., April 8, 1992, p. 9507. ....	475
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, p. 12045. ....	475
Canada. Revenu Canada, Impôt. Bulletin d'interprétation n <sup>o</sup> IT-62, « Alinéa 81(1)a) (aussi sous-alinéa 110(1)a)(iv) et alinéa 149(1)c) », 18 août 1972. ....	748
Canada. Revenue Canada, Taxation. Interpretation Bulletin No. IT-62, "Paragraph 81(1)(a) (also subparagraph 110(1)(a)(iv) and paragraph 149(1)(c))", August 18, 1972. ....	748
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. <i>Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> . Ottawa : Sénat du Canada, 2003. ....	625
Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. <i>Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act</i> . Ottawa: Senate of Canada, 2003. ....	625
Canada. Task Force on Labour Relations. <i>Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations</i> . Ottawa: Privy Council Office, 1968. ....	156
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> . Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2001, "control". ....	335
Canadian Securities Administrators. <i>National Policy 51-201 Disclosure Standards</i> , July 12, 2002. ....	206
Caplan, Jessica. "Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position", Canadian Bar Association (Ontario), <i>Construction Law Section Newsletter</i> , vol. 25, No. 3, April 2011 (online: <a href="http://www.oba.org/En/Construction/Cons_newsletter/v25n3.aspx#Article_3">http://www.oba.org/En/Construction/Cons_newsletter/v25n3.aspx#Article_3</a> ). ....	564

Card, Richard. <i>Sexual Offences: The New Law</i> . Bristol, England: Jordans, 2004. ....	483
Carter, Donald D., et al. <i>Labour Law in Canada</i> , 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002. ....	149
Colombie-Britannique. Securities Commission. Notice and Interpretation Note No. 96/36. « Real Estate Securities », October 10, 1996 (online : <a href="http://www.bcsc.bc.ca/print.asp?id=3727">www.bcsc.bc.ca/print.asp?id=3727</a> ). ....	195
Conférence internationale du Travail. Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. <i>Liberté syndicale et négociation collective</i> . Genève : Bureau international du Travail, 1994. ....	62
Coutu, Michel, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau. <i>Droit des rapports collectifs du travail au Québec</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009. ....	42
Crawford, Bradley. <i>The Law of Banking and Payment in Canada</i> , vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated October 2010, release 2). ....	648
Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. <i>Personal Property Security Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2005. ....	373
Dau-Schmidt, Kenneth G. "Labor Law and Industrial Peace: A Comparative Analysis of the United States, the United Kingdom, Germany, and Japan Under the Bargaining Model" (2000), 8 <i>Tul. J. Int'l &amp; Comp. L.</i> 117. ....	110
Dockstator, Mark. "The Nowegijick Case: Implications for Indian Tax Planning Strategies", [1985] 4 C.N.L.R. 1. ....	748
Drapeau, Michel William, and Marc-Aurèle Racicot. <i>Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011</i> . Toronto: Carswell, 2010. ....	348
Ellinger, E. P., Eva Lomnicka and Richard Hooley. <i>Modern Banking Law</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. ....	648
Elliot, Robin. "Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term" (1991), 2 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 83. ....	59
Ellis, Mark Vincent. <i>Fiduciary Duties in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2011, release 1). ....	284
États-Unis. Securities and Exchange Commission. SEC Staff Accounting Bulletin : No. 99 — « Materiality », August 12, 1999 (online : <a href="http://www.sec.gov/interp/account/sab99.htm">www.sec.gov/interp/account/sab99.htm</a> ). ....	206
Etherington, Brian. "The B.C. <i>Health Services and Support</i> Decision — The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did It Come From and Where Will It Lead?" (2009), 30 <i>Comp. Lab. L. &amp; Pol'y J.</i> 715. ....	79
Finn, P. D. "The Fiduciary Principle", in T. G. Youdan, ed., <i>Equity, Fiduciaries and Trusts</i> . Toronto: Carswell, 1989, 1. ....	280
Fletcher, George P. <i>Basic Concepts of Legal Thought</i> . New York: Oxford University Press, 1996. ....	460
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006. ....	373
Fudge, Judy. "Labour is Not a Commodity": The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association" (2004), 67 <i>Sask. L. Rev.</i> 425. ....	113
Fudge, Judy. "The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the <i>Health Services and Support</i> case in Canada and Beyond" (2008), 37 <i>Indus. L.J.</i> 25. ....	144
Fudge, Judy, and Eric Tucker. <i>Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948</i> . Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2001. ....	113

	PAGE
Gall, Peter A. "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword", in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., <i>Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswell, 1986, 245. ....	110
Gernigon, Bernard, Alberto Odero and Horacio Guido. "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 <i>Intern'l Lab. Rev.</i> 33. ....	62, 117
Gernigon, Bernard, Alberto Odero et Horacio Guido. « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 <i>Rev. int. trav.</i> 37. ....	62, 117
Gill, Kelly, and R. Scott Jolliffe. <i>Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2006, release 2). ....	408
Goode, R. M. "When is a cheque paid?", [1983] <i>J. Bus. L.</i> 164. ....	647
<i>Goode on Commercial Law</i> , 4th ed., by Ewan McKendrick, ed. London: LexisNexis, 2009. ....	379
<i>Grand Robert de la langue française</i> (version électronique), « relever de ». ....	335
Gutkin, Terry A. "Family Law and Bankruptcy" (1999), 16 <i>Nat'l Insolv. Rev.</i> 26. ....	614
Harris, Bruce V. "Final Appellate Courts Overruling Their Own 'Wrong' Precedents: The Ongoing Search for Principle" (2002), 118 <i>L.Q.R.</i> 408. ....	76
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1). ....	92
Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. "Charter Dialogue Revisited — Or 'Much Ado About Metaphors'" (2007), 45 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 1. ....	132
Holmes, Stephen, and Cass R. Sunstein. <i>The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes</i> . New York: W. W. Norton & Company, 1999. ....	145
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. <i>Bankruptcy and Insolvency Law of Canada</i> , vol. 3, 4th ed. Toronto: Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2011, release 5). ....	617
Hughes, Roger T., and Toni Polson Ashton. <i>Hughes on Trade Marks</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 22). ....	408
Hutchinson, Allan C., and Andrew Petter. "Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter" (1988), 38 <i>U.T.L.J.</i> 278. ....	59
International Labour Conference. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. <i>Freedom of Association and Collective Bargaining</i> . Geneva: International Labour Office, 1994. ....	62
International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report No. 330. Case Nos. 2166, 2173, 2180 and 2196 "Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", <i>I.L.O. Official Bulletin</i> , vol. LXXXVI, 2003, Series B, No. 1. ....	61
Klotz, Robert A. <i>Bankruptcy, Insolvency and Family Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2001 (loose-leaf updated 2007, release 1). ....	613
L'Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. <i>Droit bancaire</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004. ....	731
Langille, Brian. "The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It" (2009), 54 <i>McGill L.J.I.R.D. McGill</i> 177. ....	93, 146
Langille, Brian. "Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes — And Constitutionalizing the Wagner Act Model?" (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 101. ....	110
Langille, Brian A. "Can We Rely on the ILO?" (2006-2007), 13 <i>C.L.E.L.J.</i> 273. ....	117

Laskin, Bora. "Recent Labour Legislation in Canada" (1944), 22 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 776. ....	155
Law Society of Alberta. <i>Code of Professional Conduct</i> , version No. 2009_V1, June 3, 2009 (online: <a href="http://www.lawsociety.ab.ca/files/regulations/Code.pdf">http://www.lawsociety.ab.ca/files/regulations/Code.pdf</a> ). ....	591
Levine, Gregory James. <i>The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2007. ....	349
Lord, Guy, et autres. <i>Les principes de l'imposition au Canada</i> , 13 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002. ....	731
MacDougall, Bruce. <i>Personal Property Security Law in British Columbia</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009. ....	376
MacIntosh, Constance. "From Judging Culture to Taxing 'Indians': Tracing the Legal Discourse of the 'Indian Mode of Life'" (2009), 47 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 399. ....	728
Macklem, Patrick. "Developments in Employment Law: The 1990-91 Term" (1992), 3 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 227. ..	56
Maclagan, Bill. "Section 87 of the Indian Act: Recent Developments in the Taxation of Investment Income" (2000), 48 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 1503. ....	729
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6). ....	299, 374
Marshall, Murray. "Business and Investment Income under Section 87 of the <i>Indian Act: Recalma v. Canada</i> " (1998), 77 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 528. ....	729
McDonnell, Thomas E. "Taxation of an Indian's Investment Income" (2001), 49 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 954. ....	729
McEldowney, John F. "Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government" (2008), 1 <i>J.P.P.L.</i> 203. ....	348
McLaren, Richard H. <i>Secured Transactions in Personal Property in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2009, release 2). ....	373
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001. ....	523
Ng, Michael. <i>Fiduciary Duties: Obligations of Loyalty and Faithfulness</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated May 2007). ....	245
<i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Dictionnaires Le Robert, 2010, « ressemblance ». ....	413
O'Brien, Martha. "Income Tax, Investment Income, and the Indian Act: Getting Back on Track" (2002), 50 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 1570. ....	729
Ogilvie, M. H. <i>Bank and Customer Law in Canada</i> . Toronto: Irwin Law, 2007. ....	647
Ogilvie, M. H. "Why Joint Accounts Should Not Be Garnished — <i>Westcoast Commodities Inc. v. Jose Chow Chen</i> " (1986-1987), 1 <i>B.F.L.R.</i> 267. ....	649
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats (Hansard)</i> , n <sup>o</sup> 43A, 3 <sup>e</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 16 octobre 2002, p. 2128. ....	151
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats (Hansard)</i> , n <sup>o</sup> 46A, 3 <sup>e</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 22 octobre 2002, p. 2339-2340. ....	151
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates (Hansard)</i> , No. 43A, 3rd Sess., 37th Parl., October 16, 2002, p. 2128. ....	151
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates (Hansard)</i> , No. 46A, 3rd Sess., 37th Parl., October 22, 2002, pp. 2339-40. ....	151



Ontario. <i>Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . Toronto: The Committee, 1993. ....	592
Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. <i>Report to the Minister of Labour</i> . Toronto: The Task Force, 1992. ....	159
Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. <i>Second Report to the Minister of Labour</i> . Toronto: The Task Force, 1992. ....	159
<i>Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials</i> , 7th ed., by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009. ....	374
Parkes, Debra. "Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada" (2006), 32 <i>Man. L.J.</i> 135. ....	76
Rayner, Wesley B. <i>Canadian Collective Bargaining Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007. ....	126, 149
Régimbald, Guy. <i>Canadian Administrative Law</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ....	522
Reynolds, F. M. B. <i>Bowstead and Reynolds on Agency</i> , 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2001. ....	246
Sharpe, Robert J., and Kent Roach. <i>The Charter of Rights and Freedoms</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009. ....	120
<i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "resemblance". ....	413
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 727. ....	746
Smith, Lionel D. <i>The Law of Tracing</i> . Oxford: Clarendon Press, 1997. ....	384
Squires, Robin. "Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed", <i>Borden Ladner Gervais, Canadian Insurance Law Newsletter</i> , Spring 2011, (online: <a href="http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication_1846.pdf">http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication_1846.pdf</a> ). ....	564
Stewart, Hamish C. <i>Sexual Offences in Canadian Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 7). ....	476
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007. ....	470
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ....	131
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ....	529, 727
Summers, Clyde W. "Exclusive Representation: A Comparative Inquiry into a 'Unique' American Principle" (1998), 20 <i>Comp. Lab. L. &amp; Pol'y J.</i> 47. ....	156
Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. <i>Canadian Contract Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009. ....	378
Tanovich, David M. "Criminalizing Sex At The Margins" (2010), 74 <i>C.R.</i> (6th) 86. ....	476
Tucker, Eric. "The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada" (2008), 61 <i>Labour/Le Travail</i> 151. ....	79
United Kingdom. House of Commons. Home Affairs Committee. <i>Sexual Offences Bill: Fifth Report of Session 2002-03</i> , HC 639. London: Stationery Office, 2003. ....	483
United States. Securities and Exchange Commission. SEC Staff Accounting Bulletin: No. 99 — "Materiality", August 12, 1999 (online: <a href="http://www.sec.gov/interps/account/sab99.htm">www.sec.gov/interps/account/sab99.htm</a> ). ....	206
Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011. ....	402

Verge, Pierre. « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets » (2009), 50 <i>C. de D.</i> 267. ....	60
Verge, Pierre. « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective? » (2010), 51 <i>C. de D.</i> 353. ....	59
Verge, Pierre. « La Cour suprême, le “droit” à la négociation collective et le “droit” de grève » (2006), 66 <i>R. du B.</i> 391. ....	60
<i>Waters' Law of Trusts in Canada</i> , 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Thomson Carswell, 2005. ....	245
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswell, 1980. ....	155
Wood, Roderick J. <i>Bankruptcy and Insolvency Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2009. ....	621
Ziegel, Jacob S., and David L. Denomme. <i>The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000. ....	373
Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. <i>Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials</i> , 3rd ed., vol. II, <i>Negotiable Instruments and Banking</i> , by Benjamin Geva. Toronto: Emond Montgomery, 1995. ....	648

**Norman Martin Campbell** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. CAMPBELL**

**2011 SCC 32**

File No.: 33916.

2011: May 11; 2011: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search warrant — Police obtaining warrant to search four-bedroom townhouse operating as rooming house — Accused renting room in townhouse — Accused charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons — Whether there were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have authorized the search warrant — Whether search of accused's room breached accused's rights under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.*

*Criminal law — Search warrant — Validity — Police obtaining warrant to search four-bedroom townhouse operating as rooming house — Accused renting room in townhouse — Accused charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons — Whether there were sufficient grounds upon which the issuing*

**Norman Martin Campbell** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CAMPBELL**

**2011 CSC 32**

N° du greffe : 33916.

2011 : 11 mai; 2011 : 23 juin.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella,  
Charron, Rothstein et Cromwell.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité d'un mandat de perquisition — Obtention par la police d'un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres — L'accusé y louait une chambre — L'accusé a été inculpé de possession d'un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu'il était sous le coup d'ordonnances d'interdiction d'avoir des armes en sa possession et d'une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d'armes en sa possession — Y avait-il suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition? — La fouille de la chambre de l'accusé portait-elle atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la preuve devait-elle être écartée en application de l'art. 24(2) de la Charte?*

*Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Obtention par la police d'un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres — L'accusé y louait une chambre — L'accusé a été inculpé de possession d'un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu'il était sous le coup d'ordonnances d'interdiction d'avoir des armes en sa possession et*

*justice of the peace could have authorized the search warrant.*

In the course of a murder investigation, the police obtained and executed a search warrant in respect of a four-bedroom townhouse which operated as a rooming house. During the search, the police found a sawed-off shotgun and ammunition in the room rented by the accused. The accused was charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons. At trial, the search and seizure were found to be unconstitutional, the evidence was excluded and the accused was acquitted. On appeal by the Crown, the majority of the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittals and remitted the charges for trial. The accused appeals to this Court as of right.

*Held:* The appeal should be dismissed.

There were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have authorized the search warrant. The majority of the Court of Appeal rightly concluded that the search and seizure were constitutional and that the trial judge erred in excluding the evidence of the shotgun and ammunition. They followed the correct approach to reviewing the sufficiency of a warrant application.

In order to comply with s. 8 of the *Charter*, prior to conducting a search the police must provide reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search. The question for a reviewing court is not whether the reviewing court itself would have issued the warrant, but whether there was sufficient credible and reliable evidence to permit an issuing justice to authorize the warrant. In conducting this analysis, the reviewing court must exclude erroneous information from the Information to Obtain a Search Warrant (“ITO”) and may have reference to material properly received as “amplification” evidence. The accused bears the burden of demonstrating that the ITO is insufficient.

*d’une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d’armes en sa possession — Y avait-il suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition?*

Dans le cadre d’une enquête relative à un meurtre, la police a obtenu et exécuté un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres. Au cours de la perquisition, la police a trouvé un fusil de chasse à canon tronqué et des munitions dans la chambre louée par l’accusé. L’accusé a été inculpé de possession d’un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu’il était sous le coup d’ordonnances d’interdiction d’avoir des armes en sa possession et d’une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d’armes en sa possession. Au procès, la perquisition et la saisie ont été jugées inconstitutionnelles, la preuve a été écartée, et l’accusé a été acquitté. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel interjeté par le ministère public, annulé les acquittements et renvoyé les accusations au tribunal de première instance. L’accusé se pourvoit de plein droit devant la Cour.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Il y avait suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu à bon droit que la perquisition et la saisie étaient constitutionnelles et que la juge de première instance avait commis une erreur en écartant la preuve constituée par le fusil de chasse et les munitions. Ils ont correctement suivi la démarche qu’il convient d’appliquer pour réviser le fondement d’une demande de mandat.

Pour se conformer à l’art. 8 de la *Charte*, la police doit, avant d’effectuer une perquisition, fournir des motifs raisonnables et probables, dont l’existence est établie sous serment, de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition. Le tribunal siégeant en révision n’a pas à se demander s’il aurait lui-même délivré le mandat, mais s’il existait suffisamment d’éléments de preuve crédibles et fiables pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat. Lorsqu’il effectue cette analyse, le tribunal siégeant en révision doit faire abstraction des renseignements inexacts figurant dans la dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition (« dénonciation »), et il peut avoir recours à l’« amplification », c’est-à-dire à d’autres éléments de preuve admis à bon droit. Il appartient à l’accusé de démontrer que la dénonciation ne justifiait pas l’autorisation.

The accused's expectation of privacy in his room within the townhouse is just as high as that of a resident of a single dwelling unit. In drafting ITOs proposing to search more than one unit within a multi-unit dwelling, this principle should be reflected by clearly setting out reasonable and probable grounds for each unit to be searched. The drafting of this ITO left much to be desired in this respect. It also appears that the trial judge was not given some portions of the ITO until the very end of the hearing. Coupled with the lack of clarity in the ITO's drafting, this may have accounted for the trial judge's errors. Nonetheless, the majority of the Court of Appeal's assessment of the sufficiency of the record was correct. The accused has failed to establish that there were insufficient grounds to issue a warrant to search his room.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Juriansz and Karakatsanis J.J.A.), 2010 ONCA 588, 270 O.A.C. 349, 261 C.C.C. (3d) 1, 216 C.R.R. (2d) 303, 78 C.R. (6th) 299, [2010] O.J. No. 3767 (QL), 2010 CarswellOnt 6691, setting aside a decision of Croll J., [2009] O.J. No. 4772 (QL), 2009 CarswellOnt 9499, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Dirk Derstine and Mariya Yakusheva*, for the appellant.

*Susan Ficek*, for the respondent.

*Frank Addario and Colleen Bauman*, for the intervener.

L'accusé pouvait s'attendre au respect de sa vie privée dans la chambre qu'il occupait dans la maison au même titre que la personne qui réside dans un logement unifamilial. Il convient d'appliquer ce principe dans la rédaction de toute dénonciation visant à obtenir un mandat de perquisition de plusieurs logements se trouvant dans le même immeuble, et ce en énonçant clairement les motifs raisonnables et probables pour lesquels chacun de ces derniers doit faire l'objet de la perquisition. À cet égard, le libellé de la dénonciation laissait beaucoup à désirer. De plus, il semble que certaines parties de la dénonciation n'ont été remises à la juge de première instance qu'à la toute fin de l'audience. Ce fait, conjugué au manque de clarté du libellé de la dénonciation, pourrait bien expliquer les erreurs que la juge de première instance a commises. Néanmoins, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de conclure que le dossier était suffisant. L'accusé n'a pas établi qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs pour justifier la délivrance d'un mandat autorisant la fouille de sa chambre.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Juriansz et Karakatsanis), 2010 ONCA 588, 270 O.A.C. 349, 261 C.C.C. (3d) 1, 216 C.R.R. (2d) 303, 78 C.R. (6th) 299, [2010] O.J. No. 3767 (QL), 2010 CarswellOnt 6691, qui a infirmé une décision de la juge Croll, [2009] O.J. No. 4772 (QL), 2009 CarswellOnt 9499, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Dirk Derstine et Mariya Yakusheva*, pour l'appelant.

*Susan Ficek*, pour l'intimée.

*Frank Addario et Colleen Bauman*, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

CHARRON J. —

LA JUGE CHARRON —

1. Overview

1. Aperçu

[1] In the course of a murder investigation, the police obtained and executed a search warrant in respect of a four-bedroom townhouse which operated as a rooming house. During the search, the police found a sawed-off shotgun and ammunition in the room rented by the appellant, Norman Martin Campbell. Mr. Campbell was charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons.

[1] Dans le cadre d'une enquête relative à un meurtre, la police a obtenu et exécuté un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres. Au cours de la perquisition, la police a trouvé un fusil de chasse à canon tronqué et des munitions dans la chambre louée par l'appelant, Norman Martin Campbell. M. Campbell a été accusé de possession d'un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu'il était sous le coup d'ordonnances d'interdiction d'avoir des armes en sa possession et d'une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d'armes en sa possession.

[2] At trial, the search and seizure were found to be unconstitutional, the evidence was excluded and Mr. Campbell was acquitted ([2009] O.J. No. 4772 (QL) (S.C.J.)). On appeal by the Crown, the Court of Appeal for Ontario was unanimous in finding that the trial judge misapprehended some of the evidence and failed to consider the entirety of the Information to Obtain a Search Warrant ("ITO") (2010 ONCA 588, 270 O.A.C. 349). Given these errors, the usual deference could not be afforded to the trial judge's findings and it fell to the Court of Appeal to determine whether there was a basis upon which the warrant could issue.

[2] Au procès, la perquisition et la saisie ont été jugées inconstitutionnelles, la preuve a été écartée, et M. Campbell a été acquitté ([2009] O.J. No. 4772 (QL) (C.S.J.)). Statuant sur l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'unanimité que la juge de première instance avait mal interprété certains des éléments de preuve et omis de tenir compte de l'ensemble de la dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition (« dénonciation ») (2010 ONCA 588, 270 O.A.C. 349). Compte tenu de ces erreurs, la Cour d'appel ne pouvait faire preuve de la retenue habituelle à l'égard des conclusions de la juge de première instance, et elle devait elle-même trancher la question de savoir s'il existait un fondement permettant de délivrer le mandat de perquisition.

[3] On a proper review of the evidence, Juriansz J.A. (Karakatsanis J.A. concurring) concluded that there were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have granted the search warrant. The majority therefore allowed the appeal, set aside the acquittals and remitted the charges for trial. Doherty J.A., dissenting, would have dismissed the appeal.

[3] Après avoir convenablement examiné la preuve, le juge Juriansz (la juge Karakatsanis souscrivant à ses motifs) a conclu qu'il y avait suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont donc accueilli l'appel, annulé les acquittements et renvoyé les accusations au tribunal de première instance. Le juge Doherty, dissident, était d'avis de rejeter l'appel.

[4] Mr. Campbell appeals to this Court as of right. The narrow question is whether there were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have authorized the search warrant. In my respectful view, there were sufficient grounds. Juriansz J.A. rightly concluded that the search and seizure were constitutional and that the trial judge erred in excluding the evidence of the shotgun and ammunition. I would dismiss the appeal, essentially for the reasons of Juriansz J.A.

## 2. The Proceedings Below

[5] Juriansz J.A. has thoroughly reviewed the contents of the ITO and the additional evidence presented on the *Charter* application. For the purposes of this appeal, a brief summary of the evidence upon which the ITO was founded will suffice.

[6] Mr. Campbell rented a furnished room in a townhouse located at 77-246 John Garland Boulevard, in Toronto. The townhouse operated as a rooming house. Mr. Campbell's room was located in the basement, although he had to walk through the first floor to reach it. The three bedrooms on the townhouse's second floor were rented to three unrelated tenants: Mr. Imona-Russel (who was ultimately convicted of the murder), Mr. Ryder and the deceased, Ms. Ashareh. Each tenant had a lock on his or her door. A shared bathroom was located on the second floor, and a shared kitchen, living room and dining room on the first floor. A separate kitchen and bathroom were also located in the basement.

[7] On July 14, 2006, the partially clothed remains of a human body were discovered approximately 100 metres from the townhouse, inside a large black sports bag. Police investigation determined that the body was that of Ms. Ashareh, and that she had been stabbed to death. Other items found in garbage bags within the sports bag included a receipt

[4] M. Campbell se pourvoit de plein droit devant la Cour. Il s'agit précisément de savoir s'il y avait suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition. À mon humble avis, il y en avait. Le juge Juriansz a conclu à bon droit que la perquisition et la saisie étaient constitutionnelles et que la juge de première instance avait commis une erreur en écartant la preuve constituée par le fusil de chasse et les munitions. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les mêmes motifs que ceux invoqués par le juge Juriansz.

## 2. Les décisions des juridictions inférieures

[5] Le juge Juriansz a fait un examen approfondi du contenu de la dénonciation et des autres éléments de preuve présentés dans le cadre de la demande fondée sur la *Charte*. Pour les fins du présent pourvoi, un bref résumé de la preuve sur laquelle la dénonciation était fondée suffira.

[6] M. Campbell a loué une chambre meublée dans une maison en rangée convertie en maison de chambres sise au 77-246, boulevard John Garland, à Toronto. La chambre de M. Campbell se trouvait au sous-sol de la maison, mais il devait passer par le rez-de-chaussée pour s'y rendre. Les trois chambres à coucher situées au premier étage de la maison étaient louées à trois personnes non liées, à savoir M. Imona-Russel (qui a éventuellement été déclaré coupable du meurtre), M. Ryder, et la victime, M<sup>me</sup> Ashareh. La porte de la chambre de chaque locataire était dotée d'un verrou. Il y avait une salle de bain commune à cet étage, et une cuisine, une salle à manger et un salon communs au rez-de-chaussée. Il y avait également une autre cuisine et une autre salle de bain au sous-sol.

[7] Le 14 juillet 2006, les restes d'un corps humain partiellement vêtu ont été découverts, à environ 100 mètres de la maison, dans un gros sac de sport noir. Selon l'enquête policière, il s'agissait du corps de M<sup>me</sup> Ashareh, qui avait été poignardée à mort. Le sac de sport contenait aussi des sacs à déchets, dans lesquels se trouvaient des articles tels

for Chinese food delivered to the townhouse and a Western Union receipt with Mr. Imona-Russel's name and address at the townhouse.

[8] A police computer database search in relation to the townhouse produced several "hits", including three outstanding charges against Mr. Imona-Russel for aggravated sexual assault. Fearing for the safety of any other occupants, the Emergency Task Force entered the townhouse on July 15, 2006, and removed Mr. Campbell, his girlfriend and Mr. Imona-Russel. In a statement to the police, Mr. Campbell explained that he moved into the townhouse in mid-June 2006 and that he had never been to the second floor. In his statement to the police, Mr. Imona-Russel indicated that Mr. Campbell had used black bags when he moved into the townhouse.

[9] On the basis of a sworn ITO, the police applied for and obtained a warrant to search the townhouse. The ITO consisted of the Form 1 required by s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and a total of 10 appendixes. At his trial, Mr. Campbell took the position that the ITO was overly broad and insufficient as it related to his rented room. He therefore brought an application to exclude the evidence of the shotgun and ammunition on the basis that his right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been infringed.

[10] The trial judge found four problems with the ITO. First, the affiant blended the criminal records and backgrounds of the three tenants where only Mr. Imona-Russel's background was relevant to the offence. Second, the affiant overstated the tenants' knowledge of each other's comings and goings; at most the connection between the tenants would provide an opportunity to participate in the offence, which does not constitute reasonable and probable

un reçu relatif à une commande de mets chinois livrée à la maison et un reçu de la Western Union sur lequel figuraient le nom de M. Imona-Russel et l'adresse de la maison.

[8] Une recherche dans les bases de données informatisées de la police relativement à la maison a produit plusieurs « occurrences », notamment trois accusations en instance portées contre M. Imona-Russel pour agression sexuelle grave. Craignant pour la sécurité des autres occupants de la maison, des membres de l'escouade d'urgence y ont pénétré le 15 juillet 2006 et en ont retiré M. Campbell, sa petite amie, et M. Imona-Russel. Dans une déclaration qu'il a faite à la police, M. Campbell a expliqué qu'il avait emménagé dans la maison à la mi-juin 2006 et qu'il n'était jamais allé au premier étage. Dans la déclaration qu'il a faite à la police, M. Imona-Russel a mentionné que M. Campbell s'était servi de sacs noirs lorsqu'il avait emménagé dans la maison.

[9] Sur la foi d'une dénonciation assermentée, la police a demandé et obtenu un mandat de perquisition de la maison. La dénonciation consistait en la formule 1 exigée par l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, accompagnée de dix annexes. À son procès, M. Campbell a fait valoir que la dénonciation avait une portée trop large et qu'elle était insuffisante en ce qui concernait la chambre qu'il louait. Il a donc demandé que la preuve constituée par le fusil de chasse et les munitions soit écartée au motif qu'il avait été porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[10] Selon la juge de première instance, la dénonciation comportait quatre lacunes. Premièrement, l'auteur de la dénonciation a confondu les casiers judiciaires et les antécédents des trois locataires, alors que seuls les antécédents de M. Imona-Russel étaient pertinents quant à l'infraction. Deuxièmement, il a exagéré la connaissance qu'avaient les locataires des allées et venues de chacun; il ressort tout au plus des liens qui



grounds. Third, the affiant's suggestion of a possibility that the units within the townhouse were not properly secured was mere speculation. Fourth, the Chinese food receipt did not constitute reasonable and probable grounds to search Mr. Campbell's room. The trial judge also found the drafting of the ITO "intentionally confusing and opaque" (para. 18). The trial judge concluded that Mr. Campbell's s. 8 rights had been breached and she excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

[11] Writing for a majority of the Court of Appeal, Juriansz J.A. found that the trial judge erred by focusing on a brief portion of the ITO, failing to consider relevant evidence and misapprehending parts of the evidence. In particular, the trial judge disregarded relevant evidence when she referred to Mr. Campbell's criminal record as "unrelated" and when she discounted the evidence of the black bags. Of the three tenants, only Mr. Campbell had been convicted of offences involving violence against women, and only Mr. Campbell had been linked to black bags. Juriansz J.A. also found that there was no evidence to support the trial judge's conclusion that the drafting of the ITO was "intentionally confusing or opaque" (para. 30). To the extent that some of the statements in the summary section of the ITO were incorrect, they should have simply been excluded and the balance of the ITO assessed to determine whether there were sufficient grounds for the issuance of the search warrant. Given the errors committed by the trial judge, the usual deference could not be afforded to her findings and it fell to the court to determine whether there was a basis upon which the warrant could issue. Juriansz J.A. concluded that the cumulative effect of the compelling inference that the murder was committed in the townhouse and the evidence of Mr. Campbell's criminal record, access and opportunity, and possession of black bags constituted reasonable grounds

existaient entre les locataires que ceux-ci avaient pu avoir l'occasion de participer à l'infraction, ce qui ne constitue pas un motif raisonnable et probable. Troisièmement, son affirmation qu'il n'était peut-être pas possible de verrouiller convenablement les portes des chambres n'était que pure conjecture. Quatrièmement, le reçu relatif à la commande de mets chinois ne constituait pas non plus un motif raisonnable et probable justifiant la fouille de la chambre de M. Campbell. La juge de première instance a également conclu que le libellé de la dénonciation était [TRADUCTION] « intentionnellement confus et obscur » (par. 18). Elle a conclu qu'il avait été porté atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Campbell et écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[11] S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Juriansz a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en concentrant son attention sur une petite partie de la dénonciation, omettant de tenir compte d'éléments de preuve pertinents, et faisant une interprétation erronée d'une partie de la preuve. La juge de première instance a notamment omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents lorsqu'elle a qualifié les antécédents judiciaires de M. Campbell de [TRADUCTION] « non pertinents » et écarté la preuve constituée par les sacs noirs. Des trois locataires, seul M. Campbell avait déjà été déclaré coupable d'agressions contre des femmes, et lui seul avait un lien avec les sacs noirs. Le juge Juriansz a également conclu que rien n'était la conclusion de la juge de première instance selon laquelle le libellé de la dénonciation était [TRADUCTION] « intentionnellement confus et obscur » (par. 30). La juge de première instance aurait dû tout simplement écarter les déclarations erronées figurant dans le résumé de la dénonciation et examiner le reste de celle-ci afin de décider s'il y avait suffisamment de motifs pour justifier la délivrance du mandat de perquisition. Compte tenu des erreurs commises par la juge de première instance, la Cour d'appel ne pouvait faire preuve de la retenue habituelle à l'égard des conclusions d'un juge de première instance, et elle devait elle-même trancher la question de savoir s'il existait un fondement permettant de délivrer le

to issue the warrant to search Mr. Campbell's room.

[12] Doherty J.A., dissenting, agreed that the trial judge had misapprehended some of the evidence, failed to consider relevant evidence and was unreasonable in her characterization of the ITO as "intentionally confusing and opaque" (para. 94). He also agreed that these errors meant that the court should not defer to her findings in determining the validity of the warrant. On his review of the ITO, Doherty J.A. found "strong grounds" to believe that the deceased was murdered and that her murder occurred in or was otherwise connected to the townhouse (para. 70). He also found "strong grounds justifying a search of the rooms of the other two male tenants, the deceased's room, and the common areas of the townhouse" (para. 71).

[13] However, Doherty J.A. disagreed that the four areas of evidence relied upon by the majority constituted sufficient grounds to justify the issuance of the warrant with respect to Mr. Campbell's room. In particular, he did not consider that the evidence of the black bags or contents of the garbage bags found with the deceased provided any support for the application for a warrant to search Mr. Campbell's room. Weighing the remaining pieces of evidence of Mr. Campbell's criminal record and his opportunity and access against a hypothetical analogy involving a 100-unit apartment building, Doherty J.A. concluded that these two facts did not alone establish a basis to authorize a search of Mr. Campbell's room. Doherty J.A. would therefore

mandat de perquisition. Le juge Juriansz a conclu que l'effet cumulatif de l'inférence convaincante que le meurtre avait été commis dans la maison, et de la preuve constituée par les antécédents judiciaires de M. Campbell, le fait qu'il lui avait été possible de se trouver en présence de la victime, l'occasion qu'il avait pu avoir de commettre le meurtre et le fait qu'il avait eu des sacs noirs en sa possession, constituait un motif raisonnable pour justifier la délivrance d'un mandat autorisant la fouille de sa chambre.

[12] Le juge Doherty, dissident, était d'accord que le juge de première instance avait mal interprété une partie de la preuve, omis de prendre en compte des éléments de preuve pertinents, et tiré une conclusion déraisonnable en affirmant que le libellé de la dénonciation était [TRADUCTION] « intentionnellement confus et obscur » (par. 94). Il était également d'accord qu'en raison de ces erreurs la Cour d'appel ne devait pas s'en remettre aux conclusions de la juge de première instance dans son appréciation de la validité du mandat. Après avoir examiné la dénonciation, le juge Doherty a conclu qu'il y avait des « motifs sérieux » de croire que la victime avait été assassinée et que le meurtre avait été commis dans la maison, ou qu'il existait un lien quelconque entre celle-ci et le meurtre (par. 70). Il a également conclu que « des motifs sérieux justifiaient la fouille des chambres des deux autres locataires de sexe masculin, de la chambre de la victime et des aires communes de la maison » (par. 71).

[13] Toutefois, le juge Doherty n'était pas d'avis que les quatre éléments de preuve invoqués par les juges majoritaires de la Cour d'appel constituaient des motifs suffisants pour justifier la délivrance du mandat en ce qui concerne la chambre de M. Campbell. Il a notamment jugé que la preuve constituée par les sacs noirs ou le contenu des sacs à déchets trouvés près du corps de la victime ne justifiait pas de quelque manière que ce soit la demande de délivrance d'un mandat autorisant la fouille de la chambre de M. Campbell. Après avoir soupesé les autres éléments de preuve qui se rapportaient au casier judiciaire de M. Campbell et au fait qu'il lui avait été possible de se trouver en présence de la victime au regard d'un cas hypothétique

have affirmed the trial judge's finding that the search was unconstitutional and her ruling excluding the evidence.

### 3. Analysis

[14] The relevant legal principles are not at issue in this appeal. *Juriansz J.A.* correctly followed the approach to reviewing the sufficiency of a warrant application recently reviewed by this Court in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253. In order to comply with s. 8 of the *Charter*, prior to conducting a search the police must provide "reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search" (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 168). The question for a reviewing court is "not whether the reviewing court would itself have issued the warrant, but whether there was sufficient credible and reliable evidence" to permit an issuing justice to authorize the warrant (*Morelli*, at para. 40). In conducting this analysis, the reviewing court must exclude erroneous information from the ITO and may have reference to material properly received as "amplification" evidence (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 58; *Morelli*, at para. 41). The accused bears the burden of demonstrating that the ITO is insufficient (*Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708, at para. 68; *Morelli*, at para. 131).

[15] It is important to stress, as *Juriansz J.A.* rightly acknowledged, that Mr. Campbell's expectation of privacy in his room within the townhouse is just as high as that of a resident of a single dwelling unit. In drafting ITOs proposing to search more than one unit within a multi-unit dwelling,

auquel il renvoyait par analogie et dans lequel il était question d'un immeuble de 100 logements, le juge Doherty a conclu que ces deux faits n'étaient pas suffisants à eux seuls pour justifier que l'on autorise une fouille de la chambre de M. Campbell. Le juge Doherty était donc d'avis de confirmer la conclusion de la juge de première instance que la perquisition était inconstitutionnelle et de confirmer la décision de cette dernière d'écarter la preuve.

### 3. Analyse

[14] Les principes juridiques pertinents ne sont pas remis en question dans le présent pourvoi. Le juge *Juriansz* a correctement suivi la démarche qu'il convient d'appliquer pour réviser le fondement d'une demande de mandat et que notre Cour a récemment examinée dans *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253. Pour se conformer à l'art. 8 de la *Charte*, la police doit, avant d'effectuer une perquisition, fournir des « motifs raisonnables et probables, [dont l'existence est] établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition » (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 168). Le tribunal siégeant en révision n'a pas à se demander s'il « aurait lui-même délivré le mandat, mais s'il existait suffisamment d'éléments de preuve crédibles et fiables » pour permettre au juge de délivrer le mandat (*Morelli*, par. 40). Lorsqu'il effectue cette analyse, le tribunal siégeant en révision doit faire abstraction des renseignements inexacts figurant dans la dénonciation, et il peut avoir recours à l'« amplification », c'est-à-dire à d'autres éléments de preuve admis à bon droit (*R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 58; *Morelli*, par. 41). Il appartient à l'accusé de démontrer que la dénonciation ne justifiait pas l'autorisation (*Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708, par. 68; *Morelli*, par. 131).

[15] Il est important de souligner, comme le juge *Juriansz* l'a à bon droit reconnu, que M. Campbell pouvait s'attendre au respect de sa vie privée dans la chambre qu'il occupait dans la maison au même titre que la personne qui réside dans un logement unifamilial. Il convient d'appliquer ce principe

this principle should be reflected by clearly setting out reasonable and probable grounds for each unit to be searched. In this respect, the drafting of this ITO left much to be desired. In addition, it appears that the trial judge was not given some portions of the ITO until the very end of the hearing. This course of action, coupled with the lack of clarity in the ITO's drafting, may well have accounted for the trial judge's errors. Nonetheless, I agree with Juriansz J.A.'s assessment of the sufficiency of the record. In particular, Juriansz J.A. did not find the 100-unit apartment building analogy offered by Doherty J.A. helpful, explaining as follows:

The tenants in this townhouse, unlike tenants of a 100-unit building, had access not only to the deceased's front door, but to her bedroom door, and to the shared bathroom, kitchen, dining room and living room. The tenants of a 100 unit apartment building can exit their bedroom and walk to their bathroom in complete privacy. That is not the case in this townhouse. The issuing justice could have viewed the tenants' residences in this townhouse as connected and overlapping unlike those in a large apartment building. [para. 59]

[16] I agree. In my respectful view, Mr. Campbell has ultimately failed to establish that there were insufficient grounds to issue a warrant to search his room. The search and seizure were constitutional.

[17] I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Derstine, Penman, Toronto.*

dans la rédaction de toute dénonciation visant à obtenir un mandat de perquisition de plusieurs logements se trouvant dans le même immeuble, et ce en énonçant clairement les motifs raisonnables et probables pour lesquels chacun de ces derniers doit faire l'objet de la perquisition. À cet égard, le libellé de la dénonciation qui nous intéresse ici laissait beaucoup à désirer. De plus, il semble que certaines parties de la dénonciation n'ont été remises à la juge de première instance qu'à la toute fin de l'audience. Ce fait, conjugué au manque de clarté du libellé de la dénonciation, pourrait bien expliquer les erreurs que la juge de première instance a commises. Néanmoins, je suis d'accord avec le juge Juriansz que le dossier était suffisant. Notamment, le juge Juriansz n'a pas trouvé utile le cas hypothétique auquel le juge Doherty renvoyait par analogie et dans lequel il était question d'un immeuble de 100 logements. Voici ce que le juge Juriansz a dit à cet égard :

[TRADUCTION] Les locataires de cette maison en rangée, à la différence des locataires d'un immeuble de 100 logements, avaient accès non seulement à la porte d'entrée de la résidence de la victime, mais aussi à la porte de sa chambre à coucher et aux aires communes qu'ils partageaient avec elle, c'est-à-dire la salle de bain, la cuisine, la salle à manger et le salon. Les locataires d'un immeuble de 100 logements peuvent sortir de leur chambre à coucher et se rendre à leur salle de bain en toute intimité. Ce n'est pas le cas dans cette maison en rangée. Le juge qui a délivré le mandat aurait pu considérer que les résidences des locataires de celle-ci étaient étroitement reliées les unes aux autres, à la différence des logements dans un grand immeuble. [par. 59]

[16] Je souscris à ce point de vue. À mon humble avis, M. Campbell n'a pas établi en bout de ligne qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs pour justifier la délivrance d'un mandat autorisant la fouille de sa chambre. La perquisition et la saisie étaient donc constitutionnelles.

[17] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant : Derstine, Penman, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

**Aecon Buildings, A Division of Aecon  
Construction Group Inc. Applicant/Applicant  
on motion**

v.

**Stephenson Engineering  
Limited Respondent/Respondent on motion**

**INDEXED AS: AECON BUILDINGS v. STEPHENSON  
ENGINEERING LTD.**

**2011 SCC 33**

File No.: 34112.

2011: June 23.

Present: Binnie, Abella and Rothstein JJ.

**MOTION TO ADDUCE FRESH EVIDENCE**

*Courts — Supreme Court of Canada — Motion to adduce fresh evidence — Applicant requests 11 publications annexed to an affidavit be added to leave application — Factors guiding exercise of Court's discretion to adduce fresh evidence.*

Generally speaking, the question whether a legal issue is of public importance within the meaning of s. 43 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is not a matter on which affidavit evidence is helpful. The practice is not invariable however. In some cases it may not be apparent from the rest of the leave materials why, for example, the decision sought to be appealed is alleged to establish a precedent that is unworkable in practice, or otherwise is likely to have a problematic impact or jurisprudential importance not apparent on its face. Here, however, the issues are straightforward. The material sought to be added to the leave application does not identify any good reasons, policy or jurisprudential, not readily apparent from the material already filed, for finding that the application raises a legal issue of public importance. The leave panel can determine whether the leave application raises a legal question of public importance on the existing record. The material sought to be filed will be of no additional assistance. The application to adduce

**Aecon Buildings, une division d'Aecon  
Construction Group Inc. Demanderesse/  
Requérante à la requête**

c.

**Stephenson Engineering  
Limited Intimée/Intimée à la requête**

**RÉPERTORIÉ : AECON BUILDINGS c. STEPHENSON  
ENGINEERING LTD.**

**2011 CSC 33**

N° du greffe : 34112.

2011 : 23 juin.

Présents : Les juges Binnie, Abella et Rothstein.

**REQUÊTE EN PRODUCTION DE NOUVEAUX  
ÉLÉMENTS DE PREUVE**

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve — Demanderesse demandant que 11 publications jointes à un affidavit soient ajoutées à sa demande d'autorisation d'appel — Facteurs guidant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de recevoir de nouveaux éléments de preuve.*

Règle générale, l'importance d'une question de droit pour le public au sens de l'art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, n'est pas une question à l'égard de laquelle une preuve par affidavit peut être utile. Cette règle n'est toutefois pas immuable. Dans certains cas, il se peut que les autres éléments de la demande d'autorisation ne révèlent pas pourquoi, par exemple, la décision visée par la demande d'autorisation d'appel créerait un précédent inapplicable en pratique, ou risquerait d'avoir des répercussions négatives ou des conséquences jurisprudentielles insoupçonnées. Toutefois, en l'espèce, les questions en litige sont claires. Les nouveaux documents qui seraient ajoutés à la demande d'autorisation ne révèlent aucun motif de politique générale ou jurisprudentiel valable, qui ne ressorte pas manifestement des documents déjà déposés, démontrant que la demande soulève une question de droit d'importance pour le public. La formation qui examinera la demande d'autorisation d'appel peut déterminer si celle-ci soulève une question de droit d'importance pour le public à

fresh evidence on the leave application is therefore denied.

### Cases Cited

**Referred to:** *Petty v. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725; *Laudon v. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207.

### Statutes and Regulations Cited

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, rr. 25, 47(1)(b), 92.1.

*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 43.

### Authors Cited

Aikins, John. "Disclosure of Litigation Agreements Must be 'Immediate'", Canadian Bar Association (Ontario), *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, No. 2, March 2011 (online: [http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter\\_en/v21n2.aspx#Article\\_3](http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter_en/v21n2.aspx#Article_3)).

Caplan, Jessica. "Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position", Canadian Bar Association (Ontario), *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, No. 3, April 2011 (online: [http://www.oba.org/En/Construction/Cons\\_newsletter/v25n3.aspx#Article\\_3](http://www.oba.org/En/Construction/Cons_newsletter/v25n3.aspx#Article_3)).

Squires, Robin. "Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed", Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, Spring 2011, (online: [http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication\\_1846.pdf](http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication_1846.pdf)).

MOTION to adduce fresh evidence to be added to leave to appeal. Motion denied.

Written submissions by *Peter W. G. Carey*, for the applicant/applicant on motion.

Written submissions by *James A. LeBer*, for the respondent/respondent on motion.

The following order was delivered by

[1] BINNIE J. — An application is made on behalf of the applicant Aecon Buildings for an order pursuant to Rules 25, 47(1)(b) and 92.1 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, permitting 11 publications annexed to an affidavit

partir du dossier existant. Les documents que la demanderesse désire déposer ne lui seraient d'aucun secours. La requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve à l'égard de la demande d'autorisation d'appel est donc rejetée.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Petty c. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725; *Laudon c. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207.

### Lois et règlements cités

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 43.  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, art. 25, 47(1)(b), 92.1.

### Doctrine citée

Aikins, John. « Disclosure of Litigation Agreements Must be "Immediate" », Canadian Bar Association (Ontario), *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, No. 2, March 2011 (online : [http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter\\_en/v21n2.aspx#Article\\_3](http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter_en/v21n2.aspx#Article_3)).

Caplan, Jessica. « Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position », Canadian Bar Association (Ontario), *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, No. 3, April 2011 (online : [http://www.oba.org/En/Construction/Cons\\_newsletter/v25n3.aspx#Article\\_3](http://www.oba.org/En/Construction/Cons_newsletter/v25n3.aspx#Article_3)).

Squires, Robin. « Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed », Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, Spring 2011, (online : [http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication\\_1846.pdf](http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication_1846.pdf)).

REQUÊTE en vue d'ajouter de nouveaux éléments de preuve à la demande d'autorisation d'appel. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Peter W. G. Carey*, pour la demanderesse/requérante à la requête.

Argumentation écrite par *James A. LeBer*, pour l'intimée/intimée à la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

[1] LE JUGE BINNIE — Une demande a été présentée au nom de la demanderesse Aecon Buildings, en vertu de l'art. 25, de l'al. 47(1)(b) et l'art. 92.1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, en vue d'ajouter à sa demande

to be added to its application for leave to appeal. Aecon argues that the articles demonstrate that the application is of public importance and were not available when the leave application was served and filed.

[2] The leave application concerns a “*Mary Carter*-type agreement”, i.e. a settlement agreement in multiparty litigation between a plaintiff and defendant wherein the defendant in question ostensibly remains an active party to the litigation while the plaintiff’s claim in fact targets the other parties. The appearance is conveyed that the defendant is defending the cause but the appearance is misleading because of the existence of the partial settlement.

[3] In the present case, the Ontario Court of Appeal held that the applicant’s conduct warranted a stay of proceedings for abuse of process because of the fact that it had failed *ever* to volunteer the existence of the agreement to the other parties or to the court, but instead waited for one of the other parties to discover it through other sources and then demand its production (2010 ONCA 898, 328 D.L.R. (4th) 488).

[4] Generally speaking, our Court takes the view that the question whether a legal issue is of public importance within the meaning of s. 43 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is not a matter on which affidavit evidence is helpful. The practice is not invariable however. In some cases it may not be apparent from the rest of the leave materials why, for example, the decision sought to be appealed is alleged to establish a precedent that is unworkable in practice, or otherwise is likely to have a problematic impact or jurisprudential importance not apparent on its face. Here, however, the issues are straightforward. Must the *Mary Carter*-type agreement be disclosed immediately and if it isn’t what are the consequences?

[5] The material sought to be filed by the applicant simply illustrates the straightforward nature

d’autorisation d’appel 11 publications jointes à un affidavit. Aecon fait valoir que ces articles démontrent l’importance de la demande pour le public et qu’elle n’y avait pas accès au moment où elle a signifié et déposé sa demande d’autorisation.

[2] La demande d’autorisation concerne une « entente de type *Mary Carter* », soit une entente de règlement dans une instance opposant plusieurs parties, conclue entre un demandeur et un défendeur, et à la suite de laquelle ce défendeur continue à participer ouvertement à l’instance, tandis que la poursuite du demandeur est en réalité dirigée contre les autres parties. En apparence, le défendeur s’oppose à la poursuite, mais cette apparence est trompeuse puisqu’un règlement partiel a été conclu.

[3] En l’espèce, la Cour d’appel de l’Ontario a statué que la conduite de la demanderesse justifiait un sursis d’instance pour abus de procédure, parce que la demanderesse n’a pas révélé de son propre chef l’existence de l’entente aux autres parties ou au tribunal, à *quelque moment que ce soit*, mais a plutôt attendu qu’une autre partie la découvre grâce à d’autres sources et en exige la production (2010 ONCA 898, 328 D.L.R. (4th) 488).

[4] Règle générale, notre Cour considère que l’importance d’une question de droit pour le public au sens de l’art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, n’est pas une question à l’égard de laquelle une preuve par affidavit peut être utile. Cette règle n’est toutefois pas immuable. Dans certains cas, il se peut que les autres éléments de la demande d’autorisation ne révèlent pas pourquoi, par exemple, la décision visée par la demande d’autorisation d’appel créerait un précédent inapplicable en pratique, ou risquerait d’avoir des répercussions négatives ou des conséquences jurisprudentielles insoupçonnées. Toutefois, dans le présent dossier, les questions en litige sont claires. L’entente de type *Mary Carter* doit-elle être communiquée immédiatement et, le cas échéant, quelles seraient les conséquences du défaut de la communiquer?

[5] Les documents que la demanderesse désire déposer confirment simplement que les questions



of the legal issues. The first item, a posting on the website of the Canadian Bar Association (Ontario) (“CBAO”) (J. Aikins, “Disclosure of Litigation Agreements Must be ‘Immediate’”, *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, No. 2, March 2011 (online)), notes that the decision sought to be appealed restates the consistent rule in Ontario that *Mary Carter*-type agreements must be “disclosed to the parties and to the court as soon as the agreement is made”: *Petty v. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725 (Gen. Div.), at p. 737. The rule was repeated by the Ontario Court of Appeal as recently as *Laudon v. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207, where the court said “the existence of such an agreement is to be disclosed, as soon as it is concluded, to the court and to the other parties to the litigation” (para. 39). The CBAO posting does not indicate any conflict in the authorities or suggest that there are good reasons, policy or jurisprudential, not readily apparent from the material already filed, for finding that the application raises a legal issue of public importance. The author merely poses the question of what is meant by “immediate disclosure” and how *Mary Carter*-type agreements were to be “disclosed . . . to the court”. I think “immediate disclosure” is self-explanatory. Its application in a particular case will be fact-dependent. Here, as stated, the applicant never did *volunteer* disclosure of the existence of the agreement to the parties or to the court. The Court of Appeal decided that in the circumstances a stay of proceedings was warranted. The procedural point about how a party goes about disclosing the existence of such an agreement to the court (were they to decide to do so) is not something that raises a legal issue of public importance for this Court.

[6] Another posting on the CBAO website by a different author states “[t]he *Aecon* decision simply serves as a reminder that immediate disclosure is necessary as a matter of procedural fairness, such to allow the Court to properly control the judicial

de droit en litige sont claires. Le premier, affiché sur le site Web de l’Association du Barreau canadien (Ontario) (« ABCO ») (J. Aikins, « Disclosure of Litigation Agreements Must be “Immediate” », *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, n° 2, mars 2011 (en ligne)), mentionne que la décision que la demanderesse veut porter en appel énonce à nouveau la règle, bien établie en Ontario, selon laquelle les ententes de type *Mary Carter* doivent être [TRADUCTION] « communiquées aux parties et au tribunal dès que l’entente est conclue » : *Petty c. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725 (Div. gén.), p. 737. Cette règle a été réitérée récemment par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Laudon c. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207, où elle a affirmé que [TRADUCTION] « l’existence d’une telle entente doit être révélée au tribunal et aux autres parties à l’instance dès sa conclusion » (par. 39). Le document affiché sur le site Web de l’ABCO ne révèle aucune discordance dans la jurisprudence, ni aucun motif de politique générale ou jurisprudentiel valable, qui ne ressorte pas manifestement des documents déjà déposés, démontrant que la demande soulève une question de droit d’importance pour le public. L’auteur s’interroge simplement sur le sens des mots [TRADUCTION] « communication immédiate » et sur la façon dont les ententes de type *Mary Carter* doivent être « communiquées [. . .] au tribunal ». J’estime que la notion de « communication immédiate » ne demande pas d’explication. Son application dans un cas donné dépendra des faits qui lui sont propres. Comme cela a été mentionné, dans le présent dossier, la demanderesse n’a jamais révélé l’existence de l’entente aux parties ou au tribunal *de son propre chef*. La Cour d’appel a décidé qu’un sursis d’instance était justifié dans les circonstances. La question procédurale de savoir comment une partie doit procéder pour communiquer une telle entente au tribunal (si elle décidait de la communiquer) ne soulève pas de question de droit d’importance pour le public qui devrait être tranchée par la Cour.

[6] Dans un autre document affiché sur le site Web de l’ABCO, un auteur différent affirme : [TRADUCTION] « La décision dans l’affaire *Aecon* sert simplement à rappeler que la communication immédiate est nécessaire sur le plan de l’équité

process” (J. Caplan, “Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position”, *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, No. 3, April 2011 (online)). This too is of no help in resolving the s. 43 question before us.

[7] The remaining articles are similarly routine reports of the decision of the Court of Appeal. They generally fall into the “Notice to the Profession” category. Sometimes the author adds a tag line such as “[a]nyone contemplating entering into a partial settlement agreement of any kind should closely review this decision and ensure that immediate disclosure is contemplated and assured upon the completion of the agreement” (R. Squires, “Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed”, Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, Spring 2011 (online)). Nobody expresses any doubt that the rule stated by the Court of Appeal is consistent with its past authority, or suggests that the remedy for abuse of process was not, as a matter of law, available.

[8] Whether the rule itself raises a legal question of public importance is for the leave panel to decide. The material sought to be filed is of no additional assistance in this respect.

[9] Counsel for the respondent advises the Court that he takes no position on the motion to adduce fresh evidence, presumably because the fresh evidence is neither helpful nor prejudicial.

[10] I would deny the application to adduce fresh evidence on the leave application without costs.

procédurale, afin que le tribunal puisse gérer correctement le processus judiciaire » (J. Caplan, « Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position », *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, n° 3, avril 2011 (en ligne)). Ce document n’est, lui non plus, d’aucune utilité quant à la décision que nous devons rendre en vertu de l’art. 43.

[7] Les autres articles sont des comptes rendus ordinaires similaires de la décision de la Cour d’appel. Ils tombent en général dans la catégorie des « Avis à la communauté juridique ». L’auteur ajoute parfois un commentaire en guise de conclusion, par exemple : [TRADUCTION] « Quiconque envisage une entente de règlement partiel de quelque type que ce soit devrait examiner attentivement cette décision et prendre soin de prévoir et d’effectuer la communication immédiate de l’entente dès sa conclusion » (R. Squires, « Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed », Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, printemps 2011 (en ligne)). Personne ne met en doute la concordance de la règle énoncée par la Cour d’appel avec sa jurisprudence antérieure, ni ne prétend qu’il n’était pas possible, en droit, d’accorder une réparation pour abus de procédure.

[8] C’est à la formation de la Cour qui examinera la demande d’autorisation qu’il reviendra de trancher la question de savoir si la règle elle-même soulève une question de droit d’importance pour le public. Les documents que la demanderesse désire déposer ne sont d’aucun secours à cet égard.

[9] L’avocat de la défenderesse a avisé la Cour qu’il ne prend pas position concernant la requête en présentation de nouveaux éléments de preuve, sans doute parce que cette preuve n’est ni utile ni préjudiciable.

[10] Je suis d’avis de rejeter la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve relativement à la demande d’autorisation d’appel, sans dépens.

*Motion denied.*

*Solicitors for the applicant/applicant on motion: Fogler, Rubinoff, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/respondent on motion: Advocates, London.*

*Requête rejetée.*

*Procureurs de la demanderesse/requérante à la requête : Fogler, Rubinoff, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée/intimée à la requête : Advocates, London.*

**Olga Maria Nixon** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Criminal Trial Lawyers' Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NIXON

2011 SCC 34

File No.: 33476.

2010: December 15; 2011: June 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether repudiation amounting to breach of accused's s. 7 Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Criminal law — Plea agreement — Repudiation — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether act of repudiation matter of tactics or conduct before court or matter of prosecutorial discretion — Whether act of repudiation reviewable on grounds of abuse of process.*

**Olga Maria Nixon** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Trial Lawyers' Association et Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. NIXON

2011 CSC 34

N° du greffe : 33476.

2010 : 15 décembre; 2011 : 24 juin.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie l'entente — La répudiation porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusée par l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Droit criminel — Entente sur le plaidoyer — Répudiation — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie l'entente — La répudiation constitue-t-elle un élément de stratégie ou de conduite devant le tribunal ou relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — La répudiation peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire au motif qu'elle constitue un abus de procédure?*

The accused drove her motor home through an intersection and struck another vehicle, killing a husband and wife and injuring their young son. She was charged with several *Criminal Code* offences, including dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm, and parallel charges for impaired driving. Counsel initially entered into a plea agreement according to which the accused would plead guilty to a charge of careless driving under the provincial *Traffic Safety Act* in return for which the Crown agreed to withdraw the *Criminal Code* charges. When the Acting Assistant Deputy Minister of the Criminal Justice Division of the Office of the Attorney General saw the proposed resolution, he initiated an inquiry which led him to conclude that Crown counsel's assessment of the strength of the case was flawed. In his view, a plea to careless driving in the circumstances was contrary to the interests of justice and would bring the administration of justice into disrepute. Crown counsel was thus instructed to withdraw the plea agreement and to proceed to trial. In response, the accused brought a s. 7 *Charter* application alleging abuse of process and seeking a court direction requiring the Crown to complete the plea agreement. The application judge held that negotiations between counsel after charges are laid are matters of tactics or conduct which are subject to review by the court, and that the repudiation of the plea agreement, in this case, was not justified. He concluded that the accused's s. 7 *Charter* right to security of the person had been breached and he directed the Crown to proceed with the agreement. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, finding that the repudiation of a plea agreement is a matter of prosecutorial discretion not reviewable by the courts, subject to the doctrine of abuse of process.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The crucial importance of the distinction between prosecutorial discretion reviewable only for abuse of process and matters of tactics or conduct before the court governed by the inherent jurisdiction of the criminal trial court to control its own process was fully canvassed and explained in *Krieger v. Law Society of*

L'accusée a franchi une intersection avec son auto-caravane sans faire d'arrêt et a heurté un autre véhicule, tuant un homme et son épouse et blessant leur jeune fils. Elle a été accusée de plusieurs infractions au *Code criminel*, notamment de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies. Les avocats ont d'abord conclu une entente sur le plaidoyer, assortie d'une recommandation conjointe qu'une amende de 1 800 \$ soit imposée à l'accusée. Selon l'entente, l'accusée devait inscrire un plaidoyer de culpabilité à une accusation de conduite imprudente au sens de la *Traffic Safety Act* de la province; en contrepartie, la Couronne consentait à retirer les accusations fondées sur le *Code criminel*. Quand le sous-ministre adjoint par intérim de la section de la justice pénale du bureau du procureur général a vu le projet d'entente, il a entrepris une enquête qui l'a amené à conclure que l'appréciation de la solidité de la preuve par le procureur de la Couronne comportait des lacunes. Selon lui, un plaidoyer relatif à une accusation de conduite imprudente dans les circonstances était contraire aux intérêts de la justice et susceptible de déconsidérer l'administration de celle-ci. Il a donc été ordonné au procureur de la Couronne de répudier l'entente sur le plaidoyer et de procéder à l'instruction de l'affaire. En réponse, l'accusée a présenté une requête fondée sur l'art. 7 de la *Charte* dans laquelle elle a allégué l'abus de procédure et demandé au tribunal d'ordonner à la Couronne d'exécuter l'entente. Le juge de première instance a conclu que les négociations entre les avocats survenues après le dépôt des accusations constituaient des éléments de la stratégie ou de la conduite du poursuivant pouvant faire l'objet d'un contrôle par le tribunal, et que la répudiation de l'entente sur le plaidoyer n'était pas justifiée en l'espèce. Il a conclu qu'il avait été porté atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'accusée par l'art. 7 de la *Charte* et ordonné à la Couronne de soumettre l'entente à un autre juge. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par la Couronne après avoir conclu que la répudiation d'une entente sur le plaidoyer était une question relevant du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui ne pouvait faire l'objet d'un contrôle de la part des tribunaux, sous réserve de la règle de l'abus de procédure.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'importance cruciale de la distinction entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne pouvant faire l'objet d'un contrôle qu'en cas d'abus de procédure et les éléments de stratégie ou de conduite devant le tribunal assujettis à la compétence inhérente de la cour de juridiction criminelle de contrôler sa

*Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. The Crown's decision in this case to refile from the plea agreement and to continue the prosecution clearly constituted an act of prosecutorial discretion subject to the principles set out in *Krieger*: it is only reviewable for abuse of process. Prosecutorial discretion is not spent with the decision to initiate the proceedings, nor does it terminate with a plea agreement. So long as the proceedings are ongoing, the Crown may be required to make further decisions about whether the prosecution should be continued, and if so, in respect of what charges.

There are two categories of abuse of process under s. 7 of the *Charter*: (1) prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial; and (2) prosecutorial conduct that contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process. While s. 24(1) of the *Charter* allows for a wide range of remedies, this does not mean that abuse of process can be made out by demonstrating a lesser degree of harm, either to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system. Achieving the appropriate balance between societal and individual concerns defines the essential character of abuse of process.

The repudiation of a plea agreement may well constitute an abuse of process, either because it results in trial unfairness or meets the narrow residual category of abuse that undermines the integrity of the judicial process. The more difficult question in this appeal is how the initial exercise of prosecutorial discretion — Crown counsel's offer to resolve the matter on the basis of a plea to a lesser charge — should figure in the analysis regarding abuse of process. A plea agreement should not be regarded as a contractual undertaking. Vitiating factors, such as mistake, misrepresentation or fraud, which usually inform a private party's right to refile from a bargain, do not fully capture the public interest considerations which are at play. However, the analogy can usefully underscore the utmost importance of honouring the agreement. The situations in which the Crown can properly repudiate a plea agreement are, and must remain, very rare. Moreover, the reasonably defensible test applied by the application judge to Crown counsel's

propre procédure a été examinée et expliquée à fond dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372. Sous réserve de la règle de l'abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d'une partie plutôt que la conduite des parties comparissant devant lui. La décision de la Couronne de répudier l'entente sur le plaidoyer et de continuer la poursuite constituait manifestement un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites visé par les principes énoncés dans *Krieger* : il est susceptible de contrôle judiciaire seulement s'il y a eu abus de procédure. Ni la décision d'entamer des procédures, ni la conclusion d'une entente sur le plaidoyer ne signifie que ce pouvoir ne peut plus être exercé. Tant que les procédures sont en cours, la Couronne peut être tenue de prendre d'autres décisions quant à savoir si la poursuite doit être continuée et, le cas échéant, à l'égard de quelles accusations.

Il existe deux catégories d'abus de procédure auxquelles s'applique l'art. 7 de la *Charte* : (1) les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l'équité du procès; et (2) les cas où la conduite du poursuivant contrevient aux notions fondamentales de justice et mine ainsi l'intégrité du processus judiciaire. Même si le par. 24(1) de la *Charte* permet d'octroyer une vaste gamme de réparations, cela ne signifie pas pour autant que l'on puisse faire la preuve d'un abus de procédure en établissant une atteinte moins grave soit au droit de l'accusé à un procès équitable, soit à l'intégrité du système de justice. Trouver le juste équilibre entre les préoccupations des individus et celles de la société : voilà le caractère essentiel de l'analyse relative à l'abus de procédure.

La répudiation d'une entente sur le plaidoyer peut fort bien constituer un abus de procédure, soit parce qu'elle rend le procès inéquitable, soit parce qu'elle est visée par l'étroite catégorie résiduelle de cas qui minent l'intégrité du processus judiciaire. La question plus difficile à trancher dans le présent pourvoi est de savoir dans quelle mesure il faut, dans l'analyse relative à l'abus de procédure, tenir compte de l'exercice initial du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, à savoir l'offre du procureur de la Couronne de régler l'affaire sur la base d'un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave. Il ne faut pas considérer l'entente sur le plaidoyer comme un engagement contractuel. Les facteurs susceptibles de vicier une entente — tels l'erreur, la déclaration inexacte et la fraude — et qui permettent habituellement à une partie privée de répudier une entente ne rendent pas pleinement compte des considérations d'intérêt public qui entrent en jeu. Toutefois, l'analogie fait utilement ressortir l'importance capitale de respecter

decision to enter into a plea agreement is not the appropriate measure to determine whether there is an abuse of process. Indeed, it is the circumstances surrounding the repudiation of a plea agreement which should be reviewed to determine whether that decision amounts to an abuse of process. Reviewing for “reasonableness” a decision made in the exercise of prosecutorial discretion runs contrary to the constitutionally separate role of the Attorney General in the initiation and pursuit of criminal prosecutions as well as the principles set out in *Krieger*.

Given that acts of prosecutorial discretion are generally beyond the reach of the court, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges abuse of process. A court should not embark on an inquiry into the reasons behind the exercise of prosecutorial discretion without a proper evidentiary foundation. However, evidence that a plea agreement has been entered into and subsequently reneged by the Crown meets the requisite threshold. Further, to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to resile from the agreement. The ultimate burden of proving abuse of process, however, remains on the applicant.

In this case, the Crown’s repudiation conduct cannot be considered so unfair or oppressive to the accused, or so tainted by bad faith or improper motive, that to allow the Crown to now proceed on the dangerous driving *Criminal Code* charges would tarnish the integrity of the judicial system and thus constitute an abuse of process. Indeed, the Acting Assistant Deputy Minister, in good faith, determined that Crown counsel’s assessment of the strength of the evidence was erroneous and, on that basis, having regard to the seriousness of the offences, concluded that it would not be in the public interest to terminate the prosecution on the criminal charges. This can hardly be regarded as evidence of misconduct. Finally, the accused was returned to the position she was in at the conclusion of the preliminary hearing before the plea agreement was entered into and thus suffered no prejudice as a result of the repudiation.

l’entente. Les cas dans lesquels la Couronne peut à juste titre répudier une entente sur le plaidoyer sont — et doivent demeurer — très rares. En outre, le critère de la décision raisonnablement défendable que le juge de première instance a appliqué pour apprécier la décision du procureur de la Couronne de conclure une entente sur le plaidoyer n’est pas la norme qu’il convient d’appliquer pour décider s’il y a eu abus de procédure. En effet, il faut plutôt analyser les circonstances de la décision de répudier l’entente pour établir si cette décision-là constitue un abus de procédure. L’appréciation du « caractère raisonnable » d’une décision prise dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites va à l’encontre du rôle distinct du procureur général sur le plan constitutionnel quant aux décisions d’engager et de continuer des poursuites pénales, ainsi que des principes énoncés dans *Krieger*.

Comme les actes résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites échappent généralement à la compétence du tribunal, il existe de bonnes raisons d’imposer un fardeau initial au demandeur qui allègue l’abus de procédure. Les tribunaux ne doivent pas examiner les motifs qui sous-tendent les actes résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites s’ils ne peuvent s’appuyer sur une preuve suffisante. Toutefois, la preuve que la Couronne a conclu une entente sur le plaidoyer qu’elle a par la suite répudiée est conforme à la norme préliminaire à laquelle il doit être satisfait. En outre, dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l’information, c’est à elle qu’il incombe d’exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l’entente. En bout de ligne, cependant, c’est au demandeur qu’il revient d’établir qu’il y a eu abus de procédure.

En l’espèce, le fait que la Couronne ait répudié l’entente n’était pas à ce point injuste ou oppressif pour l’accusée, ou à ce point entaché de mauvaise foi ou d’un motif illégitime, que permettre à la Couronne de tenir un procès relativement à l’accusation de conduite dangereuse prévue au *Code criminel* porterait atteinte à l’intégrité du système judiciaire et, partant, constituerait un abus de procédure. En effet, le sous-ministre adjoint par intérim a conclu de bonne foi que le procureur de la Couronne avait mal évalué la force probante de la preuve, et, sur ce fondement, il a jugé que, compte tenu de la gravité des infractions reprochées, il ne serait pas dans l’intérêt public de mettre fin à la poursuite. On ne saurait guère considérer cela comme la preuve d’une inconduite. Enfin, l’accusée a été rétablie dans la situation dans laquelle elle se trouvait à la fin de l’enquête préliminaire, avant que l’entente sur le plaidoyer ne soit conclue, et n’a donc pas subi de préjudice par suite de la répudiation.

### Cases Cited

**Applied:** *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; **disapproved:** *R. v. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349; **referred to:** *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 24(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.  
*Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6.

### Authors Cited

Law Society of Alberta. *Code of Professional Conduct*, version No. 2009\_V1, June 3, 2009 (online: <http://www.lawsociety.ab.ca/files/regulations/Code.pdf>).

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Paperny and Slatter JJ.A.), 2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384, 464 A.R. 1, 246 C.C.C. (3d) 149, 195 C.R.R. (2d) 352, [2009] 10 W.W.R. 641, 82 M.V.R. (5th) 191, [2009] A.J. No. 871 (QL), 2009 CarswellAlta 1221, setting aside an order of Ayotte Prov. Ct. J., 2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156, 445 A.R. 111, 233 C.C.C. (3d) 539, [2008] 8 W.W.R. 740, 61 M.V.R. (5th) 287, [2008] A.J. No. 129 (QL), 2008 CarswellAlta 162, directing the Crown to honour the plea agreement. Appeal dismissed.

*Marvin R. Bloos, Q.C.*, for the appellant.

*Goran Tomljanovic, Q.C.*, and *Christine Rideout*, for the respondent.

*Michal Fairburn* and *Frank Au*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

*Ami Kotler*, for the intervenor the Attorney General of Manitoba.

*M. Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C.*, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; **arrêt critiqué :** *R. c. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349; **arrêts mentionnés :** *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.  
*Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6.

### Doctrine citée

Law Society of Alberta. *Code of Professional Conduct*, version No. 2009\_V1, June 3, 2009 (online: <http://www.lawsociety.ab.ca/files/regulations/Code.pdf>).

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Paperny et Slatter), 2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384, 464 A.R. 1, 246 C.C.C. (3d) 149, 195 C.R.R. (2d) 352, [2009] 10 W.W.R. 641, 82 M.V.R. (5th) 191, [2009] A.J. No. 871 (QL), 2009 CarswellAlta 1221, qui a infirmé l'ordonnance du juge Ayotte, 2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156, 445 A.R. 111, 233 C.C.C. (3d) 539, [2008] 8 W.W.R. 740, 61 M.V.R. (5th) 287, [2008] A.J. No. 129 (QL), 2008 CarswellAlta 162, enjoignant à la Couronne de respecter l'entente sur le plaidoyer. Pourvoi rejeté.

*Marvin R. Bloos, c.r.*, pour l'appelante.

*Goran Tomljanovic, c.r.*, et *Christine Rideout*, pour l'intimée.

*Michal Fairburn* et *Frank Au*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Ami Kotler*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*M. Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.



*D’Arcy DePoe*, for the intervener the Criminal Trial Lawyers’ Association.

*Marie Henein, Matthew Gourlay and Lou Strezos*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Introduction

[1] The question on this appeal is whether the trial judge erred in concluding that the Crown’s repudiation of a plea agreement was an abuse of process in breach of the appellant’s rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More specifically, the courts below were divided on the appropriate standard against which to measure the repudiation conduct.

[2] The application judge held that the repudiation of a plea agreement is a matter of conduct or tactics which is subject to the usual control of the criminal trial court (2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156). In the case at bar, the repudiation of the plea agreement by the Assistant Deputy Minister of the Criminal Justice Division was not justified, as Crown counsel’s decision to enter into a plea agreement was “reasonably defensible”. Thus, he concluded that the repudiation of the plea agreement was an abuse of process in breach of the accused’s s. 7 security and liberty interests and directed the Crown to honour the agreement. The appellant subsequently pleaded guilty to a lesser offence and was acquitted on the more serious charges.

[3] The Alberta Court of Appeal overturned the application judge’s decision, holding that the repudiation of a plea agreement is a matter of prosecutorial discretion, reviewable only for abuse of process

*D’Arcy DePoe*, pour l’intervenante Criminal Trial Lawyers’ Association.

*Marie Henein, Matthew Gourlay et Lou Strezos*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Introduction

[1] La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la répudiation, par la Couronne, d’une entente sur le plaidoyer constituait un abus de procédure portant atteinte aux droits garantis à l’appelante par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, les juridictions inférieures étaient partagées quant à la norme au regard de laquelle il convient de juger la conduite des représentants de la Couronne.

[2] Le juge de première instance a conclu que la répudiation d’une entente sur le plaidoyer constituait un élément de conduite ou de stratégie susceptible de faire l’objet du contrôle habituellement exercé par la cour de juridiction criminelle (2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156). En l’espèce, la répudiation de l’entente par le sous-ministre adjoint de la section de la justice pénale n’était pas justifiée, car la décision du procureur de la Couronne de conclure une telle entente était [TRADUCTION] « raisonnablement défendable ». Par conséquent, le juge a conclu que la répudiation de l’entente constituait un abus de procédure portant atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de l’accusée que garantit l’art. 7 de la *Charte*, et il a ordonné à la Couronne de respecter l’entente. L’appelante a par la suite plaidé coupable à une infraction moindre et été acquittée des accusations les plus graves.

[3] La Cour d’appel de l’Alberta a infirmé la décision du juge de première instance après avoir conclu que la répudiation d’une entente sur le plaidoyer relevait du pouvoir discrétionnaire en matière de

(2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384). It held that the application judge erred in testing Crown counsel's decision against a "reasonably defensible" standard. Rather, he should have reviewed the circumstances surrounding the subsequent decision to repudiate. The relevant inquiry for abuse of process under s. 7 of the *Charter* is whether there is conduct which either causes prejudice to the accused by rendering the trial unfair, or affects the integrity of the justice system itself. In the absence of prejudice which renders the trial unfair, there must be proof of "prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances or ultimate decision to repudiate" (para. 49). Applying this test, the Court of Appeal found no evidence to support a finding of abuse of process in the circumstances of this case. The application judge's order, the resulting plea and the acquittals were set aside, and a new trial was ordered.

[4] The appellant, Olga Maria Nixon, appeals to this Court.

[5] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the application judge applied the incorrect test for abuse of process. I also agree that there is no basis for finding that the appellant's s. 7 rights were breached in the circumstances of this case. I would dismiss the appeal.

## 2. The Proceedings Below

[6] The appellant, Ms. Nixon, was charged with several *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, offences, including dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm, and parallel charges for impaired driving. The charges arose as a result of a motor vehicle accident which

poursuites et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire qu'en cas d'abus de procédure (2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384). Elle a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en appréciant la décision du procureur de la Couronne en fonction de la norme de la décision « raisonnablement défendable ». Selon elle, il aurait plutôt dû examiner les circonstances dans lesquelles la décision de répudier l'entente a été prise. Pour établir s'il y a eu abus de procédure au regard de l'art. 7 de la *Charte*, il faut se demander si la conduite du poursuivant a causé un préjudice à l'accusé, rendant ainsi le procès inéquitable, ou porté atteinte à l'intégrité du système de justice lui-même. Si aucun préjudice n'a rendu le procès inéquitable, il faut faire la preuve [TRADUCTION] « d'une conduite répréhensible de la part du poursuivant, d'un motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier [l'entente] » (par. 49). Appliquant ce critère, la Cour d'appel a jugé qu'aucun élément de preuve ne permettait de conclure à l'abus de procédure dans les circonstances de l'espèce. Elle a donc annulé l'ordonnance du juge de première instance, le plaidoyer qui en avait résulté ainsi que les acquittements qui avaient été prononcés, et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[4] L'appelante, Olga Maria Nixon, se pourvoit maintenant devant la Cour.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la Cour d'appel que le juge de première instance a appliqué le mauvais critère pour établir s'il y avait eu abus de procédure. J'estime moi aussi que rien ne permet de conclure, dans les circonstances de l'espèce, qu'il a été porté atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte*. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## 2. Les juridictions inférieures

[6] L'appelante, M<sup>me</sup> Nixon, a été accusée de plusieurs infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, notamment de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies. Les

occurred on September 2, 2006. The Crown alleged that Ms. Nixon drove her motor home through an intersection without stopping and struck another vehicle, killing a husband and wife and injuring their young son. A roadside screening test was administered at the scene, followed by breath samples which resulted in readings of 200 mg of alcohol in 100 mL of blood. Expert extrapolation concluded that Ms. Nixon's blood alcohol level would have been between 225 and 250 mg per 100 mL at the time of the accident.

[7] Given that Ms. Nixon elected trial by judge and jury, the matter proceeded to a preliminary inquiry on March 1, 2007. Crown counsel who had carriage of the case at the time had concerns about some of the evidence, in particular the admissibility of the breathalyzer results and the probative value of the eyewitness evidence that a motor home had been seen driving erratically some time before the accident. Based on his assessment, Crown counsel did not adduce the breath sample results at the preliminary hearing, although he specifically reserved the right to call this evidence at trial. He also informed the presiding judge that the Crown would not be seeking a committal on any charge other than the dangerous driving counts. Ms. Nixon consented to a committal order on the dangerous driving charges.

[8] Following the preliminary inquiry, additional discussions were held between counsel during the first weeks of May 2007 regarding a plea to a charge of careless driving under the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, with a joint sentence recommendation for a \$1,800 fine. Counsel ultimately entered into a written agreement to that effect on May 22, and Ms. Nixon re-elected her mode of trial in anticipation of entering a guilty plea to the lesser charge on June 5.

accusations ont été portées par suite d'un accident de la route qui s'est produit le 2 septembre 2006. Selon la Couronne, M<sup>me</sup> Nixon a franchi une intersection avec son autocaravane sans faire d'arrêt et a heurté un autre véhicule, tuant un homme et son épouse et blessant leur jeune fils. Un test de détection routier a été effectué sur les lieux de l'accident, puis des échantillons d'haleine ont été recueillis : ceux-ci renfermaient 200 mg d'alcool par 100 ml de sang. Une extrapolation d'expert a permis de conclure que, au moment de l'accident, le taux d'alcool dans le sang de M<sup>me</sup> Nixon se situait entre 225 et 250 mg par 100 ml de sang.

[7] M<sup>me</sup> Nixon ayant choisi le procès devant juge et jury, une enquête préliminaire a eu lieu le 1<sup>er</sup> mars 2007. Le procureur de la Couronne chargé du dossier à l'époque avait des réserves au sujet de certains éléments de preuve, notamment quant à l'admissibilité des résultats de l'alcootest et à la valeur probante des dépositions des témoins oculaires, qui avaient déclaré avoir vu une autocaravane conduite de façon irrégulière quelque temps avant l'accident. Se fondant sur sa propre appréciation, le procureur de la Couronne a décidé de ne pas produire les résultats de l'analyse des échantillons d'haleine à l'enquête préliminaire, mais il s'est expressément réservé le droit de présenter cet élément de preuve au procès. Il a également dit au juge qui présidait l'audience que la Couronne ne chercherait à obtenir l'incarcération de l'accusée que relativement aux chefs d'accusation de conduite dangereuse. M<sup>me</sup> Nixon a consenti à ce qu'une ordonnance d'incarcération soit prononcée eu égard à ces chefs d'accusation.

[8] À la suite de l'enquête préliminaire, d'autres discussions ont eu lieu entre les avocats, au cours des premières semaines de mai 2007, au sujet d'un plaidoyer relatif à une accusation de conduite imprudente au sens de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, et d'une recommandation conjointe qu'une amende de 1 800 \$ soit imposée à l'accusée. Le 22 mai, les avocats ont finalement conclu une entente écrite à cet effet et M<sup>me</sup> Nixon a choisi un nouveau mode de procès en prévision du plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave, qu'elle entendait inscrire le 5 juin.

[9] Before making the offer for a plea resolution, Crown counsel had discussed the matter in general terms with some of his colleagues in the Crown's office, including his immediate supervisor who reluctantly agreed with the terms of the proposed agreement. Due to the sensitive nature of the case, a report was also prepared for senior officials in the justice department. When the Acting Assistant Deputy Minister ("ADM") of the Criminal Justice Division of the office of the Attorney General saw the report and the proposed resolution scheduled to be perfected a few days later, he became concerned and initiated an inquiry. This in turn prompted an adjournment of the June 5 date to June 26. The defence was not informed of the reason for the adjournment at the time.

[10] The ADM obtained additional legal opinions about the merits of the Nixon prosecution and about the repudiation of plea agreements. Based on the results of this research, the ADM concluded that Crown counsel's assessment of the strength of the case was flawed as he had failed to consider the totality of the evidence. In his view, a plea to careless driving in the circumstances was contrary to the interests of justice and would bring the administration of justice into disrepute. The ADM also concluded that Ms. Nixon could be restored without prejudice to the position she had been in prior to entering into the plea agreement. Thus, it was resolved that the decision by Crown counsel at the preliminary hearing not to proceed on the impaired driving counts would be maintained. However, the ADM instructed Crown counsel to withdraw the May 22 resolution agreement and to proceed to trial on the dangerous driving charges in accordance with the committal order.

[11] In response to this turn of events, Ms. Nixon brought an application under s. 7 of the *Charter*, alleging abuse of process and seeking a court direction requiring the Crown to complete the agreement. Ayotte Prov. Ct. J. of the Provincial Court

[9] Avant d'offrir à l'accusée de conclure une entente sur le plaidoyer, le procureur de la Couronne avait discuté du dossier de façon générale avec certains de ses collègues, notamment son supérieur immédiat, qui avait accepté à contrecœur les modalités de l'entente projetée. Vu le caractère délicat du dossier, un rapport a aussi été rédigé à l'intention de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice. Quand le sous-ministre adjoint par intérim (« SMA ») de la section de la justice pénale du bureau du procureur général a vu le rapport et le projet d'entente à perfectionner quelques jours plus tard, il a commencé à s'inquiéter et entrepris une enquête. Il s'en est suivi un report de l'audience du 5 juin au 26 juin. La défense n'a pas été informée à l'époque du motif de l'ajournement.

[10] Le SMA a obtenu des avis juridiques supplémentaires sur le bien-fondé de la poursuite contre M<sup>me</sup> Nixon et la répudiation de l'entente sur le plaidoyer qui l'ont amené à conclure que l'appréciation que le procureur de la Couronne avait faite de la solidité de la preuve comportait des lacunes, car ce dernier avait omis d'examiner l'ensemble des éléments de preuve. Selon lui, un plaidoyer relatif à une accusation de conduite imprudente dans les circonstances était contraire aux intérêts de la justice et susceptible de déconsidérer l'administration de celle-ci. Le SMA a également conclu que M<sup>me</sup> Nixon pouvait être rétablie sans préjudice dans la situation où elle se trouvait avant de conclure l'entente sur le plaidoyer. Par conséquent, il a été résolu que la décision du procureur de la Couronne au stade de l'enquête préliminaire de ne pas poursuivre l'accusée relativement aux chefs d'accusation de conduite avec facultés affaiblies serait maintenue. Toutefois, le SMA a ordonné au procureur de la Couronne de répudier l'entente du 22 mai et de poursuivre l'accusée relativement aux chefs d'accusation de conduite dangereuse conformément à l'ordonnance d'incarcération.

[11] En réponse à cette tournure des événements, M<sup>me</sup> Nixon a présenté une requête fondée sur l'art. 7 de la *Charte* dans laquelle elle a allégué l'abus de procédure et demandé au tribunal d'ordonner à la Couronne d'exécuter l'entente.

of Alberta embarked on an inquiry into the matter, at the conclusion of which he reserved judgment. At the outset of his written reasons, the application judge noted that the Attorney General has the ultimate power to initiate, conduct and terminate prosecutions, as affirmed by this Court in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372. He also acknowledged that the courts will rarely interfere with the exercise of prosecutorial discretion. In his view, however, “when that discretion is exercised in favour of proceeding, the matter becomes subject to the processes and procedures sanctioned by the court” (para. 12). Thus, he held that negotiations between counsel after charges are laid were matters of tactics or conduct which were subject to review by the court.

[12] The application judge then discussed the standard against which to measure the Crown’s conduct. He concluded that the Crown’s ability to repudiate a plea agreement is akin to the discretion of a trial judge to reject a joint submission on sentence: the determinative test was whether the plea agreement was “reasonably defensible”. Before delving into that issue, however, the application judge dealt with Ms. Nixon’s concern that the decision to repudiate was motivated by political considerations. After reviewing the relevant evidence, he concluded that “there is absolutely no evidence” of political interference (para. 22) and “nothing to suggest that [the ADM’s] action was taken in bad faith or to accommodate a real or perceived political stance of his Minister of Justice” (para. 25).

[13] The application judge emphasized that the relevant test is whether the plea agreement was “reasonably defensible”. In his view, if the Crown

Le juge Ayotte de la Cour provinciale de l’Alberta a entrepris une enquête sur la question, à la fin de laquelle il a pris l’affaire en délibéré. Au début de ses motifs écrits, le juge de première instance a souligné que le procureur général avait le pouvoir ultime d’entreprendre, de diriger et de mettre fin à des poursuites, comme l’a confirmé la Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372. Il a également reconnu que les tribunaux intervenaient rarement dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il s’est cependant dit d’avis que [TRADUCTION] « lorsque, dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, on décide d’intenter une poursuite, l’affaire est dès lors assujettie aux processus et aux procédures sanctionnés par le tribunal » (par. 12). Par conséquent, il a conclu que les négociations entre les avocats survenues après le dépôt des accusations constituaient des éléments de la stratégie ou de la conduite du poursuivant pouvant faire l’objet d’un contrôle par le tribunal.

[12] Le juge de première instance a ensuite discuté de la norme qu’il convenait d’appliquer pour apprécier la conduite de la Couronne. Il a conclu que la capacité de la Couronne de répudier une entente sur le plaidoyer s’apparentait au pouvoir discrétionnaire d’un juge de première instance de rejeter des observations conjointes au sujet de la peine : le critère déterminant était de savoir si l’entente était « raisonnablement défendable ». Toutefois, avant d’approfondir cette question, le juge s’est penché sur les inquiétudes exprimées par M<sup>me</sup> Nixon, qui estimait que la décision de répudier l’entente était le produit de considérations politiques. Après avoir examiné les éléments de preuve pertinents, il a conclu qu’[TRADUCTION] « il n’y [avait] absolument aucune preuve » d’ingérence politique (par. 22) et que « rien ne donnait à penser que [le SMA] avait agi de mauvaise foi ou en vue de donner suite à une décision politique — réelle ou perçue — de son ministre de la Justice » (par. 25).

[13] Le juge de première instance a souligné que le critère pertinent consistait à savoir si l’entente était « raisonnablement défendable ».

is to justify its course of action to repudiate the agreement, then it must do more than establish that others would have reached a different conclusion. In the case at bar, he concluded that the repudiation of the plea agreement was not justified, as Crown counsel's assessment of the case was "reasonably defensible". The application judge held further that where the court is satisfied that the original bargain, if honoured, would not be contrary to the public interest and would not bring the administration of justice into disrepute, it is irrelevant whether the accused suffered prejudice. He added that if he were required to find prejudice, he would do so here. In his view, Ms. Nixon was prejudiced because defence counsel was led to believe that the evidence of breath samples would not be adduced at trial and, consequently, did not explore that issue at the preliminary hearing.

[14] The application judge concluded that Ms. Nixon's s. 7 right to security of the person was breached and, by way of remedy, he directed the Crown to proceed with the agreement before another judge. Ms. Nixon subsequently pleaded guilty to the offence of careless driving, was sentenced to a fine of \$1,800, and was acquitted of the *Criminal Code* offences.

[15] The Crown appealed the acquittals. The Court of Appeal of Alberta allowed the appeal, holding that the application judge erred in law by finding that Ms. Nixon's s. 7 *Charter* rights were violated. Paperny J.A. (Côté and Slatter J.J.A. concurring) found that the application judge used the wrong test to distinguish between matters that fall within the scope of prosecutorial discretion and those more properly characterized as a prosecutor's tactics and conduct before the court. The line cannot be artificially drawn at the courtroom door. Paperny J.A. stated: "Rather, the relevant inquiry is whether the impugned decision falls within the core of the prosecutor's discretion: is it a decision as to whether a prosecution should be brought,

Selon lui, la Couronne devait, pour justifier la démarche qu'elle avait suivie pour répudier l'entente, faire davantage que simplement établir que d'aucuns auraient tiré une conclusion différente. Il a conclu que la répudiation de l'entente n'était pas justifiée, car l'appréciation que le procureur de la Couronne avait faite du dossier était « raisonnablement défendable ». Il a en outre jugé que lorsque le tribunal est convaincu que le respect de l'entente conclue ne serait ni contraire à l'intérêt public, ni susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il n'est pas pertinent de savoir si l'accusé a subi ou non un préjudice. Il a ajouté que s'il devait conclure qu'il y a eu préjudice, c'est à ce stade-ci qu'il le ferait. À son avis, M<sup>me</sup> Nixon a subi un préjudice parce que l'avocat de la défense avait été amené à croire que la preuve constituée par les échantillons d'haleine ne serait pas produite au procès et qu'en conséquence il n'avait pas étudié cette question à l'enquête préliminaire.

[14] Le juge de première instance a conclu qu'il avait été porté atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à M<sup>me</sup> Nixon par l'art. 7 de la *Charte* et il a ordonné, à titre de réparation, que la Couronne soumette l'entente à un autre juge. M<sup>me</sup> Nixon a par la suite plaidé coupable à l'infraction de conduite imprudente, été condamnée à payer une amende de 1 800 \$, et été acquittée des infractions au *Code criminel*.

[15] La Couronne a interjeté appel des acquittements. La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli l'appel, jugeant que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en concluant qu'il avait été porté atteinte aux droits garantis à M<sup>me</sup> Nixon par l'art. 7 de la *Charte*. La juge Paperny (les juges Côté et Slatter souscrivant à ses motifs) a conclu que le juge de première instance avait appliqué le mauvais critère pour distinguer les questions relevant du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de celles plus justement qualifiées de stratégie ou de conduite du procureur de la Couronne devant le tribunal. Il faut se garder de tracer une ligne de démarcation artificielle devant la porte de la salle d'audience. La juge Paperny a

continued or ceased, and if so, what it should be for?” (para. 32). Here, the decision to continue the prosecution is a matter of prosecutorial discretion which is not reviewable by the courts, subject to the doctrine of abuse of process.

[16] Paperny J.A. held that the application judge further erred in finding that a plea agreement can only be repudiated if the original decision is unreasonable or not “reasonably defensible”. Instead of reviewing the initial decision of Crown counsel, he should have reviewed the circumstances surrounding the ADM’s decision to repudiate the plea agreement to determine whether that decision amounted to an abuse of process. The relevant inquiry under s. 7 of the *Charter* is whether there is conduct which either causes prejudice to the accused by rendering the trial unfair, or affects the integrity of the justice system itself. As she put it, “Due regard to the constitutional role occupied by the Crown demands a deferential standard of review” (para. 49). Absent prejudice which renders the trial unfair, there must be proof of “prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances or ultimate decision to repudiate” (para. 49). Applying this test, Paperny J.A. concluded that there was no evidence to support a finding of abuse of process in the circumstances of this case. The acquittals were set aside and a new trial was ordered on the dangerous driving charges.

[17] Ms. Nixon appeals to this Court.

déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « [I]a question pertinente est plutôt de savoir si la décision contestée relève du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant : s’agit-il d’une décision quant à savoir si une poursuite devrait être intentée, continuée ou abandonnée et, le cas échéant, sur quoi doit-elle porter? » (par. 32). En l’espèce, la décision de maintenir la poursuite est une question relevant du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui ne peut faire l’objet d’un contrôle de la part des tribunaux, sous réserve de la règle de l’abus de procédure.

[16] Selon la juge Paperny, le juge de première instance a commis une autre erreur en concluant qu’une entente sur le plaidoyer ne pouvait être répudiée que si la décision originale était déraisonnable ou n’était pas « raisonnablement défendable ». Plutôt que d’examiner la décision initiale du procureur de la Couronne, il aurait dû examiner les circonstances dans lesquelles le SMA a pris sa décision de répudier l’entente afin de décider si cette décision constituait un abus de procédure. L’enquête qu’il convient de faire au regard de l’art. 7 de la *Charte* consiste à se demander si la conduite du poursuivant a causé un préjudice à l’accusé, rendant ainsi le procès inéquitable, ou porté atteinte à l’intégrité du système de justice lui-même. Comme elle l’a dit, [TRADUCTION] « [I]a prise en compte du rôle constitutionnel joué par la Couronne appelle une norme de contrôle empreinte de déférence » (par. 49). Si aucun préjudice n’a rendu le procès inéquitable, il faut faire la preuve « d’une conduite répréhensible de la part du poursuivant, d’un motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier [l’entente] » (par. 49). Appliquant ce critère, la juge Paperny en est venue à la conclusion qu’aucun élément de preuve ne permettait de conclure à l’abus de procédure dans les circonstances de l’espèce. Elle a donc annulé les acquittements qui avaient été prononcés et ordonné la tenue d’un nouveau procès relativement aux accusations de conduite dangereuse.

[17] M<sup>me</sup> Nixon se pourvoit maintenant devant la Cour.

### 3. Analysis

#### 3.1 *The Scope of Prosecutorial Discretion*

[18] Much of the debate between the parties in this Court was centred on whether the Crown's repudiation of a plea agreement is a matter of "prosecutorial discretion" reviewable only for abuse of process, or a matter of "tactics or conduct before the court" governed by the inherent jurisdiction of the criminal trial court to control its own process. The crucial importance of this distinction was fully canvassed and explained in *Krieger*.

[19] In *Krieger*, the Law Society of Alberta claimed that it had jurisdiction over all members of the profession within the province, including those employed by the Attorney General of Alberta. Thus, it purported to investigate an allegation of bad faith or dishonesty against Crown counsel in connection with a failure to disclose relevant information to the accused as required by law. The Attorney General and *Krieger*, who was Crown counsel, challenged the Law Society's jurisdiction, arguing that decisions made by an agent of the Attorney General in the conduct of a prosecution were immune from review under the doctrine of prosecutorial discretion.

[20] *Iacobucci and Major JJ.*, writing for the Court, reviewed the nature and development of the Attorney General's office in Canada and affirmed the independence of the office as "a constitutional principle in this country" (para. 30). The Court explained that the principle of independence requires that the Attorney General "act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions" and how it "finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process" (paras. 30 and 31). The Court stressed the fundamental

### 3. Analyse

#### 3.1 *La portée du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[18] Une bonne partie du débat entre les parties devant la Cour a porté sur la question de savoir si la répudiation, par la Couronne, d'une entente sur le plaidoyer relevait du « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle qu'en cas d'abus de procédure, ou s'il s'agissait plutôt d'un élément de « stratégie ou de conduite devant le tribunal » assujéti à la compétence inhérente de la cour de juridiction criminelle de contrôler sa propre procédure. L'importance cruciale de cette distinction a été examinée et expliquée à fond dans *Krieger*.

[19] Dans *Krieger*, le Barreau de l'Alberta prétendait avoir compétence à l'égard de l'ensemble des avocats dans la province, y compris ceux employés par le procureur général de l'Alberta. Il se proposait donc d'enquêter sur une allégation de mauvaise foi ou de malhonnêteté dont un procureur de la Couronne faisait l'objet parce qu'il avait omis de communiquer des renseignements pertinents à l'accusé comme l'exigeait la loi. Le procureur général et *Krieger*, qui était le procureur de la Couronne, ont contesté la compétence du Barreau de l'Alberta, faisant valoir que, suivant la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, les décisions d'un mandataire du procureur général en matière de poursuites ne pouvaient pas faire l'objet d'un contrôle.

[20] Les juges *Iacobucci et Major*, s'exprimant au nom de la Cour, ont examiné la nature et l'évolution de la charge de procureur général au Canada et confirmé que l'indépendance de celui-ci était « [d]ans notre pays, un principe constitutionnel » (par. 30). La Cour a expliqué que le principe de l'indépendance exige que le procureur général « agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public » et que ce principe « se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n'interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l'illustre le



importance of the principle of independence in these terms (at para 32):

The court’s acknowledgment of the Attorney General’s independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant’s decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. . . . The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict. [Emphasis added.]

[21] The Court ultimately concluded, however, that the Law Society retained jurisdiction over Krieger’s alleged misconduct, as it was a matter that fell outside the scope of the doctrine. In explaining the proper contours of prosecutorial discretion, the Court drew the distinction between acts of prosecutorial discretion, and tactics or conduct. This distinction is now at the heart of the division in this appeal. Iacobucci and Major JJ. explained the difference as follows:

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General’s office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

Without being exhaustive, we believe the core elements of prosecutorial discretion encompass the following: (a) the discretion whether to bring the prosecution

processus décisionnel en matière de poursuites » (par. 30 et 31). La Cour a souligné en ces termes l’importance fondamentale du principe de l’indépendance, au par. 32 :

La reconnaissance par la cour que l’exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général en matière de poursuites ne peut pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire repose avant tout sur le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution. Sous réserve de la règle de l’abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d’une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. [ . . . ] La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l’objet d’une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l’origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l’intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir. [Je souligne.]

[21] En définitive, la Cour a cependant conclu que le Barreau de l’Alberta conservait sa compétence à l’égard de l’inconduite alléguée de Krieger, car celle-ci n’était pas visée par la règle. En expliquant les limites qu’il convenait d’imposer au pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, la Cour a distingué les actes qui relevaient du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de la stratégie ou la conduite. Il s’agit de la distinction au cœur du présent litige. Les juges Iacobucci et Major ont expliqué la différence dans les termes suivants :

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d’un procureur du ministère public, mais vise l’exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l’indépendance protège contre l’influence de considérations politiques inappropriées et d’autres vices.

Sans vouloir être exhaustifs, nous croyons que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement les éléments suivants : a) le

of a charge laid by police; (b) the discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, as codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579 and 579.1; (c) the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge; (d) the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether: *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.); and (e) the discretion to take control of a private prosecution: *R. v. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (Sask. C.A.). While there are other discretionary decisions, these are the core of the delegated sovereign authority peculiar to the office of the Attorney General.

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, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, 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. [First emphasis added; second and third emphases in original; paras. 43 and 46-47.]

### 3.2 *Submissions of the Parties*

[22] On the one hand, Ms. Nixon submits that the Court of Appeal erred when it concluded that the Crown's decision to renege on its agreement with the defence was an aspect of its traditional, constitutionally protected, core discretionary powers. She contends that the Crown's decision to resile from the agreement constitutes a reversal in tactic subject to broader review. Given that Crown counsel's offer had been accepted by the defence, the resulting plea agreement is akin to a contractual undertaking. A bargain is a bargain, it is argued. Absent some vitiating flaw in the negotiating process, such as mistake, misrepresentation or fraud,

pouvoir discrétionnaire d'intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; b) le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques, au sens des art. 579 et 579.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; c) le pouvoir discrétionnaire d'accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; d) le pouvoir discrétionnaire de se retirer complètement de procédures criminelles : *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A.N.-B.); e) le pouvoir discrétionnaire de prendre en charge des poursuites privées : *R. c. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Sask.). Même s'il existe d'autres décisions discrétionnaires, celles-ci constituent l'essentiel du pouvoir souverain délégué qui caractérise la charge de procureur général.

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, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, 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. [Premier soulignement ajouté; deuxième et troisième soulignements dans l'original; par. 43 et 46-47.]

### 3.2 *Les prétentions des parties*

[22] D'une part, M<sup>me</sup> Nixon soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la décision de la Couronne de répudier l'entente qu'elle avait conclue avec la défense relevait de ses pouvoirs discrétionnaires essentiels traditionnellement protégés par la Constitution. Elle prétend que la décision de la Couronne de mettre fin à l'entente constituait un changement de stratégie pouvant faire l'objet d'un examen plus large. L'offre du procureur de la Couronne ayant été acceptée par la défense, l'entente sur le plaidoyer qui en a résulté s'apparentait à un engagement contractuel. Un marché est un marché, prétend-elle. À défaut d'une

the Crown should be held strictly to its word. It is not necessary for the applicant to show that she has been prejudiced, or to establish independent acts of “bad faith” or “flagrant impropriety”. Unless the Crown can satisfy the court that implementing the plea agreement would itself bring the administration of justice into disrepute, the repudiation of a valid plea agreement, in and of itself, constitutes an abuse of process. In short, Ms. Nixon argues that the application judge adopted the correct approach and urges the Court to restore his decision.

[23] The intervener Criminal Trial Lawyers’ Association (“CTLA”) supports Ms. Nixon’s argument that the Crown’s promise to enter into a plea agreement is an undertaking “like any other given by a lawyer”. It argues that the undertaking “must be strictly and scrupulously fulfilled” and that an abuse of process need not be shown before the agreement may be summarily enforced by a court (Factum of the CTLA, at para. 2).

[24] The Criminal Lawyers’ Association (Ontario) (“CLA”) also supports Ms. Nixon’s position that the repudiation of a plea agreement does not fall within “core” Crown discretion identified in *Krieger*. Thus, the CLA submits that judicial review of a repudiation decision is warranted even in the absence of “flagrant impropriety” or bad faith. Rather, the test for allowing Crown repudiation of a plea agreement should be essentially the same as the test applied for allowing a sentencing judge to reject a joint submission: would the proposed resolution bring the administration of justice into disrepute? The CLA submits that “[r]epudiation is an abuse of process unless the Crown discharges its onus of demonstrating that the contemplated agreement would have brought the administration of justice into disrepute and the accused can be restored

quelconque lacune qui aurait vicié le processus de négociation, telle une erreur, une fausse déclaration ou une fraude, la Couronne devrait être rigoureusement tenue de respecter son engagement. Selon elle, le demandeur n’est pas tenu d’établir qu’il a subi un préjudice ou que le représentant de la Couronne a commis des actes distincts empreints de « mauvaise foi » ou que ce dernier a eu une « conduite répréhensible flagrante ». À moins que la Couronne puisse convaincre le tribunal que la mise en œuvre même de l’entente sur le plaidoyer serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, la repudiation d’une entente sur le plaidoyer valable est, en soi, un abus de procédure. En somme, M<sup>me</sup> Nixon prétend que le juge de première instance a suivi la bonne démarche et elle exhorte la Cour à rétablir sa décision.

[23] L’intervenante Criminal Trial Lawyers’ Association (« CTLA ») souscrit à l’argument de M<sup>me</sup> Nixon selon lequel la promesse de la Couronne de conclure une entente sur le plaidoyer constituait un engagement [TRADUCTION] « comme tout autre engagement pris par un avocat ». Elle soutient que l’engagement « doit être strictement et scrupuleusement respecté » et qu’il n’est pas nécessaire de démontrer qu’il y a eu abus de procédure pour qu’un tribunal puisse faire respecter sommairement l’entente (mémoire de la CTLA, par. 2).

[24] La Criminal Lawyers’ Association (Ontario) (« CLA ») souscrit également au point de vue de M<sup>me</sup> Nixon selon lequel la repudiation d’une entente sur le plaidoyer ne relève pas de l’un ou l’autre des éléments composant « essentiellement » le pouvoir discrétionnaire du ministère public mentionnés dans *Krieger*. Par conséquent, la CLA prétend que le contrôle judiciaire d’une décision de répudier une entente sur le plaidoyer est justifié même en l’absence d’une « conduite répréhensible flagrante » ou de mauvaise foi. En fait, le critère pour décider s’il convient d’accepter la repudiation d’une telle entente par la Couronne doit être essentiellement le même que celui qui sert à apprécier le bien-fondé de la décision du juge qui impose la peine de rejeter une proposition conjointe des parties : la résolution proposée serait-elle susceptible

to his or her initial position” (Factum of the CLA, at para. 1 (emphasis in original)).

[25] On the other hand, the respondent, the Attorney General of Alberta, takes the position that both the plea agreement and the repudiation are acts that fall within the scope of the doctrine of prosecutorial discretion. As such, neither is open to review or supervision by the courts, except through an allegation of abuse of process. The respondent argues that the test advocated by Ms. Nixon and by the supporting interveners does not meet the high threshold for proving abuse of process. Abuse of process that involves core prosecutorial discretion requires proof of bad faith or flagrant impropriety by the Crown. Here, there was no evidence of any such conduct by the Crown officials in their review and repudiation of the plea agreement. Nor did Ms. Nixon suffer any prejudice as a result of the repudiation, given that she was restored to the position she was in at the conclusion of the preliminary inquiry, before the plea agreement was struck. Therefore, the Court of Appeal rightly concluded that there was no basis for finding a breach of her s. 7 rights.

[26] Attorneys General from three provinces intervened in support of the respondent’s position. In particular, they submit that the approach adopted by the application judge runs afoul with the principle of independence affirmed in *Krieger*. The Attorney General of Ontario submits that this Court’s decision in *Krieger* has been misinterpreted by lower courts. It asks this Court to confirm that *Krieger* was never intended to narrow the area of

de déconsidérer l’administration de la justice? Selon la CLA, [TRADUCTION] « [l]a répudiation est un abus de procédure à moins que la Couronne ne s’acquitte de son obligation d’établir que l’entente proposée aurait été susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et que l’accusé peut être rétabli dans la situation où il se trouvait au départ » (mémoire de la CLA, par. 1 (soulignement dans l’original)).

[25] D’autre part, l’intimé, le procureur général de l’Alberta, soutient que tant l’entente sur le plaidoyer que la répudiation de celle-ci sont des actes visés par la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ainsi, ni l’une ni l’autre n’est susceptible de contrôle ou de supervision par les tribunaux, sauf si l’abus de procédure est allégué. L’intimé avance que le critère préconisé par M<sup>me</sup> Nixon et les intervenants appuyant sa cause ne convient pas à la norme préliminaire exigeante à laquelle il doit être satisfait pour établir qu’il y a eu abus de procédure. Pour prouver que l’exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites a donné lieu à un abus de procédure, il faut démontrer que les représentants de la Couronne ont agi de mauvaise foi ou qu’ils ont eu une conduite répréhensible flagrante. En l’espèce, rien ne prouvait qu’ils avaient agi de mauvaise foi ou eu une telle conduite en examinant, puis, en répudiant l’entente sur le plaidoyer. M<sup>me</sup> Nixon n’a pas non plus subi de préjudice par suite de la répudiation, car elle avait été rétablie dans la situation où elle s’était trouvée à la fin de l’enquête préliminaire, avant que l’entente ne soit conclue. Par conséquent, la Cour d’appel a jugé à juste titre que rien ne permettait de conclure qu’il avait été porté atteinte aux droits garantis à M<sup>me</sup> Nixon par l’art. 7 de la *Charte*.

[26] Les procureurs généraux de trois provinces sont intervenus pour appuyer la position de l’intimé. Ils soutiennent notamment que la démarche suivie par le juge de première instance va à l’encontre du principe de l’indépendance confirmé dans *Krieger*. Le procureur général de l’Ontario fait valoir que la décision de la Cour dans *Krieger* a été mal interprétée par les juridictions inférieures. Il demande à la Cour de confirmer que *Krieger*

protected prosecutorial discretion, or to create a schism in threshold tests for finding an abuse of process depending on whether a decision is considered “core” or “non-core”. All acts of prosecutorial discretion are immune from judicial supervision, subject only to the same high threshold for abuse of process.

[27] Along the same lines, the Attorney General of British Columbia (“AGBC”) emphasizes the importance of criminal trial courts not proceeding with a review of prosecutorial discretion in the absence of a “threshold determination” that the inquiry is warranted. In the absence of evidence of irremediable impairment to the fair trial interests of the accused, a criminal trial court should only proceed with an application for relief challenging prosecutorial discretion under the residual category of abuse of process if there is an evidentiary record capable of supporting the claim. This approach helps to avoid scenarios such as the case at bar, where the trial judge engaged in a full examination of the reasons behind the decision to renege on the plea agreement, even though there was nothing to suggest that the decision was motivated by improper considerations, or was made in bad faith.

[28] Finally, the Attorney General of Manitoba (“AGM”) intervenes to underscore the importance of the Attorney General’s supervisory role over the exercise of prosecutorial discretion. Acknowledging that the repudiation of plea agreements is and should be rare, it argues that “when the Attorney General, or a senior delegate, makes a *bona fide* decision to overturn a plea agreement that he or she determines is contrary to the public interest, that decision is part of the proper and usual institutional checks and balances necessary for the

ne visait aucunement à restreindre le domaine de protection du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ou à départager les critères préliminaires qu’il convient d’appliquer pour décider s’il y a eu abus de procédure selon que la décision en cause est considérée comme résultant de l’exercice d’un élément composant essentiellement ce pouvoir ou non. Tous les actes posés dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites échappent au contrôle judiciaire, sous réserve uniquement de la norme préliminaire exigeante à laquelle il doit être satisfait pour démontrer l’abus de procédure.

[27] Dans le même ordre d’idée, le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») insiste sur l’importance que les cours de juridiction criminelle s’abstiennent de contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites avant d’avoir d’abord décidé que l’examen est justifié. En l’absence de preuve démontrant qu’il a été irrémédiablement porté atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable, les cours de juridiction criminelle ne doivent traiter des demandes de réparation contestant l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans la catégorie résiduelle d’abus de procédure que s’il existe un dossier de preuve pouvant étayer l’allégation. Cette démarche permet d’éviter des scénarios comme celui en l’espèce, où le juge de première instance a fait un examen complet des motifs qui sous-tendaient la décision de répudier l’entente sur le plaidoyer, même si rien ne portait à croire que la décision avait été prise sur la base de considérations non pertinentes ou de mauvaise foi.

[28] Enfin, le procureur général du Manitoba (« PGM ») intervient pour souligner l’importance du rôle de surveillance du procureur général sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Reconnaisant que la répudiation d’une entente sur le plaidoyer est — et devrait être — quelque chose de rare, il avance que [TRADUCTION] « lorsque le procureur général, ou un délégué principal, décide de bonne foi de répudier une entente sur le plaidoyer qui, selon lui, va à l’encontre de l’intérêt public, il prend une décision qui fait partie

justice system to function properly” (Factum of the AGM, at para. 3).

### 3.3 *The Plea Agreement and Its Repudiation Are Acts of Prosecutorial Discretion*

[29] None of the participants in this appeal disputes that Crown counsel’s decision to resolve the proceedings by accepting a plea to a lesser offence falls within the scope of prosecutorial discretion as defined in *Krieger*. To the extent that the application judge’s analysis suggests that anything occurring after the charges are laid falls outside the scope of prosecutorial discretion, it cannot be sustained. If the line were to be drawn at the point seemingly chosen by the application judge, namely “when [the] discretion is exercised in favour of proceeding” (para. 12), Crown counsel’s decision to enter into a plea agreement would itself be subject to review by the court as a matter of conduct or tactic without regard to the principles of judicial restraint set out in *Krieger*. As noted by Paperny J.A., to artificially draw the line at the courtroom door “effectively neuters some of the primary purposes of prosecutorial discretion, to resolve cases by accepting pleas to lesser charges and to discontinue prosecutions” (para. 32).

[30] In my view, the question of whether the ADM’s decision to repudiate the plea agreement is an act of prosecutorial discretion, although disputed in this appeal, is just as easily resolved. As aptly put by Paperny J.A., in determining whether any impugned decision falls within the core of prosecutorial discretion, it is useful to ask: “. . . is it a decision as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and if so, what it

des freins et contreponds institutionnels habituels qui sont essentiels au bon fonctionnement du système de justice » (mémoire du PGM, par. 3).

### 3.3 *L’entente sur le plaidoyer et sa répudiation relèvent du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[29] Aucun des participants au présent pourvoi ne conteste que la décision du procureur de la Couronne de résoudre l’affaire en acceptant un plaidoyer de culpabilité relativement à une infraction moins grave relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites au sens de l’arrêt *Krieger*. Dans la mesure où elle donne à penser que tout ce qui survient après que les accusations ont été portées n’est pas visé par le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, l’analyse du juge de première instance ne peut être retenue. S’il fallait tracer la ligne de démarcation là où le juge de première instance semble estimer qu’il est indiqué de le faire, à savoir [TRADUCTION] « lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire est favorable à la poursuite des procédures » (par. 12), la décision du procureur de la Couronne de conclure une entente sur le plaidoyer serait elle-même susceptible de contrôle par le tribunal en tant qu’élément de la conduite ou la stratégie de ce dernier, et ce sans égard aux principes de retenue judiciaire énoncés dans *Krieger*. Comme l’a souligné la juge Paperny, tracer artificiellement la ligne de démarcation devant la porte de la salle d’audience [TRADUCTION] « revient à neutraliser certains des objectifs principaux du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, c’est-à-dire régler des dossiers par l’acceptation de plaidoyers de culpabilité relativement à des accusations moins graves, et mettre fin à des poursuites » (par. 32).

[30] Selon moi, la question de savoir si la décision du SMA de répudier l’entente sur le plaidoyer est un acte résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, bien qu’elle soit contestée dans le présent pourvoi, est tout aussi facilement réglée. Comme l’a si bien dit la juge Paperny, pour décider si une décision contestée a été prise dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, il est utile de se

should be for?” (para. 32). Applying this test, she held that the ADM’s decision to repudiate the plea agreement “fell squarely within the core elements of prosecutorial discretion” (para. 33). I agree. In my respectful view, it is difficult to see how the ADM’s decision could otherwise be characterized. The ADM effectively decided that the prosecution against Ms. Nixon should be continued and that it should be for the *Criminal Code* offences of dangerous driving, not for the traffic infraction of careless driving. Clearly, the ADM’s decision to repudiate the plea agreement also constitutes an act of prosecutorial discretion. Prosecutorial discretion was not spent with the decision to initiate the proceedings, nor did it terminate with the plea agreement. So long as the proceedings are ongoing, the Crown may be required to make further decisions about whether the prosecution should be continued and, if so, in respect of what charges.

[31] Thus, it follows that the Crown’s ultimate decision to resile from the plea agreement and to continue the prosecution is subject to the principles set out in *Krieger*: it is *only* subject to judicial review for abuse of process.

[32] The more difficult question in this appeal is how the initial exercise of prosecutorial discretion — Crown counsel’s offer to resolve the matter on the basis of a plea to a lesser charge — should figure in the analysis regarding abuse of process. As outlined earlier, the parties and interveners present very divergent views on how this question should be answered. Before dealing with these arguments, I will review the law on abuse of process.

poser la question suivante : [TRADUCTION] « . . . s’agit-il d’une décision quant à savoir si une poursuite devrait être intentée, continuée ou abandonnée et, le cas échéant, sur quoi doit-elle porter? » (par. 32). Appliquant ce critère, elle a conclu que la décision du SMA de répudier l’entente « relevait directement du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites » (par. 33). Je souscris à cette opinion. À mon humble avis, il est difficile de voir comment on pourrait qualifier autrement la décision du SMA. Le SMA a en effet décidé que la poursuite contre M<sup>me</sup> Nixon devrait être continuée et qu’elle devrait porter sur les infractions de conduite dangereuse prévues au *Code criminel*, et non sur l’infraction de conduite imprudente visée par les règles de la circulation. De toute évidence, la décision du SMA de répudier l’entente constitue également un acte résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ni la décision d’entamer les procédures, ni la conclusion de l’entente ne signifiait que ce pouvoir ne pouvait plus être exercé. En effet, tant que les procédures sont en cours, la Couronne peut être tenue de prendre d’autres décisions quant à savoir si la poursuite doit être continuée et, le cas échéant, à l’égard de quelles accusations.

[31] Par conséquent, il s’ensuit que la décision finale de la Couronne de répudier l’entente sur le plaidoyer et de continuer la poursuite est visée par les principes énoncés dans *Krieger* : elle est susceptible de contrôle judiciaire *seulement* s’il y a eu abus de procédure.

[32] La question plus difficile à trancher dans le présent pourvoi est de savoir dans quelle mesure il faut, dans l’analyse relative à l’abus de procédure, tenir compte de l’exercice initial du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, à savoir l’offre du procureur de la Couronne de régler l’affaire sur la base d’un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave. Comme il a déjà été souligné, les parties et les intervenants font état d’opinions très divergentes sur la manière dont il convient de répondre à cette question, mais avant de considérer ces arguments, je vais examiner le droit applicable en matière d’abus de procédure.

### 3.4 *The Doctrine of Abuse of Process*

[33] Until this Court's decision in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, there was much controversy about whether a court had the power to stay validly instituted criminal proceedings for abuse of process. The inherent jurisdiction of a superior court to control its own process by staying abusive proceedings had long been recognized in Canada. However, it remained uncertain whether criminal courts had the discretion to stay proceedings for abuse of process, or whether this was a power reserved for the Attorney General under s. 508 (now s. 579) of the *Criminal Code* (pp. 131-32).

[34] *Jewitt* put an end to the uncertainty by recognizing that a trial court judge had a "residual discretion" to stay proceedings to remedy abuse of process. The Court held that the common law doctrine could be applied in narrow circumstances "where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (pp. 136-37).

[35] Initially, the common law doctrine of abuse of process was viewed as analytically distinct from *Charter* considerations since its focus was more on maintaining confidence in the integrity of the judicial system than on protecting individual rights. The common law and *Charter* analyses were also kept separate because of the different burdens of proof to successfully make out an abuse of process claim under the two regimes. For an applicant to establish a violation under the *Charter*, the burden of proof was the balance of probabilities standard. For an applicant to successfully invoke the court's common law power to stay proceedings for abuse of process, the burden

### 3.4 *La règle de l'abus de procédure*

[33] La question de savoir si les tribunaux peuvent, pour cause d'abus de procédure, suspendre des procédures criminelles valablement intentées, était fort controversée avant l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Le pouvoir inhérent d'une cour supérieure de contrôler sa propre procédure en suspendant des poursuites abusives avait été reconnu depuis longtemps au Canada, mais la question de savoir si les cours criminelles avaient le pouvoir discrétionnaire de suspendre des procédures pour cause d'abus de procédure, ou si, en vertu de l'art. 508 (l'actuel art. 579) du *Code criminel*, l'exercice d'un tel pouvoir relevait plutôt uniquement du procureur général, demeurait incertaine (p. 131-132).

[34] L'arrêt *Jewitt* a mis fin à cette incertitude en indiquant que les juges de première instance avaient le « pouvoir discrétionnaire résiduel » de suspendre des procédures afin de remédier à des abus de procédure. La Cour a affirmé qu'il était possible, dans certains cas particuliers, d'appliquer la règle de common law en matière d'abus de procédure « lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire » (p. 136-137).

[35] Sur le plan analytique, la règle de common law en matière d'abus de procédure était perçue au départ comme distincte des considérations fondées sur la *Charte*, car elle visait davantage à maintenir la confiance du public dans l'intégrité du système judiciaire qu'à protéger les droits individuels. En outre, la distinction entre l'analyse applicable en common law et celle fondée sur la *Charte* était maintenue parce que les deux régimes prévoyaient des fardeaux de preuve différents en matière d'abus de procédure. En effet, pour démontrer qu'il avait été porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, l'intéressé devait satisfaire à la norme de la prépondérance des probabilités, alors que pour



of proof was the more onerous “clearest of cases” standard.

[36] Ten years later in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the Court noted that there was much overlap between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process, as the latter had found application in circumstances involving state conduct touching upon both “the integrity of the judicial system and the fairness of the individual accused’s trial” (para. 73). Consequently, L’Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court on this point, held that the two regimes should be merged under s. 7 of the *Charter*. Depending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged by the alleged abuse of process and thus some claims may be better addressed by reference to the specific procedural guarantee. For example, “where the accused claims that the Crown’s conduct has prejudiced his ability to have a trial within a reasonable time, abuses may be best addressed by reference to s. 11(b)” (para. 73). The Court identified two categories of abuse of process which would be caught by s. 7 of the *Charter*: (1) prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial; and (2) prosecutorial conduct that “contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process” (para. 73).

[37] The Court held further that there was no practical utility in maintaining two distinct analytic regimes based on the different burdens of proof. Even if a violation of s. 7 is proved on a balance of probabilities, the court would still have to determine the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* and the “clearest of cases” burden would still apply to justify the remedy of a judicial stay of proceedings (para. 69). The Court made clear, however, that the fusion of common law and *Charter* claims of abuse of process under s. 7 of

obtenir que le tribunal exerce le pouvoir qu’il tenait de la common law de suspendre une instance pour abus de procédure, l’intéressé se voyait imposer un fardeau de preuve plus exigeant, à savoir la norme des « cas les plus manifestes ».

[36] Dix ans plus tard, dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour a fait remarquer qu’il y avait beaucoup de points communs entre la règle de l’abus de procédure fondée sur la *Charte* et celle de la common law, cette dernière ayant été appliquée dans un certain nombre de circonstances mettant en cause la conduite de l’État en ce qui concerne à la fois « l’intégrité du système judiciaire et l’équité du procès de la personne accusée » (par. 73). C’est pourquoi la juge L’Heureux-Dubé, rédigeant l’opinion unanime de la Cour sur ce point, a mentionné qu’il était nécessaire de fusionner les deux régimes pour n’en faire qu’une seule analyse fondée sur l’art. 7 de la *Charte*. Selon les circonstances, l’allégation d’abus de procédure peut faire intervenir différentes garanties prévues par la *Charte*; par conséquent, la solution la plus opportune pour traiter d’une telle allégation consiste parfois à s’appuyer sur la garantie procédurale particulière en cause. Par exemple, « lorsque l’accusé prétend que la conduite du ministère public l’a empêché d’être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l’al. 11b) » (par. 73). La Cour a relevé deux catégories d’abus de procédure auxquelles s’applique l’art. 7 de la *Charte* : (1) les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l’équité du procès; (2) les cas où la conduite du poursuivant « contre[vient] aux notions fondamentales de justice et [mine] ainsi l’intégrité du processus judiciaire » (par. 73).

[37] La Cour a ajouté qu’il n’y avait aucune utilité concrète à conserver deux régimes d’analyse distincts fondés sur des fardeaux de preuve différents. Même si une atteinte à l’art. 7 de la *Charte* est établie selon la prépondérance des probabilités, le tribunal doit tout de même choisir la réparation qu’il convient d’accorder sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, et il faut toujours s’acquitter du fardeau des « cas les plus manifestes » pour justifier une suspension judiciaire des procédures (par. 69). La Cour a toutefois clairement indiqué que la fusion

the *Charter* does not alter “the essential balancing character of abuse of process”. L’Heureux-Dubé J. explained as follows (at para. 69):

Remedies less drastic than a stay of proceedings are of course available under s. 24(1) in situations where the “clearest of cases” threshold is not met but where it is proved, on a balance of probabilities, that s. 7 has been violated. In this respect the *Charter* regime is more flexible than the common law doctrine of abuse of process. However, this is not a reason to retain a separate common law regime. It is important to recognize that the *Charter* has now put into judges’ hands a scalpel instead of an axe — a tool that may fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system. Even at common law, courts have given consideration to the societal (not to mention individual) interests in obtaining a final adjudication of guilt or innocence in cases involving serious offences. . . . I see no reason why such balancing cannot be performed equally, if not more, effectively under the *Charter*, both in terms of defining violations and in terms of selecting the appropriate remedy to perceived violations. [Emphasis added.]

[38] Thus, in defining what constitutes a *violation*, it is important to recall what kind of harm the common law doctrine of abuse of process was intended to address and, in turn, why this degree of harm called for a stay of proceedings as the *appropriate remedy*. In other words, while s. 24(1) of the *Charter* allows for a wide range of remedies, this does not mean that abuse of process can be made out by demonstrating a lesser degree of harm, either to the accused’s fair trial interests or to the integrity of the justice system. Achieving the appropriate balance between societal and individual concerns defines the essential character of abuse of process.

du régime de common law en matière d’abus de procédure et des recours prévus par la *Charte* pour n’en faire qu’une seule analyse fondée sur l’art. 7 de celle-ci ne modifie pas « le caractère essentiel de la balance qui doit s’opérer en matière d’abus de procédure ». La juge L’Heureux-Dubé a donné les explications suivantes à ce sujet (par. 69) :

Le paragraphe 24(1) autorise, de toute évidence, des réparations moins draconiennes qu’un arrêt des procédures lorsque le test « des cas les plus manifestes » n’est pas satisfait, mais que l’on établit, selon la balance des probabilités, qu’il y a eu violation de l’art. 7. À cet égard, le régime de la *Charte* est plus souple que la doctrine de l’abus de procédure en common law. Ceci n’est, toutefois, pas là la raison de conserver un régime de common law distinct. Il est important de reconnaître que la *Charte* a remplacé, entre les mains des juges, la hache par le scalpel et leur a donné un outil qui permet de façonner mieux que jamais des solutions qui tiennent compte des préoccupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l’équité envers les individus, les intérêts de la société et l’intégrité du système judiciaire. Même en common law, les tribunaux ont tenu compte des intérêts de la société (pour ne pas mentionner les intérêts individuels) à obtenir une déclaration définitive de culpabilité ou de non-culpabilité dans les affaires mettant en cause des infractions graves. [ . . . ] Je ne vois pas pourquoi une telle pondération ne pourrait s’effectuer aussi efficacement, sinon plus, en vertu de la *Charte*, tant en ce qui concerne la définition des violations qu’en ce qui concerne le choix de la réparation appropriée aux violations identifiées. [Je souligne.]

[38] Ainsi, pour déterminer ce qui constitue une *violation*, il importe de se rappeler le genre de préjudice auquel la règle de common law en matière d’abus de procédure était censée s’attaquer et, partant, la raison pour laquelle un préjudice aussi grave justifiait une suspension de l’instance comme *réparation appropriée*. Autrement dit, même si le par. 24(1) de la *Charte* permet d’octroyer une vaste gamme de réparations, cela ne signifie pas pour autant que l’on puisse faire la preuve d’un abus de procédure en établissant une atteinte moins grave soit au droit de l’accusé à un procès équitable, soit à l’intégrité du système de justice. Trouver le juste équilibre entre les préoccupations des individus et celles de la société : voilà le caractère essentiel de l’analyse relative à l’abus de procédure.

[39] Under the first category of cases, the concern is about the fairness of the accused's trial. Establishing prejudice of the requisite degree is key to meeting the test; proof of prosecutorial misconduct, while relevant, is not a prerequisite: *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657. In *Keyowski*, the accused's first two trials ended with the jury failing to agree on a verdict; his third trial was stayed by the trial judge for abuse of process. The narrow issue on appeal was whether a series of trials could, in and of itself, constitute an abuse of process, or whether it was necessary for the accused to show prosecutorial misconduct.

[40] The Court reiterated that the test for abuse of process was whether "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency", or where the proceedings are "oppressive or vexatious" (pp. 658-59, quoting from *Jewitt*, at pp. 136-37). While the Court concluded that the Crown's exercise of discretion to proceed with a third trial did not constitute an abuse of process in the circumstances of the case, the Court held that the test could be made out in the absence of prosecutorial discretion. Wilson J. explained as follows (at p. 659):

To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. In this case, for example, where there is no suggestion of misconduct, such a definition would prevent any limit being placed on the number of trials that could take place. Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

[41] Under the residual category of cases, prejudice to the accused's interests, although relevant, is not determinative. Of course, in most cases, the

[39] Dans la première catégorie de cas, on se préoccupe de l'équité du procès de l'accusé. L'élément clé pour remplir le critère consiste à établir que l'intéressé a subi un préjudice suffisamment grave; la preuve d'une conduite répréhensible du poursuivant, quoique pertinente, n'est pas une condition préalable : *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657. Dans cette affaire, les jurés n'étaient pas parvenus à s'entendre sur un verdict au terme des deux premiers procès de l'accusé; le juge du troisième procès a suspendu celui-ci pour abus de procédure. La question précise à trancher en appel était de savoir si une série de procès pouvait constituer en soi un abus de procédure ou si l'accusé devait démontrer que le poursuivant avait agi de manière répréhensible.

[40] La Cour a répété que le critère à appliquer pour décider s'il y a eu abus de procédure est de savoir si « forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société » ou s'il s'agit d'une procédure « oppressive ou vexatoire » (p. 659, citant *Jewitt*, p. 136-137). Bien qu'elle ait conclu que la Couronne n'avait pas commis d'abus de procédure dans les circonstances de l'espèce en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'intenter un troisième procès, la Cour a affirmé qu'il pouvait être satisfait au critère en l'absence d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Comme l'explique la juge Wilson (p. 659) :

À mon avis, donner au mot « oppressive » une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n'y a pas d'allégation de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu'une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

[41] Dans la catégorie résiduelle de cas, l'atteinte aux droits de l'accusé est pertinente mais non déterminante. Bien entendu, dans la plupart

accused will need to demonstrate that he or she was prejudiced by the prosecutorial conduct in some significant way to successfully make out an abuse of process claim. But prejudice under the residual category of cases is better conceptualized as an act tending to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice. This essential balancing character of abuse of process under the residual category of cases was well captured by the words of L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. She stated the following:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt, supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added; p. 1667.]

[42] The test for granting a stay of proceedings for abuse of process, regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system, is that set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. A stay of proceedings will only be appropriate when: "(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that

des cas, l'accusé n'établira le bien-fondé de son allégation d'abus de procédure que s'il parvient à démontrer que la conduite du poursuivant lui a causé un certain préjudice. Cependant, en ce qui concerne cette catégorie de cas, il est préférable de concevoir le préjudice subi comme un acte tendant à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les propos suivants de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, expriment bien le caractère essentiel de l'équilibre à atteindre en matière d'abus de procédure en ce qui concerne la catégorie résiduelle de cas :

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société [de veiller à ce] que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne; p. 1667.]

[42] Le critère à appliquer pour décider s'il y a lieu d'accorder une suspension de l'instance pour abus de procédure, peu importe qu'il y ait eu ou non atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice, est celui qui a été exposé dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il ne conviendra d'ordonner la suspension de l'instance que lorsque les deux critères suivants seront remplis : « (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre

prejudice” (*Regan*, at para. 54, citing *O’Connor*, at para. 75).

[43] Before applying this framework of analysis to this case, I will address some of the arguments advanced in this appeal on how the plea agreement should impact the analysis of abuse of process.

### 3.5 *The Contractual Undertaking Analogy*

[44] As stated earlier, it is argued that a plea agreement should be regarded as a contractual undertaking and enforced just as any other lawyers’ undertaking. This argument cannot be sustained. It completely ignores the public dimension of a plea agreement. Indeed, contrary to Ms. Nixon’s contention, the Law Society of Alberta specifically recognizes in the comment to Rule 27 of its *Code of Professional Conduct* that “[a]n agreement between the prosecution and defence regarding the plea to be entered is not considered a usual lawyers’ undertaking due to the policy considerations involved” (updated 2009 (online)). Vitiating factors, such as mistake, misrepresentation or fraud, which usually inform a private party’s right to resile from a bargain, do not fully capture the public interest considerations which are at play in any decision to repudiate a plea agreement.

[45] A plea agreement cannot be summarily enforced by the court as any other lawyers’ undertaking, as Ms. Nixon contends. It is also wrong to suggest that repudiation, in and of itself, warrants a judicial remedy even in the absence of prejudice (as the application judge concluded, at para. 55), or in the absence of conduct amounting to an abuse of process. This argument is founded on the erroneous premise that the decision to repudiate a plea agreement falls outside the scope of prosecutorial discretion and, as such, is not

réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice » (*Regan*, par. 54, citant *O’Connor*, par. 75).

[43] Avant d’appliquer ce cadre d’analyse à la présente affaire, je traiterai de certains des arguments avancés dans le cadre du présent pourvoi en ce qui concerne l’incidence que l’entente sur le plaidoyer devrait avoir sur l’analyse relative à l’abus de procédure.

### 3.5 *L’analogie avec l’engagement contractuel*

[44] Comme je l’ai dit précédemment, on fait valoir qu’il faut considérer toute entente sur le plaidoyer comme un engagement contractuel et l’exécuter comme s’il s’agissait de n’importe quel autre engagement d’un avocat. Cet argument ne saurait être retenu, car il fait complètement abstraction de l’aspect public des ententes sur le plaidoyer. En fait, contrairement à ce que prétend M<sup>me</sup> Nixon, le Barreau de l’Alberta reconnaît expressément, dans le commentaire sur la règle 27 de son *Code of Professional Conduct*, qu’[TRADUCTION] « [u]ne entente entre la poursuite et la défense au sujet du plaidoyer qui sera inscrit n’est pas considérée comme un engagement ordinaire d’un avocat, et ce en raison des considérations de principe en cause » (mis à jour 2009 (en ligne)). Les facteurs susceptibles de vicier une entente — tels l’erreur, la déclaration inexacte et la fraude — et qui permettent habituellement à une partie privée de répudier une entente ne rendent pas pleinement compte des considérations d’intérêt public qui entrent en jeu dans la décision de répudier une entente sur le plaidoyer.

[45] Contrairement à ce que prétend M<sup>me</sup> Nixon, le tribunal ne peut ordonner sommairement l’exécution d’une entente sur le plaidoyer comme s’il s’agissait de n’importe quel autre engagement d’un avocat. Il est également erroné de soutenir que la répudiation justifie en soi l’octroi d’une réparation judiciaire, et ce même en l’absence d’un préjudice (comme le juge de première instance l’a conclu au par. 55 de ses motifs) ou d’une conduite constituant un abus de procédure. Cet argument repose sur la prémisse erronée que la décision de répudier une

subject to the constitutional principles set out in *Krieger*.

[46] However, to the extent that the lawyers' undertaking analogy underscores the importance of honouring plea agreements, it can usefully contribute to the analysis. Indeed, in the oft-quoted Ontario *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (the "*Martin Committee Report*"), the Committee found resolution agreements in criminal proceedings to be "in the nature of undertakings". The duty of counsel to honour resolution agreements was regarded as "a particular example of the duties of integrity and responsibility" that lie "at the heart of counsel's professional obligations". Honouring resolution agreements was not only "ethically imperative", but also a "practical necessity", as these agreements "dispose of the great bulk of the contentious issues that come before the criminal courts in Ontario" (commentary to Recommendation 53, at pp. 312-13 of the *Martin Committee Report*).

[47] In light of this practical necessity, the *binding effect* of plea agreements is a matter of utmost importance to the administration of justice. It goes without saying that plea resolutions help to resolve the vast majority of criminal cases in Canada and, in doing so, contribute to a fair and efficient criminal justice system.

[48] Of course, there may be instances where different Crown counsel will invariably disagree about the appropriate plea agreement in a particular case. Given the number of complex factors that must be weighed over the course of plea resolution discussions, this reality is unsurprising. However, the vital importance of upholding such agreements means that, in those instances where there is disagreement, the Crown may simply have to live with

telle entente ne relève pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et qu'elle n'est donc pas assujettie aux principes de droit constitutionnel énoncés dans *Krieger*.

[46] Il est toutefois utile de prendre cet argument en considération dans l'analyse, dans la mesure où l'analogie avec l'engagement d'un avocat fait ressortir l'importance de respecter les ententes sur le plaidoyer. En effet, dans le rapport ontarien souvent cité qui s'intitule *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (le « *Rapport du Comité Martin* »), le comité en question juge que l'entente sur le plaidoyer conclue dans le cadre de procédures criminelles est [TRADUCTION] « de la nature d'un engagement ». L'obligation de l'avocat de respecter toute entente sur le plaidoyer y est décrite comme « un exemple précis des devoirs d'intégrité et de responsabilité » qui se trouvent « au cœur des obligations professionnelles de l'avocat ». Le respect des ententes sur le plaidoyer y est perçu non seulement comme « un impératif sur le plan déontologique », mais aussi comme « une nécessité pratique », car ces dernières permettent de « régler la grande majorité des questions litigieuses soumises aux cours criminelles de l'Ontario » (*Rapport du Comité Martin*, commentaire sur la recommandation 53, p. 312-313).

[47] Compte tenu de cette nécessité pratique, l'*effet obligatoire* des ententes sur le plaidoyer est une question d'importance capitale en ce qui a trait à l'administration de la justice. Il va sans dire que c'est par le biais de telles ententes que l'on règle la grande majorité des affaires pénales au Canada, et qu'elles contribuent donc à rendre le système de justice pénale équitable et efficace.

[48] Bien entendu, il peut y avoir des cas où des procureurs de la Couronne ne parviennent pas à s'entendre en ce qui concerne l'entente sur le plaidoyer qui convient dans les circonstances. Compte tenu des nombreux facteurs complexes à prendre en considération lors des discussions menant à la conclusion d'une telle entente, cette réalité n'est pas étonnante. Toutefois, l'importance primordiale de respecter les ententes sur le plaidoyer fait en sorte

the initial decision that has been made. To hold otherwise would mean that defence lawyers would no longer have confidence in the finality of negotiated agreements reached with front-line Crown counsel, with whom they work on a daily basis. Further, if agreements arrived at over the course of resolution discussions cannot be relied upon by the accused, the benefits that resolutions produce for *both* the accused and the administration of justice cannot be achieved. As a result, I reiterate that the situations in which the Crown can properly repudiate a resolution agreement are, and must remain, very rare.

[49] All Attorneys General who have participated in this appeal agree that a plea agreement should only be repudiated in exceptional and rare circumstances. However, the lawyers' undertaking analogy can only go so far on the question that occupies us. The analogy can usefully underscore the importance of honouring plea agreements, but it cannot inform the standard against which any repudiation conduct is to be measured. The *Martin Committee Report* made this clear in the same commentary quoted above, stating the following:

Thus, it is plain that resolution agreements must not undermine the integrity of the court, or otherwise bring the administration of justice into disrepute. While the sanctity of agreements entered into is an important principle of the administration of justice, Crown counsel's primary duty is to the integrity of the system. Accordingly, in the rare cases where these two values clash, the latter must prevail. [p. 314]

As a result, the argument that a plea agreement can simply be characterized as a contractual undertaking must fail.

### 3.6 *The Reasonably Defensible Test*

[50] This Court was also urged, as was the application judge, "to equate the ability of the Attorney General to resile from a plea agreement to the

qu'en cas de désaccord il arrivera que la Couronne doive tout simplement composer avec la décision initiale. En décider autrement minerait la confiance des avocats de la défense dans le caractère définitif des ententes conclues avec les procureurs de la Couronne avec qui ils travaillent quotidiennement. En outre, si les accusés ne peuvent se fier aux ententes conclues au terme de discussions visant à régler l'affaire, on se privera des avantages que les règlements procurent *à la fois* aux accusés et à l'administration de la justice. Par conséquent, je répète que les cas dans lesquels la Couronne peut à juste titre répudier une entente sur le plaidoyer sont — et doivent demeurer — très rares.

[49] Tous les procureurs généraux qui ont pris part au présent pourvoi s'entendent pour dire que les ententes sur le plaidoyer ne doivent être répudiées que dans des circonstances rares et exceptionnelles. Cependant, l'analogie avec l'engagement d'un avocat se révèle d'une utilité limitée pour trancher la question qui nous occupe. L'analogie peut s'avérer utile dans la mesure où elle fait ressortir l'importance de respecter de telles ententes, mais elle ne saurait servir à définir la norme qu'il convient d'appliquer en cas de répudiation. Le *Rapport du Comité Martin* a indiqué clairement cela dans le commentaire précité :

[TRADUCTION] Il est donc évident que les ententes sur le plaidoyer ne doivent pas miner l'intégrité du tribunal ou autrement déconsidérer l'administration de la justice. Le caractère sacré des ententes qui ont été conclues est certes un principe clé de l'administration de la justice, mais l'obligation première du procureur de la Couronne est de veiller à l'intégrité du système. Par conséquent, c'est cette obligation qui doit prévaloir dans les rares cas où ces deux valeurs entrent en conflit. [p. 314]

Par conséquent, il faut rejeter l'argument qu'une entente sur le plaidoyer peut être qualifiée de simple engagement contractuel.

### 3.6 *Le critère de la décision raisonnablement défendable*

[50] À l'instar du juge de première instance, notre Cour a également été invitée [TRADUCTION] « à établir un parallèle entre le pouvoir du procureur

ability of a trial judge to reject a joint submission on sentence since both are predicated on the concept of bringing the administration of justice into disrepute” (trial decision, at para. 17). The Crown advanced this argument in first instance but subsequently resiled from this position. The application judge accepted this argument and, based on his review of the appellate jurisprudence on joint submissions, crafted the “reasonably defensible test” as the appropriate measure to determine whether there had been an abuse of process in this case. The central question became whether Crown counsel’s plea agreement was “reasonably defensible”. Having determined that it was, and without further considering the circumstances surrounding the ADM’s decision to repudiate, the application judge concluded that the repudiation of the plea agreement amounted to an abuse of process.

[51] The Court of Appeal held that the application judge erred in multiple ways by adopting this approach. I agree with Paperny J.A.’s analysis on this point. As she noted, the application judge’s mistaken approach not only had the effect of reversing the onus of proof, his “selected framework for analysis caused him to ask the wrong question”. Instead of reviewing Crown counsel’s decision to enter into the plea agreement to see if it was defensible, he should have reviewed the circumstances surrounding the repudiation to determine whether *that* decision amounted to an abuse of process (para. 45).

[52] The selected framework of analysis also occasioned a more fundamental error. The application judge’s assessment of a decision made in the exercise of prosecutorial discretion for “reasonableness” runs contrary to the principles set out in *Krieger*. Paperny J.A. reiterated these principles, and explained that it is not the role of the court to look behind a prosecutor’s discretionary

général de répudier une entente sur le plaidoyer et celui d’un juge de première instance de rejeter une recommandation conjointe relative à la peine, ces deux pouvoirs étant fondés sur l’idée d’éviter que l’administration de la justice soit déconsidérée » (décision du juge de première instance, par. 17). La Couronne a avancé cet argument en première instance, mais elle est ensuite revenue sur sa position. Le juge de première instance l’a toutefois retenu, et, se fondant sur son examen des arrêts des cours d’appel portant sur des recommandations conjointes, il a statué que le « critère de la décision raisonnablement défendable » était la norme qu’il convenait d’appliquer pour décider s’il y avait eu abus de procédure en l’espèce. La question principale est devenue celle de savoir si l’entente sur le plaidoyer conclue par le procureur de la Couronne était « raisonnablement défendable ». Ayant décidé qu’elle l’était, et sans avoir examiné plus à fond les circonstances dans lesquelles le SMA a pris sa décision de répudier l’entente, le juge de première instance a conclu que cette décision constituait un abus de procédure.

[51] La Cour d’appel a affirmé que le juge de première instance avait fait erreur à bien des égards en s’y prenant de la sorte. Je souscris à l’analyse de la juge Paperny sur ce point. Comme elle l’a fait remarquer, la démarche erronée du juge de première instance a non seulement eu pour effet d’inverser le fardeau de la preuve, mais [TRADUCTION] « le cadre d’analyse qu’il a choisi l’a [aussi] amené à se poser la mauvaise question ». Ainsi, au lieu d’examiner la décision du procureur de la Couronne de conclure l’entente sur le plaidoyer en vue de décider si elle était défendable, il aurait plutôt dû analyser les circonstances de la décision de répudier l’entente pour établir si *cette décision-là* constituait un abus de procédure (par. 45).

[52] Le cadre d’analyse choisi par le juge de première instance a aussi amené ce dernier à commettre une erreur encore plus fondamentale. En effet, la façon dont il a apprécié le « caractère raisonnable » d’une décision prise dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites va à l’encontre des principes énoncés dans *Krieger*. La juge Paperny a repris ces principes et expliqué qu’il



decision to see if it is justified or reasonable in itself (paras. 46-49). By straying into the arena and second-guessing the decision, the reviewing court effectively becomes a supervising prosecutor and risks losing its independence and impartiality. Due regard to the constitutionally separate role of the Attorney General in the initiation and pursuit of criminal prosecutions puts such decisions “beyond the legitimate reach of the court” (*Krieger*, at para. 32). Thus, the court does not assess the reasonableness or correctness of the decision itself; it only looks behind the decision for “proof of the requisite prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances or ultimate decision to repudiate” (Court of Appeal decision, at para. 49).

[53] Quite apart from this fundamental difficulty with the reasonably defensible test, I would add that, conceptually, the analogy to the trial judge’s rejection of a joint submission on sentencing is not particularly helpful in determining the standard against which to measure the repudiation conduct. The sentencing judge who is faced with a joint submission is engaged in a qualitatively different process than the prosecutorial authority faced with the decision of whether or not to resile from a plea agreement. The role of the sentencing judge is to impose a fit sentence, that is, one that “fits” the circumstances of the offence and of the offender as presented to the court. When there is a trial, these circumstances are largely defined by the findings of the court based on the evidence adduced at trial and at the sentence hearing. When the accused pleads guilty, the circumstances of the offence and of the offender are generally determined on the basis of agreed facts. This is particularly so if the plea of guilty is entered pursuant to a resolution agreement. All contentious issues will usually have been ironed out between the Crown and the defence prior to the plea. Counsel certainly have an ethical obligation not to mislead the court about those

n’appartient pas au tribunal d’examiner le fondement d’une décision discrétionnaire prise par le procureur de la Couronne pour savoir si celle-ci est justifiée ou raisonnable en soi (par. 46 à 49). En s’immisçant dans ce domaine et en remettant en cause le bien-fondé de la décision, le tribunal de révision devient effectivement un poursuivant superviseur et il risque de perdre son indépendance et son impartialité. La prise en compte adéquate du rôle distinct du procureur général sur le plan constitutionnel quant aux décisions d’engager et de continuer des poursuites pénales fait en sorte que ces décisions « ne relève[nt] pas de la compétence légitime du tribunal » (*Krieger*, par. 32). Le tribunal n’examine donc pas le caractère raisonnable ou la justesse de la décision elle-même; il ne fait que vérifier s’il y a [TRADUCTION] « preuve d’une conduite répréhensible de la part du poursuivant, d’un motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier [l’entente] » (décision de la Cour d’appel, par. 49).

[53] Indépendamment de cette difficulté fondamentale que soulève le critère de la décision raisonnablement défendable, j’ajouterais que, sur le plan conceptuel, l’analogie avec le rejet, par le juge de première instance, d’une recommandation conjointe relative à la peine n’est guère utile pour établir la norme qu’il convient d’appliquer pour apprécier la répudiation d’une entente sur le plaidoyer. Le juge chargé de la détermination de la peine qui reçoit une recommandation conjointe procède à une analyse différente sur le plan qualitatif de celle que fait le responsable des poursuites appelé à décider s’il faut répudier ou non une telle entente. Le juge chargé de la détermination de la peine a pour tâche d’infliger une peine juste, c’est-à-dire une peine « adaptée » aux circonstances de l’infraction et à la situation du délinquant qui ont été exposées au tribunal. Lorsqu’il y a procès, ces circonstances sont largement tributaires des conclusions que le tribunal a tirées sur la base de la preuve produite au procès et à l’audience de détermination de la peine. Lorsque l’accusé plaide coupable, les circonstances de l’infraction et la situation de l’accusé sont habituellement établies sur la base de l’exposé conjoint des faits. Cela est d’autant

circumstances, but the fact remains that the judge is presented with the *end product* of the plea negotiations, not with the entire set of circumstances or considerations that went into the mix. By contrast, the prosecuting authority who is faced with the decision whether to honour or to resile from a plea agreement must consider the entirety of circumstances, including the public interest, in proceeding to trial. Thus, sentencing principles relating to joint submissions cannot usefully be transposed in this context.

[54] I now turn to the circumstances of this case.

#### 4. Application of the Doctrine of Abuse of Process to This Case

[55] Although it is not entirely clear, Ms. Nixon's claim of abuse of process does not appear to be grounded in an alleged prejudice to her fair trial interests. She certainly alleges that she was prejudiced in various ways by the course of events, but most of the alleged prejudice has nothing to do with trial fairness.

[56] First, she describes in an affidavit the emotional and psychological trauma she suffered following the incident and laying of the criminal charges, and then explains how she suffered increased anxiety as a result of the Crown's change of position. There is no reason to doubt that Ms. Nixon was affected by the course of events as she describes in her affidavit. However, this has no bearing on the fairness of her trial.

[57] In addition, Ms. Nixon relies on the application judge's finding that she was prejudiced

plus vrai dans les cas où le plaidoyer de culpabilité est inscrit conformément à une entente sur le plaidoyer. En règle générale, la Couronne et la défense auront réglé toutes les questions litigieuses avant l'inscription du plaidoyer. Les avocats ont certes l'obligation déontologique de ne pas induire le tribunal en erreur au sujet de ces circonstances, mais il demeure que le juge n'est saisi que du *résultat final* des négociations qui ont abouti au plaidoyer, et non de l'ensemble des circonstances ou des considérations qui ont été soupesées. En revanche, l'autorité poursuivante qui doit décider de respecter une entente sur le plaidoyer ou de la répudier est tenue de prendre en compte l'ensemble des circonstances, y compris l'intérêt public, dans la tenue d'un procès. Il est donc impossible de transposer utilement dans ce contexte les principes de détermination de la peine qui s'appliquent en cas de recommandations conjointes.

[54] Passons maintenant aux circonstances de l'espèce.

#### 4. Application à l'espèce de la règle de l'abus de procédure

[55] Bien que cela ne soit pas tout à fait clair, l'allégation de M<sup>me</sup> Nixon qu'il y aurait eu abus de procédure ne semble pas être fondée sur le fait qu'il aurait été porté atteinte à son droit à un procès équitable. Elle prétend certes que la tournure des événements lui a été préjudiciable sous plusieurs aspects, mais la plus grande partie du préjudice qu'elle dit avoir subi n'a rien à voir avec l'équité du procès.

[56] Premièrement, elle décrit dans un affidavit le traumatisme psychologique et émotionnel qu'elle a subi par suite de l'incident et du fait que des accusations criminelles ont été portées contre elle, et y déclare qu'elle est devenue encore plus anxieuse après que la Couronne a modifié sa position. Il n'y a aucune raison de douter que M<sup>me</sup> Nixon a été touchée par la tournure des événements, comme elle le décrit dans son affidavit. Toutefois, cela n'a aucune incidence sur le caractère équitable de son procès.

[57] En outre, M<sup>me</sup> Nixon invoque la conclusion du juge de première instance selon laquelle elle a

because her counsel was led to believe that the evidence of breath samples would not be adduced at trial and, consequently, did not explore that issue at the preliminary hearing. I agree with the Court of Appeal that this finding constitutes a palpable and overriding error, as Crown counsel at the preliminary hearing specifically reserved the right to call the evidence at trial. In any event, as Paperny J.A. rightly noted, there is no obligation on the Crown to present all of its evidence at the preliminary hearing and the evidence can still be tested at trial (para. 51).

[58] Finally, Ms. Nixon argues that, if the criminal charges were to proceed to trial, “the giving up of her right to silence would seriously compromise and diminish her defence because of her admission of identity as the driver and that she drove her vehicle carelessly”. She argues further that those admissions would “also restrict the ability of her present counsel to defend her, perhaps ultimately affecting her right to her choice of counsel” (A.F., at para. 139). I see no merit to this argument. The plea agreement was repudiated before Ms. Nixon entered her plea to the reduced charge. Further, the judgment of the Court of Appeal sets aside not only the application judge’s order, but also the resulting plea. Finally, the alleged effect on her counsel’s ability to defend her is entirely speculative.

[59] The question, therefore, is whether this case falls in the residual category of cases identified in *O’Connor*. Did the repudiation of the plea agreement, based on all of the circumstances, amount to an abuse of process? In other words, was the Crown’s repudiation conduct so unfair or oppressive to Ms. Nixon, or so tainted by bad faith or improper motive, that to allow the Crown to now proceed on the dangerous driving *Criminal Code*

subi un préjudice parce que son avocat a été amené à croire que la preuve constituée par les échantillons d’haleine ne serait pas produite au procès et qu’en conséquence il n’avait pas étudié cette question à l’enquête préliminaire. Je suis d’accord avec la Cour d’appel que cette conclusion constitue une erreur manifeste et dominante, car le procureur de la Couronne s’était expressément réservé le droit, à l’enquête préliminaire, de présenter cette preuve au procès. Quoi qu’il en soit, comme la juge Paperny l’a souligné à juste titre, rien n’oblige la Couronne à présenter l’ensemble de sa preuve au stade de l’enquête préliminaire, et le bien-fondé d’une preuve peut toujours être apprécié au procès (par. 51).

[58] Enfin, M<sup>me</sup> Nixon soutient que si les accusations criminelles devaient être instruites, [TRADUCTION] « la renonciation à son droit de garder le silence compromettrait et affaiblirait grandement sa défense parce qu’elle avait admis que c’est elle qui était au volant du véhicule et qu’elle avait conduit celui-ci de façon imprudente ». Elle soutient en outre que ces admissions « limiteraient aussi la capacité de son avocat actuel d’assumer sa défense et, en bout de ligne, porteraient peut-être atteinte à son droit de retenir les services de l’avocat de son choix » (m.a., par. 139). À mon avis, cet argument est sans fondement. En effet, l’entente sur le plaidoyer a été répudiée avant même que M<sup>me</sup> Nixon n’inscrive son plaidoyer de culpabilité à l’infraction réduite. De plus, le jugement de la Cour d’appel annule non seulement l’ordonnance du juge de première instance, mais également le plaidoyer qui en a résulté. Enfin, l’effet que cela aurait eu sur la capacité de son avocat à assumer sa défense n’est que pure conjecture.

[59] La question est donc de savoir si la présente affaire est visée par la catégorie résiduelle de cas mentionnée dans *O’Connor*. La répudiation de l’entente sur le plaidoyer, compte tenu de l’ensemble des circonstances, constitue-t-elle un abus de procédure? Autrement dit, le fait que la Couronne ait répudié l’entente était-il à ce point injuste ou oppressif pour M<sup>me</sup> Nixon, ou à ce point entaché de mauvaise foi ou d’un motif illégitime, que permettre à

charges would tarnish the integrity of the judicial system?

[60] Before discussing the merits of the application, I want to address an important preliminary issue. As stated earlier, the AGBC intervened in this case to emphasize the importance of criminal trial courts not proceeding with a review of prosecutorial discretion in the absence of a “threshold determination” that the inquiry is warranted. I agree that a court should not embark on an inquiry into the reasons behind an act of prosecutorial discretion without a proper evidentiary foundation. However, it is my view that evidence that a plea agreement has been entered into and subsequently reneged by the Crown meets the requisite threshold. I will explain.

[61] As the AGBC rightly points out, mandating a preliminary determination on the utility of a *Charter*-based inquiry is not new: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343. Similar thresholds are also imposed in other areas of the criminal law, they are not an anomaly. Threshold requirements may be imposed for pragmatic reasons alone. As this Court observed in *Pires* (at para. 35):

For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

[62] Quite apart from any such pragmatic considerations, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges that an act of prosecutorial discretion constitutes an abuse of

la Couronne de tenir un procès relativement à l'accusation de conduite dangereuse prévue au *Code criminel* porterait atteinte à l'intégrité du système judiciaire?

[60] Avant de discuter du bien-fondé de la demande, je veux traiter d'une question préliminaire importante. Comme il a déjà été mentionné, le PGCB est intervenu dans le présent pourvoi pour insister sur l'importance que les cours de juridiction criminelle s'abstiennent de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites avant d'avoir d'abord pris la « décision préliminaire » que l'examen est justifié. Je suis d'accord que les tribunaux ne doivent pas examiner les motifs qui sous-tendent les actes résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites s'ils ne peuvent s'appuyer sur une preuve suffisante. Toutefois, selon moi, la preuve qu'une entente sur le plaidoyer a été conclue et, par la suite, répudiée par la Couronne satisfait au critère préliminaire. Je m'explique.

[61] Comme le PGCB le souligne à juste titre, l'imposition aux tribunaux d'une exigence selon laquelle ils doivent d'abord se prononcer quant à l'utilité de la tenue d'une enquête fondée sur la *Charte* n'a rien de nouveau : *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343. Il faut également satisfaire à des critères préliminaires semblables dans d'autres domaines du droit criminel; ils ne constituent pas une anomalie. Des conditions préliminaires peuvent être imposées uniquement pour des raisons pragmatiques. Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Pires* (par. 35) :

Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L'un des mécanismes leur permettant d'y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal.

[62] Hormis de telles considérations pragmatiques, il existe de bonnes raisons d'imposer un fardeau initial au demandeur qui prétend qu'un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

process. Given that such decisions are generally beyond the reach of the court, it is not sufficient to launch an inquiry for an applicant to make a bare allegation of abuse of process. For example, it would not suffice for an applicant to allege abuse of process based on the fact that the Crown decided to pursue the charges against him but withdrew similar charges against a co-accused. Without more, there would be no basis for the court to look behind the exercise of prosecutorial discretion.

[63] However, the repudiation of a plea agreement is not just a bare allegation. It is evidence that the Crown has gone back on its word. As everyone agrees, it is of crucial importance to the proper and fair administration of criminal justice that plea agreements be honoured. The repudiation of a plea agreement is a rare and exceptional event. In my view, evidence that a plea agreement was entered into with the Crown, and subsequently reneged by the Crown, provides the requisite evidentiary threshold to embark on a review of the decision for abuse of process. Further, to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to renege from the agreement. That is, the Crown must explain why and how it made the decision not to honour the plea agreement. The ultimate burden of proving abuse of process remains on the applicant and, as discussed earlier, the test is a stringent one. However, if the Crown provides little or no explanation to the court, this factor should weigh heavily in favour of the applicant in successfully making out an abuse of process claim.

[64] This approach is consistent with the principles set out in *Krieger*. Acts of prosecutorial discretion are not immune from judicial review. Rather,

en matière de poursuites constitue un abus de procédure. Comme de telles décisions échappent généralement à la compétence du tribunal, il ne suffit pas d'entreprendre un examen pour qu'un demandeur puisse faire une simple allégation d'abus de procédure. Par exemple, un demandeur ne saurait prétendre qu'il y a eu abus de procédure au simple motif que la Couronne a décidé de donner suite aux accusations portées contre lui mais retiré des accusations similaires portées contre un coaccusé. En l'absence de tout autre élément, rien ne justifierait que le tribunal examine les motifs qui sous-tendent l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[63] Toutefois, la répudiation d'une entente sur le plaidoyer n'est pas qu'une simple allégation. C'est une preuve que la Couronne n'a pas tenu parole. Tout le monde en convient : le respect des ententes sur le plaidoyer revêt une importance cruciale pour l'administration saine et équitable de la justice criminelle. La répudiation d'une telle entente est un événement rare et exceptionnel. Selon moi, la preuve que la Couronne a conclu une entente sur le plaidoyer qu'elle a par la suite répudiée est conforme à la norme préliminaire à laquelle il doit être satisfait pour entreprendre un examen de la décision en vue de décider si elle constitue un abus de procédure. En outre, dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l'information, c'est à elle qu'il incombe d'exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l'entente. En d'autres termes, la Couronne doit expliquer au tribunal pourquoi et comment elle est parvenue à la décision de ne pas respecter l'entente qu'elle avait pourtant conclue. En bout de ligne, c'est au demandeur qu'il revient d'établir qu'il y a eu abus de procédure et, comme il a déjà été discuté, il doit satisfaire à un critère rigoureux. Cependant, le peu, voire l'absence d'explications de la Couronne, le cas échéant, constitue un facteur qui milite fortement en faveur de la thèse du demandeur qui cherche à établir qu'il y a eu abus de procédure.

[64] Cette démarche est conforme aux principes énoncés dans *Krieger*. Les actes qui résultent de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de

they are subject to judicial review for abuse of process. Depending on the circumstances, the repudiation of a plea agreement may well constitute an abuse of process, either because it results in trial unfairness or meets the narrow residual category of abuse that undermines the integrity of the judicial process. In applying the *Krieger* standard to the repudiation of plea agreements, the principles set out in these reasons, notably at paras. 46-48, on the importance of honouring resolution agreements must be kept in mind. Consider, for example, if the repudiation was made arbitrarily, without inquiry into the circumstances leading to the plea agreement, and without regard to any resulting prejudice to the accused. Alternatively, consider if there was evidence of a systemic problem in a particular jurisdiction where Crown counsel regularly and summarily overruled the preceding Crown counsel's exercise of discretion whenever they disagreed with the terms of the agreed upon plea resolution. In my view, an application judge may well be persuaded in such circumstances that the Crown acted in bad faith or with flagrant impropriety to a degree sufficient to constitute an abuse of process.

[65] Thus, it is my view that a threshold showing must be made before the court embarks on a judicial review of an exercise of prosecutorial discretion. Evidence of repudiation meets that threshold.

[66] In this case, I agree with the Court of Appeal that there is no evidence to support a finding of abuse of process. While the application judge asked the wrong question and applied the wrong test for abuse of process, he did inquire into the considerations that informed the decision to repudiate, the process adopted, and the conduct of all Crown actors who were involved. In rejecting Ms. Nixon's claim that the ADM's decision was made

poursuites n'échappent pas au contrôle judiciaire. Ils sont plutôt susceptibles de contrôle judiciaire pour le motif d'abus de procédure. Selon les circonstances, la répudiation d'une entente sur le plaider peut fort bien constituer un abus de procédure, soit parce qu'elle rend le procès inéquitable, soit parce qu'elle est visée par l'étroite catégorie résiduelle de cas qui minent l'intégrité du processus judiciaire. Lorsqu'on applique la norme de *Krieger* à une telle répudiation, il faut avoir à l'esprit les principes exposés dans les présents motifs, notamment aux par. 46 à 48, en ce qui concerne l'importance de respecter les ententes conclues en vue de régler une affaire. À titre d'exemple, supposons que la répudiation ait été faite de façon arbitraire, sans la tenue d'un examen des circonstances ayant mené à la conclusion de l'entente et sans que le préjudice qu'elle pourrait causer à l'accusé ait été pris en compte. Ou alors supposons qu'une preuve établisse l'existence d'un problème systémique dans un ressort particulier où les procureurs de la Couronne s'écartent régulièrement et sommairement des décisions prises par leurs prédécesseurs dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire lorsqu'ils ne souscrivent pas aux modalités des ententes sur le plaider conclues par ces derniers. Selon moi, il peut arriver dans de telles circonstances que le juge de première instance soit convaincu que le représentant de la Couronne a agi de mauvaise foi ou qu'il a eu une conduite répréhensible flagrante au point de commettre un abus de procédure.

[65] J'estime donc qu'il doit être satisfait à un critère préliminaire avant que le tribunal n'entreprenne le contrôle judiciaire d'un exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. La preuve de la répudiation satisfait à ce critère.

[66] Dans la présente affaire, je suis d'accord avec la Cour d'appel que la preuve ne permet pas de conclure à l'abus de procédure. Le juge de première instance a certes posé la mauvaise question et appliqué le mauvais critère pour décider s'il y avait eu abus de procédure, mais il a tout de même examiné les considérations qui ont servi de fondement à la décision de répudier l'entente, le processus qui a été suivi, et la conduite de l'ensemble des

for an improper motive, he concluded that “there is absolutely no evidence” of political interference (para. 22) and “nothing to suggest that [the ADM’s] action was taken in bad faith or to accommodate a real or perceived political stance of his Minister of Justice” (para. 25). There was also nothing improper in the considerations that informed the ADM’s decision to resile from the agreement. The application judge described these considerations as follows (at para. 26):

Those who influenced [the ADM’s] decision to repudiate the resolution agreement took exception to a pair of [Crown counsel’s] conclusions: first, that the analyses of the breath samples provided by Ms. Nixon would be inadmissible at trial and second, that the evidence of Ryan Galloway, who had earlier observed erratic driving by a van with the same licence plate as hers, was too remote in the circumstances to be relevant to the prosecution. In view of those two mistakes, the Assistant Deputy Minister was persuaded that any agreement which permitted Ms. Nixon to escape *Criminal Code* convictions was contrary to the public interest, especially considering that two people had died and another had been orphaned as the result of her driving. He therefore concluded that to honour it would bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

[67] The application judge erred by summarily dismissing the ADM’s considered opinion on the ground that the Crown had to show more than “establish that other, even more senior counsel, have reached a different conclusion” than Crown counsel did (para. 27). On this point, the application judge adopted the reasoning of Hill J. in *R. v. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349 (S.C.J.). However, the approach adopted in *M. (R.)* is based on the erroneous view that “the act of *repudiation* is not an exercise of core prosecutorial discretion” (*M. (R.)*, at para. 65 (emphasis in original)). Hill J. was thus of the view that, while the plea agreement is not reviewable subject only to abuse of process, the

intervenants de la Couronne qui ont participé à ce processus. En rejetant la prétention de M<sup>me</sup> Nixon selon laquelle la décision du SMA a été prise pour un motif illégitime, il a conclu qu’[TRADUCTION] « il n’y [avait] absolument aucune preuve » d’ingérence politique (par. 22) et que « rien ne donnait à penser que [le SMA] avait agi de mauvaise foi ou en vue de donner suite à une décision politique — réelle ou perçue — de son ministre de la Justice » (par. 25). Par ailleurs, les considérations qui ont servi de fondement à la décision du SMA de répudier l’entente n’avaient rien d’irrégulier. Voici comment le juge de première instance a décrit ces considérations (par. 26) :

[TRADUCTION] Ceux qui ont influencé la décision [du SMA] de répudier l’entente sur le plaidoyer ont contesté deux conclusions du [procureur de la Couronne] : premièrement, que les analyses des échantillons d’haleine fournis par M<sup>me</sup> Nixon seraient inadmissibles au procès, et, deuxièmement, que le témoignage de Ryan Galloway, qui avait vu plus tôt une fourgonnette conduite de façon irrégulière dont les plaques d’immatriculation correspondaient à celles de l’accusée, était trop éloigné des circonstances de l’affaire pour être pertinent quant à la poursuite. Au vu de ces deux erreurs, le sous-ministre adjoint était convaincu que toute entente qui permettrait à M<sup>me</sup> Nixon d’éviter d’être reconnue coupable des infractions au *Code criminel* qui lui étaient reprochées était contraire à l’intérêt public, surtout compte tenu du fait que deux personnes avaient été tuées et qu’une troisième personne était devenue orpheline en raison de sa façon de conduire son véhicule. Il a donc conclu que respecter l’entente serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. [Je souligne.]

[67] Le juge de première instance a commis une erreur en rejetant sommairement l’opinion réfléchie du SMA au motif que la Couronne ne pouvait pas se contenter de simplement [TRADUCTION] « établir que d’autres avocats, mêmes des avocats encore plus chevronnés, ont tiré une conclusion différente » de celle du procureur de la Couronne (par. 27). Sur ce point, le juge de première instance a fait sien le raisonnement du juge Hill dans *R. c. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349 (C.S.J.). Toutefois, la démarche suivie dans *M. (R.)* repose sur le point de vue erroné selon lequel [TRADUCTION] « le fait de *répudier* une entente ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites »

repudiation is governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own process (para. 62).

[68] As discussed earlier, the ADM's decision to resile from the plea agreement falls within the scope of prosecutorial discretion. In the absence of any prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances, or ultimate decision to repudiate, the decision to proceed with the prosecution is the Crown's alone to make. Reasonable counsel may indeed, and often do, differ on whether a particular disposition is in the public interest in the circumstances of the case. The ADM, in good faith, determined that Crown counsel's assessment of the strength of the evidence was erroneous and, on that basis, having regard to the seriousness of the offences, concluded that it would not be in the public interest to terminate the prosecution on the criminal charges. This can hardly be regarded as evidence of misconduct.

[69] This does not mean that plea agreements can be overturned on a whim. The method by which the decision was reached can itself reveal misconduct of a sufficient degree to amount to abuse of process. But that is not what occurred here. The act of repudiation was indeed a rare and exceptional occurrence. The evidence revealed that there have been only two prior occurrences in Alberta, "one in the 1980s and one within the year prior to the trial in this matter" (Court of Appeal decision, at para. 48). There was also no evidence of abusive conduct in the process leading to the decision to repudiate. I agree with the analysis of Paperny J.A. in this regard (at para. 50):

Further, this is not a case where the repudiation was done "unfairly" or when the discretion of the Attorney General was exercised "irrationally, unreasonably or

(*M. (R.)*, par. 65 (en italique dans l'original)). Le juge Hill était donc d'avis que même si l'entente sur le plaidoyer ne peut faire l'objet d'un contrôle qu'en cas d'abus de procédure, la répudiation, elle, est assujettie à la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure (par. 62).

[68] Comme je l'ai expliqué, la décision du SMA de répudier l'entente sur le plaidoyer relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En l'absence de conduite répréhensible de la part du poursuivant, de motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier l'entente, la décision d'engager une poursuite appartient exclusivement à la Couronne. Il arrive souvent que des avocats raisonnables ne parviennent pas à s'entendre sur la question de savoir si une décision particulière est dans l'intérêt public dans les circonstances de l'espèce. Le SMA a conclu de bonne foi que le procureur de la Couronne avait mal évalué la force probante de la preuve, et, sur ce fondement, il a jugé que, compte tenu de la gravité des infractions reprochées, il ne serait pas dans l'intérêt public de mettre fin à la poursuite. On ne saurait guère considérer cela comme la preuve d'une inconduite.

[69] Cela ne signifie pas que l'on puisse répudier des ententes sur le plaidoyer par simple caprice. La méthode qu'on a suivie pour en arriver à la décision peut elle-même révéler l'existence d'une inconduite telle qu'elle équivaut à un abus de procédure. Ce n'est cependant pas ce qui s'est produit en l'espèce. La répudiation d'une entente sur le plaidoyer est en effet un événement rare et exceptionnel. La preuve a révélé que cela ne s'était produit qu'à deux reprises en Alberta, [TRADUCTION] « une fois dans les années 80, et une autre fois dans l'année qui a précédé le procès dans la présente affaire » (décision de la Cour d'appel, par. 48). En outre, aucune preuve n'a établi qu'on s'était comporté de façon abusive dans le processus ayant mené à la décision de répudier l'entente. Je souscris à l'analyse faite par la juge Paperny à cet égard (par. 50) :

[TRADUCTION] De plus, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la répudiation a été faite « de façon inéquitable » ou par suite d'un exercice « irrationnel,



oppressively". The ADM carefully reviewed the evidence that was the subject of concern and relied on legal opinions and took guidance from the Ontario Attorney General's policy to instruct himself on the relevant considerations. Having satisfied himself that the original view of the trial prosecutor was incorrect and that the resulting plea resolution agreement would bring the administration of justice into disrepute, he acted expeditiously in communicating the decision to withdraw the plea resolution agreement to the respondent. He also considered possible prejudice to the respondent and concluded that there would be no such prejudice. The ADM's conduct, viewed in its totality, cannot be characterized as unfair, unreasonable, oppressive or irrational. The high threshold to find abuse of process has not been met here.

[70] Finally, Ms. Nixon was returned to the position she was in at the conclusion of the preliminary hearing before the plea agreement was entered into. There is no merit to the contention that she suffered prejudice as a result of the repudiation.

##### 5. Disposition

[71] For these reasons, the appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Beresh Cunningham Aloneissi O'Neill Hurley, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*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.*

déraisonnable ou oppressif » du pouvoir discrétionnaire du procureur général. Le SMA a examiné attentivement la preuve qui était source de préoccupation et s'est appuyé sur des avis juridiques ainsi que sur la politique du procureur général de l'Ontario pour bien saisir les considérations pertinentes. Après avoir conclu que le point de vue original du procureur de la Couronne était erroné et que l'entente sur le plaidoyer qui en avait résulté était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il s'est empressé de faire part à l'intimée de sa décision de répudier l'entente sur le plaidoyer. Il a également examiné la possibilité que sa décision fasse subir un préjudice à l'intimée et conclu que ce n'était pas le cas. La conduite du SMA, prise dans son ensemble, ne peut être qualifiée d'inéquitable, de déraisonnable, d'oppressive ou d'irrationnelle. Il n'a pas été satisfait à la norme préliminaire exigeante qu'il convient d'appliquer pour décider s'il y a eu abus de procédure.

[70] Enfin, M<sup>me</sup> Nixon a été rétablie dans la situation dans laquelle elle se trouvait à la fin de l'enquête préliminaire, avant que l'entente sur le plaidoyer ne soit conclue. La prétention selon laquelle elle a subi un préjudice par suite de la répudiation de l'entente n'est pas fondée.

##### 5. Dispositif

[71] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelante : Beresh Cunningham Aloneissi O'Neill Hurley, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*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.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Fleming DePoe Lieslar, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein & Associate, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Fleming DePoe Lieslar, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein & Associate, Toronto.*

**Susan Wilma Schreyer** *Appellant*

v.

**Anthony Leonard Schreyer** *Respondent*

**INDEXED AS: SCHREYER v. SCHREYER**

**2011 SCC 35**

File No.: 33443.

2010: November 9; 2011: July 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Family law — Family assets — Bankruptcy and insolvency — Spouses agreeing upon separation to valuation of assets under the Manitoba Family Property Act — Family farm owned by husband — Husband making an assignment in bankruptcy and obtaining discharge before valuation of assets — Valuation subsequently confirming that wife entitled to equalization payment — Effect of bankruptcy and discharge on equalization payment — Whether equalization claim provable in bankruptcy — Whether husband released from equalization claim by discharge from bankruptcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69.4, 121(1), 121(2), 135, 178(1)(f), 178(2) — The Family Property Act, C.C.S.M. c. F25, s. 17.*

The parties married in 1980, separated in 1999 and filed for divorce in 2000. The husband continued to live on the family farm, of which he was the sole registered owner. In December 2000, the parties consented to an accounting and valuation of their assets. Before a master undertook the valuation, the husband made an assignment in bankruptcy. The wife was not listed as a creditor and received no notice of the assignment. The husband was discharged from bankruptcy in November 2002. The master subsequently proceeded with the valuation and found that the wife was entitled to an equalization payment of \$41,063.48. The master's report, confirmed by the Court of Queen's Bench, did not address the effect of the husband's bankruptcy and discharge on the wife's equalization claim. The Court of Appeal held that the wife's equalization claim was

**Susan Wilma Schreyer** *Appelante*

c.

**Anthony Leonard Schreyer** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : SCHREYER c. SCHREYER**

**2011 CSC 35**

N<sup>o</sup> du greffe : 33443.

2010 : 9 novembre; 2011 : 14 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit de la famille — Biens familiaux — Faillite et insolvabilité — Consentement des conjoints lors de la séparation à l'évaluation de l'actif en vertu de la Loi sur les biens familiaux du Manitoba — Époux propriétaire de la ferme familiale — Cession en faillite des biens de l'époux et libération avant l'évaluation de l'actif — Droit de l'épouse à un paiement de compensation confirmé par l'évaluation — Effet de la faillite et de la libération sur le paiement de compensation — La réclamation au titre de la compensation est-elle une réclamation prouvable en matière de faillite? — La libération de l'époux failli a-t-elle eu pour effet de le libérer de la réclamation au titre de la compensation? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69.4, 121(1), 121(2), 135, 178(1)(f), 178(2) — Loi sur les biens familiaux, C.P.L.M. ch. F25, art. 17.*

Les parties se sont mariées en 1980, se sont séparées en 1999 et ont demandé le divorce en 2000. L'époux a continué de vivre sur la ferme familiale, dont il était le seul propriétaire inscrit. En décembre 2000, les parties ont consenti à une reddition de comptes et à une évaluation de leurs éléments d'actif. Avant l'évaluation par la conseillère-maître, l'époux a fait cession de ses biens en faillite. L'épouse n'a pas été inscrite sur la liste des créanciers et n'a pas été avisée de la cession en faillite. L'époux a été libéré de la faillite en novembre 2002. La conseillère-maître a procédé ultérieurement à l'évaluation et conclu que l'épouse avait droit à un paiement de compensation de 41 063,48 \$. Le rapport de la conseillère-maître, confirmé par la Cour du Banc de la Reine, ne traitait pas de l'effet de la faillite et de la libération de l'époux sur la réclamation de l'épouse au

provable in bankruptcy and had been extinguished by the discharge of the husband's bankruptcy.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Manitoba is an equalization jurisdiction, not a division of property jurisdiction. The equalization scheme is based on a principle of equal division of the value of family assets after a process of accounting and valuation. The accounting process results in a value that is divided between the spouses, and any amount payable must be paid to the creditor spouse. A debtor spouse retains the property he or she owns, but must pay a sum of money to the creditor spouse. The assets themselves are not divided and neither spouse acquires a proprietary or beneficial interest in the other's assets. No provision of *The Family Property Act* of Manitoba ("*FPA*") vests title in one spouse to the other spouse's property. Proprietary interests are not granted until the stage of payment of the equalization claim, as a form of execution pursuant to s. 17 *FPA*. Accordingly, under the *FPA*, an equalization claim is a debt owed by one spouse to the other.

The wife's equalization claim was provable in the husband's bankruptcy. Section 121 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("*BIA*") contains a broad definition of a provable claim, which includes all debts and liabilities that exist at the time of the bankruptcy or that arise out of obligations incurred before the day on which the bankrupt went into bankruptcy. In the instant case, given the nature of Manitoba's equalization scheme, the wife's claim was provable. A right to payment existed from the time of separation of the spouses, and hence existed at the time of the bankruptcy. All that remained was to determine the quantum by applying a clear formula that left little scope for judicial discretion. In such circumstances, the claim could not be considered so uncertain that s. 135 *BIA* could not apply. The husband was released from the equalization claim by the bankruptcy and his discharge. The wife's claim was neither a proprietary claim, nor was it exempt from the effect of a discharge as a claim for support or maintenance under ss. 178(1)(b) or (c) *BIA*.

titre de la compensation. La Cour d'appel a statué que la réclamation de l'épouse au titre de la compensation était une réclamation prouvable en matière de faillite et qu'elle avait été éteinte par l'ordonnance de libération de l'époux.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

Le Manitoba est un ressort qui a opté pour la compensation, et non pour le partage des biens. Le régime de compensation est fondé sur le principe du partage égal de la valeur de l'actif familial à l'issue d'un processus de reddition de comptes et d'évaluation. La reddition de comptes sert à établir la valeur qui sera partagée entre les conjoints et tout montant dû doit être payé au conjoint créancier. Le conjoint débiteur conserve les biens dont il est propriétaire, mais il doit verser une somme d'argent à l'autre conjoint. L'actif lui-même n'est pas partagé et aucun des conjoints n'acquiert un intérêt propriétaire ou bénéficiaire dans l'actif de l'autre. Aucune disposition de la *Loi sur les biens familiaux* du Manitoba (« *LBF* ») n'a pour effet d'investir un conjoint de quelque titre relatif aux biens de l'autre conjoint. Aucun intérêt propriétaire n'est transmis avant le stade du paiement de la compensation, l'exécution pouvant alors prendre la forme de la transmission d'un tel intérêt en vertu de l'art. 17 de la *LBF*. Ainsi, sous le régime de la *LBF*, la réclamation au titre de la compensation constitue une dette d'un conjoint envers l'autre.

La réclamation au titre de la compensation de l'épouse était une réclamation prouvable dans la faillite de l'époux. L'article 121 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* ») attribue une grande portée à la définition d'une réclamation prouvable, de façon à englober toutes les créances et tous les engagements existants au moment de la faillite ou découlant d'obligations contractées avant la date à laquelle le débiteur est devenu failli. Vu la nature du régime de compensation manitobain, la réclamation de l'épouse en l'espèce constituait une réclamation prouvable. Le droit à un paiement existait depuis la séparation des conjoints, de sorte qu'il existait au moment de la faillite. Il restait seulement à en établir le montant en appliquant une formule claire qui laissait peu de latitude au tribunal pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Dans les circonstances, la réclamation ne pouvait être considérée comme suffisamment incertaine pour que l'art. 135 de la *LFI* ne trouve pas application. L'époux a été libéré de la réclamation au titre de la compensation par suite de sa faillite et de sa libération. La réclamation de l'épouse n'était ni de nature propriétaire, ni exclue de l'ordonnance de libération, comme s'il s'agissait d'une pension ou obligation alimentaire visée aux al. 178(1)(b) et (c) de la *LFI*.

Under Manitoba's *The Judgments Act*, the family farm was exempt from execution by creditors. The appropriate remedy for a creditor like the wife would be to apply to the bankruptcy judge under s. 69.4 *BIA* for leave to pursue a claim against the exempt property. Since this property is beyond the reach of the ordinary creditors, lifting the stay of proceedings cannot prejudice the estate assets available for distribution. In keeping with the wording of s. 69.4(b), it would be "equitable on other grounds" to make such an order. This process would also accord with the policy objective of bankruptcy law of maximizing, under the *BIA*, returns to the family unit as a whole, rather than focussing on the needs of the bankrupt, and with Parliament's concern for the support of families.

In its current form, the *BIA* offers limited remedies to a spouse in the wife's position. In this regard, family law may provide them with other forms of remedies after the bankrupt has been discharged, more particularly through spousal support.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259; **referred to:** *Balyk v. Balyk* (1994), 113 D.L.R. (4th) 719; *Burson v. Burson* (1990), 4 C.B.R. (3d) 1; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Thibodeau v. Thibodeau*, 2011 ONCA 110, 104 O.R. (3d) 161; *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424; *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274; *Hildebrand v. Hildebrand* (1999), 13 C.B.R. (4th) 226; *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765; *Turgeon v. Turgeon*, [1997] O.J. No. 4269 (QL); *Sim v. Sim* (2009), 50 C.B.R. (5th) 295; *Shea v. Fraser*, 2007 ONCA 224, 85 O.R. (3d) 28.

#### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69.3, 69.4, 121, 135, 136(d.1), 178(1)(b), (c), (d), (f), 178(2), 187(5).  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 427.  
*Family Property Act*, C.C.S.M. c. F25, ss. 6(1), 13, 14, 15, 17.  
*Judgments Act*, C.C.S.M. c. J10, s. 13.  
*Marital Property Act*, C.C.S.M. c. M45.

#### Authors Cited

Bray, Michael J. "To Whom the Swords, for Whom the Shields? The Feminization of Poverty in Canadian Insolvency Practice", in Janis P. Sarra, ed., *Annual*

Selon la *Loi sur les jugements* du Manitoba, les créanciers ne pouvaient pas saisir la ferme familiale. Le recours que devrait exercer un créancier comme l'épouse consiste à demander au juge de faillite, en vertu de l'art. 69.4 de la *LFI*, l'autorisation de faire valoir sa réclamation contre le bien insaisissable. Comme ce bien demeure hors de la portée des créanciers ordinaires, la levée de la suspension des procédures ne peut porter atteinte à l'actif à distribuer. Pour reprendre les termes de l'art. 69.4, il serait, « pour d'autres motifs, équitable » de prononcer pareille ordonnance. Cette façon de faire s'accorde en outre avec l'objectif du droit de la faillite qui consiste à maximiser, sous le régime de la *LFI*, la valeur recouvrée par la cellule familiale dans son ensemble, plutôt que de pourvoir simplement aux besoins du failli, et avec la préoccupation du législateur pour le soutien aux familles.

Le régime actuel établi par la *LFI* offre des recours limités aux conjoints qui se trouvent dans une situation semblable à celle de l'épouse. Le droit de la famille peut leur offrir d'autres formes de recours après la libération du failli, notamment grâce à une pension alimentaire pour conjoint.

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259; **arrêts mentionnés:** *Balyk c. Balyk* (1994), 113 D.L.R. (4th) 719; *Burson c. Burson* (1990), 4 C.B.R. (3d) 1; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Thibodeau c. Thibodeau*, 2011 ONCA 110, 104 O.R. (3d) 161; *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424; *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274; *Hildebrand c. Hildebrand* (1999), 13 C.B.R. (4th) 226; *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765; *Turgeon c. Turgeon*, [1997] O.J. No. 4269 (QL); *Sim c. Sim* (2009), 50 C.B.R. (5th) 295; *Shea c. Fraser*, 2007 ONCA 224, 85 O.R. (3d) 28.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 427.  
*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69.3, 69.4, 121, 135, 136d.1, 178(1)(b), (c), (d), (f), 178(2), 187(5).  
*Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M. ch. F25, art. 6(1), 13, 14, 15, 17.  
*Loi sur les biens matrimoniaux*, C.P.L.M. ch. M45.  
*Loi sur les jugements*, C.P.L.M. ch. J10, art. 13.

#### Doctrine citée

Bray, Michael J. « To Whom the Swords, for Whom the Shields? The Feminization of Poverty in Canadian Insolvency Practice », in Janis P. Sarra, ed., *Annual*

- Review of Insolvency Law 2008*. Toronto: Thomson Carswell, 2009, 455.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Gutkin, Terry A. "Family Law and Bankruptcy" (1999), 16 *Nat'l Insolv. Rev.* 26.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 3, 4th ed. Toronto: Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2011, release 5).
- Klotz, Robert A. *Bankruptcy, Insolvency and Family Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2001 (loose-leaf updated 2007, release 1).
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- Review of Insolvency Law 2008*. Toronto : Thomson Carswell, 2009, 455.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Sénat du Canada, 2003.
- Gutkin, Terry A. « Family Law and Bankruptcy » (1999), 16 *Nat'l Insolv. Rev.* 26.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 3, 4th ed. Toronto : Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2011, release 5).
- Klotz, Robert A. *Bankruptcy, Insolvency and Family Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2001 (loose-leaf updated 2007, release 1).
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Hamilton, Freedman and MacInnes J.J.A.), 2009 MBCA 84, 245 Man. R. (2d) 86, 466 W.A.C. 86, 57 C.B.R. (5th) 157, 70 R.F.L. (6th) 237, [2009] 10 W.W.R. 588, [2009] M.J. No. 299 (QL), 2009 CarswellMan 403, varying an order of Guertin-Riley J. (unreported). Appeal dismissed.

*Martin W. Mason, Robert A. Klotz, Alain J. Hogue and Matthew Estabrooks*, for the appellant.

*Gerald S. Ashcroft*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

## I. Overview

[1] This appeal concerns a perceived clash between family law and bankruptcy law. The appellant sharply challenges the outcome of the litigation in this case, which results from her separation and divorce from the respondent: she has been denied recovery of an equalization payment owed after the division of the family assets, whereas the respondent has retained ownership of the family farm after being discharged from bankruptcy, as the farm is exempt from seizure under Manitoba

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Hamilton, Freedman et MacInnes), 2009 MBCA 84, 245 Man. R. (2d) 86, 466 W.A.C. 86, 57 C.B.R. (5th) 157, 70 R.F.L. (6th) 237, [2009] 10 W.W.R. 588, [2009] M.J. No. 299 (QL), 2009 CarswellMan 403, qui a modifié une ordonnance de la juge Guertin-Riley (non publiée). Pourvoi rejeté.

*Martin W. Mason, Robert A. Klotz, Alain J. Hogue et Matthew Estabrooks*, pour l'appelante.

*Gerald S. Ashcroft*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Aperçu

[1] Le pourvoi porte sur un conflit apparent entre le droit de la famille et le droit de la faillite. L'appelante conteste vivement l'issue du litige découlant de sa séparation et de son divorce d'avec l'intimé : elle s'est vue privée du paiement de compensation qui lui était dû par suite du partage de l'actif familial, alors que l'intimé est demeuré propriétaire de la ferme familiale après avoir été libéré de sa faillite, puisque la ferme est un bien insaisissable selon la législation manitobaine. Je suis

law. I would uphold the judgment of the Manitoba Court of Appeal, which dismissed the appellant's claim. I find no error in law and would thus dismiss the appeal. However, the result calls for some comments about the interplay of bankruptcy law and family law and about how they can be made to work together rather than at cross-purposes.

## II. Background

[2] The appellant, Susan Wilma Schreyer, and the respondent, Anthony Leonard Schreyer, were married in 1980. During their marriage, they tried a number of times to set up a farming operation in Manitoba. Finally, in 1997, the respondent bought part of a farm belonging to his parents, including a house and farm buildings. Title to the property issued solely in his name as registered owner. The respondent obtained a mortgage to finance the purchase.

[3] In December 1999, the marriage broke down. There was a bitter separation. The appellant left the farm, and the respondent continued to live on it. In March 2000, the appellant filed for divorce and sought, among other relief, an equal division of the marital property, which included the farm.

[4] In December 2000, the parties consented to an order referring to the master an accounting and valuation of the assets pursuant to *The Marital Property Act*, C.C.S.M. c. M45 (“MPA”). That Act has since been replaced by *The Family Property Act*, C.C.S.M. c. F25 (“FPA”). As the relevant provisions of these two Acts are identical, the parties have based their submissions in this Court on the FPA. The valuation date was set as the date of separation of the parties, December 4, 1999.

[5] Before the master undertook the valuation, Mr. Schreyer made an assignment in bankruptcy on December 20, 2001. Ms. Schreyer was not listed as a creditor and received no notice of the assignment, and she claims that she was not aware of it. The respondent was discharged from bankruptcy on

d'avis de confirmer le jugement de la Cour d'appel du Manitoba, qui a rejeté la réclamation de l'appelante, car il n'est entaché selon moi d'aucune erreur de droit. Je rejetterais donc le pourvoi. Toutefois, certains commentaires s'imposent sur l'interaction entre le droit de la faillite et le droit de la famille, ainsi que sur la façon de les appliquer de concert, sans qu'ils se contredisent.

## II. Les faits

[2] L'appelante, Susan Wilma Schreyer, et l'intimé, Anthony Leonard Schreyer, se sont mariés en 1980. Ils ont essayé à plusieurs reprises durant leur mariage de lancer une entreprise agricole au Manitoba. En 1997, l'intimé a finalement acquis une partie de la ferme appartenant à ses parents, y compris une résidence et des bâtiments agricoles. Seul son nom figure sur le titre de la propriété en qualité de propriétaire inscrit. L'intimé a contracté une hypothèque pour financer l'achat.

[3] Le mariage a pris fin en décembre 1999. La séparation s'est faite dans l'amertume. L'appelante a quitté la ferme, tandis que l'intimé a continué d'y vivre. En mars 2000, l'appelante a demandé le divorce et réclamé notamment le partage égal des biens familiaux, y compris la ferme.

[4] En décembre 2000, les parties ont consenti à une ordonnance confiant à la conseillère-maître la reddition de comptes et l'évaluation de leurs éléments d'actif en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, C.P.L.M. ch. M45 (« LBM »), maintenant la *Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M. ch. F25 (« LBF »). Comme les dispositions pertinentes de ces deux lois sont identiques, les parties ont fondé leurs observations à la Cour sur la LBF. La date de l'évaluation a été fixée rétroactivement au jour de la séparation des parties, en l'occurrence le 4 décembre 1999.

[5] M. Schreyer a fait cession de ses biens en faillite le 20 décembre 2001, avant que la conseillère-maître ne procède à l'évaluation. M<sup>me</sup> Schreyer n'a pas été inscrite à la liste des créanciers, n'a pas été avisée de la cession des biens et affirme qu'elle n'était pas au courant de celle-ci.

November 29, 2002. The appellant must have been informed of the bankruptcy some time later, but before the master undertook the valuation. This can be inferred from changes made in a new consent order for the reference to the master dated October 8, 2004. The new order was identical to the original consent order but for the addition of two paragraphs, one of which, as the Manitoba Court of Appeal mentioned in its judgment (paras. 14-15), authorized the master to deal with all issues arising out of Mr. Schreyer's bankruptcy. The master proceeded with the valuation, which led to the present litigation.

### III. Judicial History

#### A. *Manitoba Court of Queen's Bench (Master Sharp), 2007 MBQB 263 (CanLII)*

[6] Master Sharp issued a detailed report after a lengthy hearing. For the purposes of the appeal, I need not review the valuation of the parties' assets and liabilities. Suffice it to say that the master noted that the farm property was exempt from execution and that the trustee in bankruptcy, presumably ascertaining that it was exempt, would have released it to the respondent. After computing the parties' liabilities and assets at the time of separation, the master found that the appellant was entitled to an equalization payment of \$41,063.48. But the master did not address the effect of the respondent's bankruptcy and discharge on the appellant's claim that resulted in the determination of an equalization payment.

#### B. *Manitoba Court of Queen's Bench, Family Division (Guertin-Riley J.), June 23, 2008 (Unreported)*

[7] Both parties opposed confirmation of the master's report. Despite their objections, Guertin-Riley J. confirmed it in its entirety and ordered the respondent to make the equalization payment as

L'intimé a été libéré de sa faillite le 29 novembre 2002. L'appelante a sans doute été informée de la faillite quelque temps plus tard, mais avant que la conseillère-maître ne procède à l'évaluation, comme on peut le déduire des modifications apportées dans une nouvelle ordonnance de renvoi à la conseillère-maître rendue sur consentement en date du 8 octobre 2004. La nouvelle ordonnance était identique à l'ordonnance sur consentement initiale, sauf pour l'ajout de deux paragraphes, dont l'un autorisait la conseillère-maître à trancher les questions découlant de la faillite de M. Schreyer, comme la Cour d'appel du Manitoba l'a mentionné dans son jugement (par. 14-15). La conseillère-maître a procédé à l'évaluation à l'origine du présent litige.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba (la conseillère-maître Sharp), 2007 MBQB 263 (CanLII)*

[6] La conseillère-maître Sharp a produit un rapport détaillé à l'issue d'une longue audition. Je n'ai pas à examiner l'évaluation de l'actif et du passif des parties pour les besoins du pourvoi. Je mentionnerai simplement que la conseillère-maître a souligné que la ferme ne pouvait pas faire l'objet d'une mesure d'exécution et que le syndic de faillite, ayant vraisemblablement vérifié qu'elle était insaisissable, avait dû la laisser à l'intimé. Après avoir évalué les éléments d'actif et de passif des parties au moment de la séparation, la conseillère-maître a jugé que l'appelante avait droit à une compensation de 41 063,48 \$. La conseillère-maître Sharp n'a toutefois pas traité de l'effet de la faillite et de la libération de l'intimé sur la réclamation de l'appelante qui a mené à l'établissement d'une compensation.

#### B. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba, Division de la famille (la juge Guertin-Riley), 23 juin 2008 (non publiée)*

[7] Les deux parties se sont opposées à la confirmation du rapport de la conseillère-maître. Malgré leurs objections, la juge Guertin-Riley a confirmé le rapport dans son intégralité et a ordonné à



determined by the master. The two parties appealed that order to the Manitoba Court of Appeal.

C. *Manitoba Court of Appeal (Hamilton, Freedman and MacInnes J.J.A.), 2009 MBCA 84, 245 Man. R. (2d) 86*

[8] MacInnes J.A., writing for a unanimous court, considered several issues, most of which are now irrelevant for the purposes of the appeal. The main question addressed by the Court of Appeal was the effect of the bankruptcy and discharge on Ms. Schreyer's claim for an equalization payment. The court held that Ms. Schreyer's equalization claim was only a personal claim against her former husband. She held no interest in the farm itself, since Manitoba is an "equalization province", as opposed to a "division of property province". Her claim was a claim provable in bankruptcy, and it had been extinguished by the discharge of the bankrupt. As a result, the Court of Appeal found that the Court of Queen's Bench had erred in confirming the report and holding, in effect, that the equalization payment remained an outstanding obligation of the respondent even after he had been discharged from bankruptcy.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[9] The parties have raised several issues. But the core issue in this appeal is whether the application of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), has released the respondent from Ms. Schreyer's equalization claim in respect of the family assets under the *FPA*, formerly the *MPA*. (The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix.) Despite the apparent injustice of the outcome, it is impossible to wish away the fact and problem of the respondent's bankruptcy. The issue of the legal effect of Mr. Schreyer's bankruptcy and discharge must be resolved. To answer this question, I must first determine the legal nature of the equalization claim. I will then consider whether that claim was provable in bankruptcy

l'intimé de verser la compensation établie par la conseillère-maître. Les deux parties ont fait appel de cette ordonnance à la Cour d'appel du Manitoba.

C. *Cour d'appel du Manitoba (les juges Hamilton, Freedman et MacInnes), 2009 MBCA 84, 245 Man. R. (2d) 86*

[8] S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le juge MacInnes a étudié plusieurs questions, dont la plupart ne sont plus pertinentes pour les besoins du pourvoi. La Cour d'appel a examiné principalement l'effet de la faillite et de la libération sur la réclamation de M<sup>me</sup> Schreyer au titre de la compensation. Elle a conclu que M<sup>me</sup> Schreyer n'avait qu'un recours personnel en compensation contre son ex-mari et qu'elle ne détenait aucun intérêt dans la ferme elle-même, le Manitoba ayant opté pour un régime de « compensation », plutôt que de « partage des biens ». Sa réclamation constituait une réclamation prouvable en matière de faillite et s'était éteinte par suite de la libération du failli. La Cour d'appel a donc jugé que la Cour du Banc de la Reine avait fait erreur en confirmant le rapport et en concluant que l'intimé demeurerait tenu d'exécuter l'obligation de compensation même après avoir été libéré de sa faillite.

#### IV. Analyse

##### A. *Les questions en litige*

[9] Les parties ont soulevé plusieurs problèmes, mais la question fondamentale en l'espèce consiste à déterminer si l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), a libéré l'intimé de la réclamation de M<sup>me</sup> Schreyer au titre de la compensation relative à l'actif familial sous le régime de la *LBF* — qui a succédé à la *LBM*. (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.) Le résultat obtenu peut certes sembler injuste, mais on ne peut faire abstraction de la faillite de l'intimé et du problème qu'elle pose. Il faut résoudre la question de l'effet juridique de la faillite et de la libération de M. Schreyer. Pour ce faire, je dois d'abord établir la nature juridique de la réclamation au titre de la compensation. Je vais

and whether the respondent was released from it upon being discharged. I will also comment briefly on other issues, such as the appellant's claim for unjust enrichment, that are not determinative of this appeal.

### B. *Positions of the Parties*

[10] The appellant raises several arguments in support of her assertion that her equalization claim has survived her husband's bankruptcy and the judgment can be executed against the exempt property, the family farm. First, she argues that her claim is a proprietary one and that, for this reason, it was not affected by the application of the *BIA* and was not provable in bankruptcy. She also states that the claim was not provable because it remained unliquidated. In the alternative, if it was in fact provable, she argues that the respondent is estopped from asserting his discharge against her claim because he failed to list her as a creditor and proceeded with the valuation before the master. Had she been made aware of his bankruptcy in a timely manner, she could have sought leave from the bankruptcy court under s. 69.4 *BIA* to pursue her claim against the exempt property.

[11] In the further alternative, should these first two arguments fail, the appellant submits that the respondent has been unjustly enriched. He has retained the farm free from the equalization claim, and his debts to his ordinary creditors have been wiped out. In her view, this situation, which results from Mr. Schreyer's failure to inform her of his bankruptcy, gives rise to a claim for unjust enrichment that this Court should remedy by imposing a constructive trust over half of the family farm.

[12] The respondent relies, in substance, on the Court of Appeal's judgment. In his opinion, the

ensuite déterminer s'il s'agissait d'une réclamation prouvable en matière de faillite et si l'ordonnance de libération de l'intimé l'a libéré de cette réclamation. Je traiterai en outre brièvement d'autres points, tel le recours de l'appelante pour enrichissement injustifié, qui ne jouent pas un rôle déterminant en l'espèce.

### B. *Les thèses des parties*

[10] L'appelante avance plusieurs arguments pour démontrer que sa réclamation au titre de la compensation a survécu à la faillite de son mari et qu'une mesure d'exécution peut être prise contre le bien insaisissable, c'est-à-dire la ferme familiale. L'appelante fait valoir en premier lieu que sa réclamation est de nature propriétaire, de sorte qu'elle n'a pas été touchée par l'application de la *LFI* et qu'il ne s'agissait pas d'une réclamation prouvable en matière de faillite. Elle affirme en outre que sa réclamation n'était pas une réclamation prouvable parce qu'elle n'était pas liquidée. Subsidiairement, s'il s'agissait d'une réclamation prouvable, elle plaide la préclusion, affirmant que l'intimé ne peut opposer sa libération à la réclamation de l'appelante parce qu'il ne l'a pas inscrite à la liste des créanciers et a participé à la procédure d'évaluation devant la conseillère-maître. Si l'appelante avait été informée de la faillite de l'intimé en temps opportun, elle aurait pu demander au tribunal de faillite, en vertu de l'art. 69.4 de la *LFI*, l'autorisation de faire valoir sa réclamation contre le bien insaisissable.

[11] Si ces deux premiers arguments ne peuvent être retenus, l'appelante soutient à titre subsidiaire que l'intimé s'est enrichi injustement. En effet, il a gardé la ferme à l'abri de la réclamation au titre de la compensation, et ses dettes envers ses créanciers ordinaires ont été effacées. L'appelante estime que cette situation, attribuable à l'omission par M. Schreyer de l'avoir avisée de sa faillite, donne ouverture à un recours pour enrichissement injustifié et que la Cour devrait y remédier en imposant une fiducie par interprétation à l'égard de la moitié de la ferme familiale.

[12] Pour sa part, l'intimé se fonde essentiellement sur le jugement de la Cour d'appel. À son avis,

equalization claim is a monetary claim that was provable in bankruptcy, and he was released from it upon being discharged. Moreover, the appellant did nothing to set aside or suspend the discharge under the *BIA*. The respondent adds that the constructive trust issue was never raised in the courts below, that no evidence was adduced on this issue and that this Court should therefore not consider it.

C. *Legal Nature of the Equalization Claim Under the MPA and the FPA*

[13] The key issue here is the legal characterization, in Manitoba family law, of a claim for equalization following the breakup of a marriage. Does a spouse like Ms. Schreyer obtain a proprietary interest in the family assets or a monetary claim at the end of the equalization process? As we will see, Manitoba remains an equalization jurisdiction. It has not joined the ranks of the provinces which have adopted division of property systems. As a result, a spouse is entitled to an order setting the amount payable from one spouse to the other under the equalization scheme and may ask either to be paid this amount in money or to receive a transfer of assets in lieu of that amount.

[14] Every Canadian province has tried to address in some way the inequities or difficulties arising out of the distribution of family assets after the breakdown of a marriage or of a common law relationship to which the same rules apply. Broadly speaking, the provincial legislatures have chosen between two different models: equalization and division of property (R. A. Klotz, *Bankruptcy, Insolvency and Family Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 4-29 to 4-30).

[15] The equalization model involves a valuation of the family assets and an accounting. The value of the assets is then divided between the spouses,

la réclamation au titre de la compensation était de nature pécuniaire. Il s'agissait d'une réclamation prouvable en matière de faillite, dont il a été libéré par son ordonnance de libération. De plus, l'appelante n'a pris aucune mesure pour obtenir l'annulation ou la suspension de la libération en vertu de la *LFI*. Toujours selon l'intimé, la question de la fiducie par interprétation n'a jamais été évoquée devant les juridictions inférieures, aucune preuve n'a été produite à ce sujet et, par conséquent, la Cour ne devrait pas étudier cette question.

C. *La nature juridique de la réclamation au titre de la compensation sous le régime de la LBM et de la LBF*

[13] En l'espèce, la qualification juridique d'une réclamation au titre de la compensation après la rupture d'un mariage, selon le droit de la famille manitobain, revêt une importance capitale. Un conjoint, telle M<sup>me</sup> Schreyer, obtient-il un intérêt propriétaire dans l'actif familial ou une créance pécuniaire à l'issue du processus de compensation? Comme nous le verrons, le Manitoba, qui a opté pour la compensation, n'a pas modifié ce choix pour joindre les rangs des provinces qui ont instauré un régime de partage des biens. Par conséquent, un conjoint a droit à une ordonnance fixant le montant qui lui est payable par l'autre conjoint en application du régime de compensation et peut demander une somme d'argent en paiement de ce montant ou le transfert d'éléments d'actif à titre de paiement.

[14] Toutes les provinces canadiennes ont essayé de résoudre d'une façon ou d'une autre les injustices ou difficultés attribuables au partage de l'actif familial par suite de la rupture d'un mariage ou d'une union de fait — qui est assujettie aux mêmes règles. De façon générale, les législatures provinciales ont choisi entre deux solutions : la compensation, ou égalisation des biens, et le partage des biens (R. A. Klotz, *Bankruptcy, Insolvency and Family Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 4-29 à 4-30).

[15] Un régime de compensation demande l'évaluation de l'actif familial et une reddition de comptes. La valeur de l'actif est ensuite partagée entre

usually in equal parts, although family courts have a limited discretion to order an unequal division. The valuation and the division give rise to a debtor-creditor relationship in the sense that the creditor spouse obtains a monetary claim against the debtor spouse. But the assets themselves are not divided. Each spouse retains ownership of his or her own property both before and after the breakdown of the marriage. Neither acquires a proprietary or beneficial interest in the other's assets. Assets are transferred only at the remedial stage, as agreed by the parties or as ordered by the family court in exercising its discretion, as a form of payment or execution of the judgment (T. A. Gutkin, "Family Law and Bankruptcy" (1999), 16 *Nat'l Insolv. Rev.* 26, at pp. 31-32; *Balyk v. Balyk* (1994), 113 D.L.R. (4th) 719 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 723-25; *Burson v. Burson* (1990), 4 C.B.R. (3d) 1 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 24-25). The division of property schemes, on the other hand, give rise to a proprietary or beneficial interest in the assets themselves, not just in their value (*Balyk*, at pp. 723-24).

[16] The Manitoba scheme is one of equalization. It is based on a principle of equal division of the value of the family assets after a process of accounting and valuation (ss. 13 and 14 *FPA*). The accounting process results in a value that is divided between the spouses, and any amount payable must be paid to the creditor spouse. A debtor spouse retains the property he or she owns, but must pay a sum of money, the equalization payment, if the spouses did not own assets of equal value (s. 15 *FPA*). The court retains a discretion to alter the equal division of the value of the assets where "the court is satisfied that equalization would be grossly unfair or unconscionable" (s. 14(1) *FPA*). No provision of the *FPA* vests title in one spouse to the other spouse's property (s. 6(1) *FPA*) in the course of the accounting and valuation. At the end of the equalization process, a monetary debt is owed.

les conjoints, habituellement à parts égales, sous réserve des pouvoirs limités des tribunaux de la famille d'ordonner un partage inégal. L'évaluation et le partage créent une relation débiteur-créancier, en ce sens que le conjoint créancier obtient une créance pécuniaire sur le conjoint débiteur, mais l'actif lui-même n'est pas partagé. Chaque conjoint demeure propriétaire de ses propres biens avant et après la rupture du mariage. Aucun des conjoints n'acquiert un intérêt propriétaire ou bénéficiaire dans l'actif de l'autre. Des éléments d'actif ne sont cédés qu'au stade de la réparation, comme mode d'acquittement ou d'exécution du jugement, conformément à la convention conclue entre les parties ou à l'ordonnance rendue par le tribunal de la famille dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (T. A. Gutkin, « Family Law and Bankruptcy » (1999), 16 *Nat'l Insolv. Rev.* 26, p. 31-32; *Balyk c. Balyk* (1994), 113 D.L.R. (4th) 719 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 723-725; *Burson c. Burson* (1990), 4 C.B.R. (3d) 1 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 24-25). Pour leur part, les régimes de partage des biens accordent un intérêt propriétaire ou bénéficiaire dans les éléments d'actif eux-mêmes, et pas seulement dans leur valeur (*Balyk*, p. 723-724).

[16] Le Manitoba a adopté un régime de compensation. Ce régime repose sur le principe du partage égal de la valeur de l'actif familial à l'issue d'un processus d'évaluation et de reddition de comptes (art. 13 et 14 de la *LBF*). La reddition de comptes sert à établir la valeur qui sera partagée entre les conjoints et tout montant dû doit être payé au conjoint créancier. Le conjoint débiteur conserve les biens dont il est propriétaire, mais il doit verser une somme d'argent, la compensation, si la valeur de son actif est supérieure à celle de l'actif de l'autre conjoint (art. 15 de la *LBF*). Le tribunal a toujours le pouvoir discrétionnaire de modifier le partage égal de la valeur des éléments d'actif s'il « conclut qu'une compensation serait manifestement injuste ou moralement inadmissible » (par. 14(1) de la *LBF*). Aucune disposition de la *LBF* n'a pour effet d'investir un conjoint de quelque titre relatif aux biens de l'autre conjoint (par. 6(1) de la *LBF*) au cours du processus d'évaluation et de reddition de comptes. À la fin du processus, un conjoint a une dette pécuniaire envers l'autre.

[17] Proprietary interests are not granted until the stage of payment of the equalization claim, at which point they may be granted as a form of execution, to ensure that the payment is actually made. Section 17 *FPA* provides that the amount established in the accounting may be paid by means of a money payment, a transfer of assets, or both. The mode of payment may be agreed on by the parties or ordered by the court. Section 17 reads as follows:

17 The amount shown by an accounting under section 15 to be payable by one spouse or common-law partner to the other may be satisfied

- (a) by payment of the amount in a lump sum or by instalments; or
- (b) by the transfer, conveyance or delivery of an asset or assets in lieu of the amount; or
- (c) by any combination of clauses (a) and (b);

as the spouses or common-law partners may agree or, in the absence of agreement, as the court upon the application of either spouse or common-law partner under this Act may order, taking into account the effect of any interim order made under section 18.1.

[18] Under the *FPA*, an equalization claim is a debt owed by one spouse to the other. The Court of Appeal did not err in treating the appellant's claim as a debt. The characterization of the equalization claim is particularly important here — in the context of the application of the *BIA* — for the purpose of determining whether the appellant's claim survived her husband's discharge from bankruptcy.

#### D. *Effect of the Respondent's Bankruptcy*

[19] The very design of insolvency legislation raises difficult policy issues for Parliament. Legislation that establishes an orderly liquidation process for situations in which reorganization is not possible, that averts races to execution and that gives debtors a chance for a new start is generally

[17] Aucun intérêt propriétaire n'est transmis avant le stade du paiement de la compensation, l'exécution pouvant alors prendre la forme de la transmission d'un tel intérêt, de façon que la compensation soit effectivement payée. L'article 17 de la *LBF* prévoit que la dette établie au moyen de la reddition de comptes doit être réglée par le paiement d'une somme d'argent ou la cession d'éléments d'actif ou par une combinaison des deux. Le mode de paiement peut être déterminé par convention des parties ou par une ordonnance du tribunal, comme le prévoit l'art. 17 :

17 La dette due par un conjoint ou un conjoint de fait à l'autre, en vertu d'une reddition de comptes effectuée en application de l'article 15, peut être réglée d'une des manières qui suivent, selon ce que les conjoints ou les conjoints de fait conviennent ou, en l'absence de convention, selon l'ordonnance du tribunal saisi d'une demande d'un des conjoints ou d'un des conjoints de fait présentée en vertu de la présente loi et qui tient compte des effets de toute ordonnance provisoire rendue en vertu de l'article 18.1 :

- a) par le paiement de la dette en un versement global ou par versements échelonnés;
- b) par la cession d'un ou de plusieurs éléments d'actif au lieu du paiement de la dette;
- c) par toute combinaison des modes de paiement visés aux alinéas a) et b).

[18] Selon la *LBF*, la réclamation au titre de la compensation constitue une dette d'un conjoint envers l'autre. La Cour d'appel n'a donc pas eu tort de considérer la réclamation de l'appelante comme une créance. La qualification de la réclamation au titre de la compensation joue un rôle particulièrement important en l'occurrence — dans le contexte de l'application de la *LFI* — pour ce qui est de déterminer si la créance de l'appelante a survécu à la libération de faillite de son mari.

#### D. *L'effet de la faillite de l'intimé*

[19] L'élaboration même de la législation sur l'insolvabilité comporte des difficultés pour le législateur sur le plan des principes. Une mesure législative établissant une procédure de liquidation ordonnée dans les cas où une réorganisation est impossible, évitant les courses à l'exécution

viewed as a wise policy choice. Such legislation has become part of the legal and economic landscape in modern societies. But it entails a price, and those who might have to pay that price sometimes strive mightily to avoid it. Despite the proven wisdom of the policies underpinning the insolvency legislation, it is understandable that few appreciate the “haircuts” or even outright losses that bankruptcies trigger. So creditors seek to obtain security or third-party guarantees. In other cases, statutory exemptions from the application of the *BIA* may apply. For a long time, governments took care to protect their own interests, but they now generally accept, albeit with some reluctance, that they should share the fate of ordinary creditors (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379). Other types of exemptions that seem fair or even necessary are set out in the *BIA*. However, the more exemptions there are, the less likely it is that the basic policy objectives of insolvency legislation can be achieved.

[20] As a consequence, the interpretation of the *BIA* requires the acceptance of the principle that every claim is swept into the bankruptcy and that the bankrupt is released from all of them upon being discharged unless the law sets out a clear exclusion or exemption. As I will explain below in greater detail, the appellant’s equalization claim was provable in the respondent’s bankruptcy. In light of the provisions of the *BIA*, it is therefore difficult, subject to one minor reservation concerning the terminology used, to find fault with the Court of Appeal’s holding that the equalization claim had been “extinguished” by the respondent’s discharge. That holding appears to be faithful both to the words of the *FPA* and to the provisions of the *BIA*. In this respect, given that Ontario is also an equalization province, it is worth mentioning that the Ontario Court of Appeal recently espoused this reasoning in *Thibodeau v. Thibodeau*, 2011 ONCA

et donnant aux débiteurs la possibilité d’un nouveau départ est habituellement considérée comme un choix de politique judicieux. Ce type de législation fait maintenant partie du paysage juridique et économique des sociétés modernes. Mais elle a un prix, et les personnes qui pourraient avoir à le payer font parfois des efforts considérables pour se soustraire à cette obligation. Malgré la sagesse éprouvée des principes de politique générale qui sous-tendent la législation en matière d’insolvabilité, on peut comprendre que peu de gens se réjouissent de « perdre des plumes », voire de tout perdre, à la suite d’une faillite. Les créanciers cherchent donc à obtenir des sûretés ou des garanties de la part d’un tiers. Dans d’autres cas, il se peut que des exemptions légales de l’application de la *LFI* entrent en jeu. Pendant longtemps, les gouvernements ont pris soin de protéger leurs propres intérêts, mais ils acceptent désormais généralement, quoiqu’avec une certaine réticence, de partager le sort des créanciers ordinaires (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379). D’autres exemptions qui paraissent justes ou même indispensables sont énoncées dans la *LFI*. Toutefois, plus il y a d’exemptions, plus il s’avère difficile d’atteindre les objectifs fondamentaux de la législation en matière d’insolvabilité.

[20] Il nous faut donc accepter, dans l’interprétation de la *LFI*, le principe que toutes les réclamations sont emportées dans la faillite et que le failli est libéré de toutes les réclamations lors de sa libération, à moins que la loi ne prévienne clairement une exclusion ou une exemption. Comme je l’expliquerai plus en détail, la réclamation au titre de la compensation de l’appelante était une réclamation prouvable dans la faillite de l’intimé. Au regard des dispositions de la *LFI*, on trouve donc difficilement matière à critiquer — hormis une réserve mineure quant à la terminologie utilisée — la conclusion de la Cour d’appel que la réclamation au titre de la compensation s’est [TRADUCTION] « éteinte » par suite de la libération de l’intimé. Cette conclusion semble respecter à la fois le libellé de la *LBF* et les dispositions de la *LFI*. À cet égard, comme l’Ontario a aussi opté pour un régime de compensation, il vaut la peine de mentionner que la Cour d’appel

110, 104 O.R. (3d) 161. I agree with the following comments by Blair J.A.:

Separating spouses are not entitled to receive a division of property. Rather, they are entitled (generally speaking) to receive one-half of the *value* of the property accumulated during the marriage. An equalization *payment* is the chosen legislative default position. On the bankruptcy side, unsecured creditors are to be treated equally and the bankrupt's assets to be distributed amongst them equally subject to the scheme provided in s. 136 of the *BIA*. Parliament has not accorded any preferred or secured position to a claim for an equalization payment. While it has recently chosen to amend the *BIA* to give certain debts or liabilities arising in relation to claims for support and/or alimony a preferred status, Parliament has made no such provision for equalization claims in relation to family property. [Underlining added; para. 37.]

[21] The only reservation I have with the decision of the Court of Appeal in the case at bar relates to its numerous statements that the operation of s. 178(2) *BIA* has the effect of “extinguishing” the equalization claim. With respect, this provision does not purport to extinguish claims that are provable in bankruptcy pursuant to s. 121 *BIA*, but “releases” the debtor from such claims: see, on this point, *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424 (H.C.J.), at pp. 438-39; and *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274 (Ont. S.C.J.), at para. 15. As is clear from the words of s. 178(2) *BIA*, the discharge operates to release the bankrupt from all claims provable in bankruptcy. For creditors, the discharge means that they “cease to be able to enforce claims against the bankrupt that are provable in bankruptcy” (L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 3, at p. 6-283).

[22] During oral argument, Mr. Klotz, counsel for the appellant, urged the Court to view the equalization claim as a “hybrid claim”. Thus, where an equalization claim gives a former spouse a right to a monetary payment, it is a provable claim and the bankrupt will be released from it upon being discharged, but because of the proprietary remedy

de l'Ontario a adopté récemment ce raisonnement dans *Thibodeau c. Thibodeau*, 2011 ONCA 110, 104 O.R. (3d) 161. Je souscris aux remarques suivantes, formulées par le juge Blair :

[TRADUCTION] Les conjoints qui se séparent n'ont pas droit au partage des biens. Ils ont plutôt droit (en règle générale) à la moitié de la *valeur* des biens accumulés au cours du mariage. Le législateur a choisi un *paiement* de compensation comme solution par défaut. Sur le plan de la faillite, les créanciers non garantis sont traités à égalité et les avoirs du failli sont répartis également entre eux, sous réserve du régime établi par l'art. 136 de la *LFI*. Le législateur n'a accordé aucune priorité ni aucun statut garanti à une réclamation au titre de la compensation. Bien qu'il ait récemment décidé de modifier la *LFI* pour accorder priorité à certaines dettes ou obligations découlant d'une réclamation alimentaire, il n'a édicté aucune disposition à l'égard des réclamations au titre de la compensation relative aux biens familiaux. [Je souligne; par. 37.]

[21] Ma seule réserve à l'égard de la décision de la Cour d'appel concerne le fait qu'elle a écrit à plusieurs reprises que l'application du par. 178(2) de la *LFI* avait [TRADUCTION] « éteint » la réclamation au titre de la compensation. Soit dit en toute déférence, cette disposition n'a pas pour objet d'éteindre les réclamations prouvables en matière de faillite au sens de l'art. 121 de la *LFI*, mais « libère » le débiteur de ces réclamations : voir à ce sujet *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424 (H.C.J.), p. 438-439; et *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274 (C.S.J. Ont.), par. 15. Le libellé du par. 178(2) de la *LFI* énonce clairement que l'ordonnance de libération libère le failli de toutes les réclamations prouvables en matière de faillite. Pour leur part, les créanciers [TRADUCTION] « cessent de pouvoir faire valoir contre le failli leurs réclamations prouvables en matière de faillite » (L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, p. 6-283).

[22] Durant sa plaidoirie, M<sup>e</sup> Klotz, l'avocat de l'appelante, a exhorté la Cour à voir la réclamation au titre de la compensation comme une « réclamation hybride ». Selon cette thèse, dans la mesure où la réclamation au titre de la compensation donne à un ex-conjoint le droit au paiement d'une somme d'argent, elle constituerait une réclamation

attached to it pursuant to s. 17 *FPA*, the equalization claim is also a proprietary claim and will therefore survive the bankruptcy process.

[23] This submission cannot be accepted for two reasons. First, it alters the role of s. 17 *FPA*. As I mentioned above, that section provides a mechanism for ensuring that the equalization payment is made. Although the mechanism does include, under ss. 17(b) or (c) *FPA*, the possibility of having assets transferred to a former spouse to satisfy the amount found to be payable by the other spouse, this does not change the fact that no property interest arises unless and until the parties agree to, or the family court — upon an application — orders, such a transfer. In the circumstances of this case, I need not consider a possible argument that, even after the debtor has been released from a claim in a bankruptcy proceeding, it would remain within the discretion of the family court to order a transfer of exempt assets. Such an argument could raise important issues and difficulties that have not been explored or argued and on which I do not intend to comment further.

[24] Second, the “hybrid claim” argument, if accepted, would in substance bring equalization provinces into line with division provinces and would in essence conflate the equalization and division of property models. By adopting a novel interpretation of s. 17 *FPA*, this Court would interfere with the Manitoba legislature’s policy choice not to give a former spouse a proprietary interest in the family property. This Court must give effect to this clear legislative intent, not read it out of the *FPA*.

[25] I do not doubt that an outcome like the one in this appeal looks unfair, given that the appellant’s

prouvable dont le failli est libéré par l’ordonnance de libération. Toutefois, compte tenu de la réparation de nature propriétaire dont elle est assortie suivant l’art. 17 de la *LBF*, la réclamation au titre de la compensation serait aussi une réclamation de nature propriétaire qui survit au processus de faillite.

[23] On ne saurait retenir cet argument pour deux raisons. Premièrement, il modifie le rôle de l’art. 17 de la *LBF*. Comme je l’ai déjà mentionné, cet article prévoit un mécanisme visant à ce que la compensation soit effectivement payée. Bien que ce mécanisme permette notamment, en application des al. 17b) ou c) de la *LBF*, la cession d’éléments d’actif à un ex-conjoint en règlement du montant qui lui est payable par l’autre conjoint, cela ne change rien au fait qu’aucun intérêt propriétaire n’est conféré avant que, le cas échéant, les parties concluent une convention en ce sens ou le tribunal de la famille, sur présentation d’une requête, rende une ordonnance à cet effet. En l’espèce, il n’est pas nécessaire que j’examine un éventuel argument selon lequel, même après que le débiteur a été libéré d’une réclamation dans une procédure de faillite, le tribunal de la famille conserverait le pouvoir discrétionnaire d’ordonner le transfert d’éléments d’actif exclus. Pareil argument pourrait soulever d’importantes questions et difficultés qui n’ont pas été étudiées ni plaidées et à l’égard desquelles je ne dirai rien de plus.

[24] Deuxièmement, s’il est retenu, l’argument relatif à la « réclamation hybride » placerait en fait les provinces qui ont adopté un régime de compensation sur le même pied que celles qui ont opté pour un régime de partage des biens et confondrait essentiellement ces deux types de régimes. En donnant une interprétation nouvelle de l’art. 17 de la *LBF*, la Cour s’immiscerait dans le choix politique de la législature manitobaine de ne pas accorder aux ex-conjoints un intérêt propriétaire dans les biens familiaux. La Cour doit donner effet à cette intention claire du législateur, et non l’écarter en interprétant la *LBF*.

[25] Je ne doute pas qu’un résultat comme celui obtenu en l’espèce semble inéquitable, puisque la



equalization claim was based primarily on the value of an asset — the farm property — which was exempt from bankruptcy and therefore not accessible to other creditors. None of the policies underlying the *BIA* require that the appellant emerge from the marriage with no substantial assets. Parliament could amend the *BIA* in respect of the effect of a bankrupt's discharge on equalization claims and exempt assets. But the absence of such an amendment makes the outcome of this case unavoidable. The only way Ms. Schreyer could have avoided it would have been to obtain an order from the bankruptcy court lifting the stay of proceedings imposed by operation of s. 69.3 *BIA* so that she could seek a proprietary remedy under s. 17 *FPA*. As will be discussed below, however, the circumstances were such that Ms. Schreyer did not pursue these recourses.

#### E. *What Is a Provable Claim?*

[26] Section 121 *BIA* contains a broad definition of a provable claim, which includes all debts and liabilities that exist at the time of the bankruptcy or that arise out of obligations incurred before the day the debtor went into bankruptcy. Thus, s. 121 provides that “[a]ll debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt” are deemed to be provable claims. According to s. 121(2), the trustee must apply s. 135 *BIA* to determine whether contingent or unliquidated claims are provable. If the debt exists and can be liquidated, if the underlying obligation exists as of the date of bankruptcy and if no exemption applies, the claim will be deemed to be provable.

[27] The date of the bankruptcy is of critical importance. If the equalization claim was liquidated before the bankruptcy, there is no doubt that the claim is provable. If it was still unliquidated as of the date of the bankruptcy, the issue becomes

réclamation au titre de la compensation de l'appelante était principalement fondée sur la valeur d'un élément d'actif — la ferme — exclu de la faillite, auquel les autres créanciers n'avaient donc pas accès. Aucun des principes qui sous-tendent la *LFI* n'exige que l'appelante se retrouve, après la rupture du mariage, privée de tout élément d'actif substantiel. Le législateur pourrait modifier la *LFI* en ce qui a trait à l'effet de la libération d'un failli sur les réclamations au titre de la compensation et sur les éléments d'actif exclus. En l'absence d'une telle modification, l'issue de l'affaire s'avère toutefois inéluctable. Pour y échapper, M<sup>me</sup> Schreyer aurait dû obtenir du tribunal de faillite une ordonnance levant la suspension des procédures survenue en application de l'art. 69.3 de la *LFI*, afin de pouvoir demander une réparation de nature propriétaire en vertu de l'art. 17 de la *LBF*. Or, comme nous le verrons plus loin, les circonstances ont fait que M<sup>me</sup> Schreyer n'a pas emprunté cette voie.

#### E. *Qu'est-ce qu'une réclamation prouvable?*

[26] L'article 121 de la *LFI* attribue une grande portée à la définition d'une réclamation prouvable, de façon à englober toutes les créances et tous les engagements existants au moment de la faillite ou découlant d'obligations contractées avant la date à laquelle le débiteur est devenu failli. Aux termes de l'art. 121, « [t]outes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date », sont réputés des réclamations prouvables. Suivant le par. 121(2), le syndic décide, conformément à l'art. 135 de la *LFI*, si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable. Si la créance existe déjà et peut être liquidée, si l'obligation sous-jacente existe à la date de la faillite et si aucune exemption ne s'applique, la réclamation sera réputée prouvable.

[27] La date de la faillite revêt une importance cruciale. Il ne fait aucun doute qu'une réclamation au titre de la compensation liquidée avant la faillite constitue une réclamation prouvable. Si la réclamation au titre de la compensation n'était pas

whether it remained too uncertain to allow the trustee to value it under s. 135 *BIA*. In the instant case, given the nature of Manitoba's equalization scheme, I consider the claim to have been provable. The *FPA* establishes a principle of equality between spouses. The accounting of assets and liabilities under s. 15 *FPA* leads to an equal division, subject to a limited judicial discretion under s. 14 to depart from the formula provided for in s. 15. A right to payment existed in this case from the time of separation of the spouses, and hence existed at the time of the bankruptcy. All that remained was to determine the quantum by applying a clear formula that left little scope for judicial discretion. In such circumstances, the claim could not be considered so uncertain that s. 135 *BIA* could not apply. On the contrary, the appellant's claim, which had arisen before the bankruptcy and was determinable under the *FPA*, was provable (Klotz, at pp. 5-3 to 5-5 and 5-9).

[28] The situation in this case differs from the one the Court considered in *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259. In that case, the Court held that a claim for a compensatory allowance under Quebec family law after the breakdown of a marriage was not provable in bankruptcy and that the debtor was not released from it upon being discharged. Unlike in Manitoba, Quebec's compensatory allowance scheme established a particular mechanism for compensation for unjust enrichment that gave the judge a broad discretion. In Quebec, unlike under the *FPA*, a right to a compensatory allowance does not flow directly from the breakdown of a marriage. The right arises solely from the judgment rendered in the circumstances and for the reasons set out in what is now art. 427 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Thus, no claim for a compensatory allowance would be provable in bankruptcy before a judgment granting such an allowance was rendered. Moreover, in *Lacroix*, the legislation establishing the compensatory allowance scheme had come into force after the bankruptcy. Given

liquidée à la date de la faillite, il faut se demander si elle demeure trop incertaine pour que le syndic puisse l'évaluer en vertu de l'art. 135 de la *LFI*. Vu la nature du régime de compensation manitobain, j'estime que la réclamation de l'appelante constituait une réclamation prouvable. La *LBF* établit le principe de l'égalité entre les conjoints. La reddition de comptes effectuée relativement à l'actif et au passif sous le régime de l'art. 15 de la *LBF* mène à un partage égal, sous réserve du pouvoir discrétionnaire limité que l'art. 14 confère au tribunal de modifier la formule établie à l'art. 15. Le droit à un paiement existait en l'espèce depuis la séparation des conjoints, de sorte qu'il existait au moment de la faillite. Il restait seulement à en établir le montant en appliquant une formule claire qui laissait peu de latitude au tribunal pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Dans les circonstances, la réclamation ne pouvait être considérée comme suffisamment incertaine pour que l'art. 135 de la *LFI* ne trouve pas application. Au contraire, la réclamation de l'appelante, qui avait pris naissance avant la faillite et dont le montant pouvait être établi conformément à la *LBF*, constituait une réclamation prouvable (Klotz, p. 5-3 à 5-5 et 5-9).

[28] La situation en l'espèce diffère de celle que notre Cour a analysée dans *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une demande de prestation compensatoire déposée après la rupture d'un mariage sous le régime du droit de la famille québécois ne constituait pas une réclamation prouvable en matière de faillite et que le débiteur n'en était pas libéré par son ordonnance de libération. Contrairement au régime manitobain, le régime de prestation compensatoire du Québec a instauré un mécanisme particulier de compensation en cas d'enrichissement injustifié, conférant un vaste pouvoir discrétionnaire au juge. Au Québec, le droit à une prestation compensatoire ne découle pas directement de la rupture du mariage, comme c'est le cas sous le régime de la *LBF*. Il procède uniquement du jugement rendu dans les circonstances et pour les motifs mentionnés dans la disposition qui se trouve maintenant à l'art. 427 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Une réclamation au titre de la prestation compensatoire ne pourrait donc pas constituer une réclamation prouvable en

these circumstances, that case should not be interpreted as establishing that unliquidated claims under the equalization schemes of the common law provinces are not provable in bankruptcy.

[29] In the instant case, the appellant's claim is not a proprietary claim. It was provable under ss. 121 and 135 *BIA*. It was not exempt from the effect of a discharge as a claim for support or maintenance under ss. 178(1)(b) and (c). The bankruptcy and discharge had the effect of releasing the respondent from it. The *BIA* and the possible remedies create an exception that applies solely to alimony or support. Although it is of equal importance, a claim under an equalization of property scheme cannot be considered to constitute support (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at pp. 291-92).

[30] I will now consider whether the farm's status as property exempt from execution and the respondent's failure to list the appellant as a creditor in the bankruptcy have any impact on the legal status of the equalization claim.

#### F. *Status of the Family Farm as an Exempt Property*

[31] Under s. 13 of Manitoba's *The Judgments Act*, C.C.S.M. c. J10, the Schreyers' family farm was exempt from execution by creditors. But the appellant, as a spouse, would have been entitled to pursue the enforcement of her equalization claim against the exempt property, as we shall see. This property lay out of the reach of the trustee in bankruptcy, who could not dispose of it on behalf of the bankrupt's estate in order to distribute it to his creditors.

[32] In such circumstances, the appropriate remedy for a creditor like the appellant would be to apply to the bankruptcy judge under s. 69.4

matière de faillite avant le prononcé d'un jugement qui l'accorde. Qui plus est, dans l'affaire *Lacroix*, la loi instaurant le régime de prestation compensatoire était entrée en vigueur après la faillite. Par conséquent, il ne faut pas interpréter cet arrêt comme statuant que les réclamations non liquidées prévues par les régimes de compensation des provinces de common law ne sont pas des réclamations prouvables en matière de faillite.

[29] La réclamation au titre de la compensation de l'appelante n'est pas de nature propriétaire. Il s'agissait d'une réclamation prouvable suivant les art. 121 et 135 de la *LFI*. Contrairement à une pension ou obligation alimentaire visée aux al. 178(1)(b) et c), la réclamation de l'appelante n'était pas exclue de l'ordonnance de libération. L'intimé en a été libéré par suite de sa faillite et de sa libération. La *LFI* et les recours possibles créent une exception qui s'applique uniquement aux aliments. Malgré son importance aussi grande, une réclamation en vertu d'un régime de compensation ne peut être assimilée à des aliments (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 291-292).

[30] Je déterminerai maintenant si l'insaisissabilité de la ferme et l'omission de l'intimé d'inscrire l'appelante à la liste des créanciers lors de la faillite ont une incidence quelconque sur le statut juridique de la réclamation au titre de la compensation.

#### F. *L'insaisissabilité de la ferme familiale*

[31] Selon l'article 13 de la *Loi sur les jugements* du Manitoba, C.P.L.M., ch. J10, les créanciers ne pouvaient pas saisir la ferme des Schreyer, mais, comme nous le verrons, l'appelante aurait eu le droit, à titre de conjointe, de prendre des mesures contre le bien insaisissable pour le règlement de sa réclamation au titre de la compensation. Ce bien échappait à la portée du syndic de faillite, qui ne pouvait pas en disposer au profit de l'actif du failli en vue de son partage entre les créanciers.

[32] En pareilles circonstances, le recours que devrait exercer un créancier comme l'appelante consiste à demander au tribunal de faillite, en vertu

*BIA* for leave to pursue a claim against the exempt property. Since this property is beyond the reach of the ordinary creditors, lifting the stay of proceedings cannot prejudice the estate assets available for distribution. In keeping with the wording of s. 69.4(b) *BIA*, this is why it would be “equitable on other grounds” to make such an order. This procedure would also accord with the policy objective of bankruptcy law of maximizing, under the *BIA*, returns to the family unit as a whole rather than focussing on the needs of the bankrupt: see, on this point, *Hildebrand v. Hildebrand* (1999), 13 C.B.R. (4th) 226 (Man. Q.B.), at para. 15; and, generally, on Parliament’s concern for the support of families, *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765, at pp. 800-801.

[33] After the stay was lifted, the appellant would then have been able to ask the family court to attribute a proprietary interest in the family farm to her in satisfaction of her equalization claim. Such an interest would not have been affected by the bankruptcy. The problem, however, is that the appellant asserts that she was unable to pursue this remedy because Mr. Schreyer had failed to disclose the equalization claim in the statement of affairs he submitted to the trustee upon his assignment into bankruptcy. As a result, the appellant claims, she learned of the existence of the bankruptcy only after the respondent had been discharged.

[34] The appellant now seeks a remedy based on the respondent’s failure to list her as a creditor at the time of the bankruptcy. In substance, she argues that because of that failure, which was a breach of the statutory duties of a bankrupt debtor, she should be allowed to disregard her husband’s discharge and to pursue her claim against the family farm, which is an exempt property for the purposes of the *BIA*. In this respect, s. 178(1)(f) *BIA* appears to provide the creditor with only a limited remedy (Wood, at pp. 294-95). Parliament did not intend that every omission from a list of creditors would deprive the discharge of its effect. Parliament realized that many such omissions may be accidental omissions

de l’art. 69.4 de la *LFI*, l’autorisation de faire valoir sa réclamation contre le bien insaisissable. Comme ce bien demeure hors de la portée des créanciers ordinaires, la levée de la suspension des procédures ne peut porter atteinte à l’actif qui sera distribué. Pour reprendre les termes de l’art. 69.4 de la *LFI*, c’est la raison pour laquelle il serait, « pour d’autres motifs, équitable » de prononcer pareille ordonnance. Cette façon de faire s’accorde en outre avec l’objectif du droit de la faillite qui consiste à maximiser, sous le régime de la *LFI*, la valeur recouvrée par la cellule familiale dans son ensemble, plutôt que de pourvoir simplement aux besoins du failli : voir, à ce sujet, *Hildebrand c. Hildebrand* (1999), 13 C.B.R. (4th) 226 (B.R. Man.), par. 15; et, en général, sur la préoccupation du législateur pour le soutien aux familles, *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765, p. 800-801.

[33] Une fois la suspension des procédures levée, l’appelante aurait ainsi pu demander au tribunal de la famille de lui accorder un intérêt propriétaire dans la ferme familiale en règlement de sa réclamation au titre de la compensation. La faillite n’aurait pas eu d’incidence sur un tel intérêt. Le problème, toutefois, tient à ce que l’appelante affirme en l’espèce qu’elle ne pouvait pas exercer ce recours parce que M. Schreyer n’a pas déclaré sa réclamation au titre de la compensation dans le bilan qu’il a soumis au syndic lors de la cession de ses biens en faillite. En conséquence, l’appelante soutient n’avoir appris l’existence de la faillite qu’après la libération de l’intimé.

[34] L’appelante sollicite maintenant une réparation en raison de l’omission de l’intimé de l’inscrire à la liste des créanciers au moment où il a fait faillite. Elle soutient essentiellement que, en raison de cette omission qui constitue un manquement aux obligations légales d’un débiteur failli, elle devrait pouvoir passer outre à la libération de son mari et faire valoir sa réclamation contre la ferme familiale, qui est un bien exclu de l’application de la *LFI*. Sur ce point, l’al. 178(1)(f) de la *LFI* n’offre apparemment qu’un recours limité au créancier (Wood, p. 294-295). Le législateur ne voulait pas que chaque omission d’inscrire un nom à la liste des créanciers prive la libération de ses effets. Il

or administrative oversights. It thus chose a more limited remedy that enables a creditor to claim a dividend he or she did not receive. In the case of a failure to list a creditor, a discharged bankrupt may be sued, but only for the amount of the dividend the creditor would otherwise have received. In the case at bar, this remedy would have been irrelevant, because no dividend was paid to Mr. Schreyer's creditors. I note that it has not been alleged that the failure to disclose was fraudulent, which might have brought into play another exception to the effect of the discharge, that of fraud under s. 178(1)(d) *BIA*.

[35] The alternative remedies appear to be complex, and fraught with difficulties. The obstacle to any course of action contemplated by a creditor in Ms. Schreyer's position is the discharge of the bankrupt. It is true that any order made by the court in exercising its bankruptcy jurisdiction, including an order of discharge, can be reviewed, rescinded or varied under s. 187(5) *BIA*. In theory at least, the appellant might file a motion for suspension of the discharge on the basis of misconduct on the respondent's part, particularly in view of the fact that he failed to notify her of his assignment into bankruptcy. If the discharge were suspended, the appellant could then seek leave from the bankruptcy court to pursue her equalization claim, which would be revived by the suspension, against the exempt property. She could ask the family court to grant her a proprietary interest in the family farm in satisfaction of her equalization claim.

[36] It would be hazardous here to try to determine whether the theory translates well into practice. Would the circumstances of this case be sufficient to justify suspending the discharge? Would such a remedy be available under s. 187(5) *BIA*? In such matters, judges must exercise a broad discretion, but they must also bear in mind the

a reconnu que bon nombre des omissions peuvent être involontaires ou imputables à des erreurs administratives. Le législateur a donc opté pour un recours restreint permettant au créancier de réclamer le dividende qu'il n'a pas reçu. Il est possible de poursuivre en justice un failli libéré qui n'a pas déclaré un créancier, mais seulement pour le montant du dividende que ce créancier aurait autrement reçu. Ce recours aurait été vain en l'espèce, car aucun dividende n'a été versé aux créanciers de M. Schreyer. Je signale qu'il n'a pas été allégué que l'omission de communiquer le nom d'un créancier était de nature frauduleuse, ce qui aurait peut-être pu faire intervenir une autre exception, applicable en cas de fraude, établie à l'al. 178(1)(d) de la *LFI*.

[35] Les autres recours possibles semblent complexes et semés d'embûches. La libération du failli fait obstacle à toute solution envisagée par un créancier se trouvant dans la même situation que M<sup>me</sup> Schreyer. Certes, il est possible de faire réviser, rescinder ou modifier toute ordonnance rendue par le tribunal dans l'exercice de sa compétence en matière de faillite, y compris une ordonnance de libération, en vertu du par. 187(5) de la *LFI*. L'appelante pourrait peut-être, du moins en théorie, déposer une requête en suspension de la libération fondée sur la conduite répréhensible de l'intimé, plus particulièrement en raison de son omission de l'aviser de la cession de ses biens. Si la libération était suspendue, l'appelante pourrait demander à la cour compétente en matière de faillite l'autorisation de faire valoir, contre le bien exclu de la faillite, sa réclamation au titre de la compensation alors réactivée par la suspension. Elle pourrait ainsi demander au tribunal de la famille de lui accorder un intérêt propriétaire dans la ferme familiale en règlement de sa réclamation au titre de la compensation.

[36] En l'occurrence, il serait hasardeux de tenter de déterminer si le passage de la théorie à la pratique serait réussi. Les faits suffiraient-ils à justifier une suspension de la libération? Une telle réparation pourrait-elle être accordée en vertu du par. 187(5) de la *LFI*? En ces matières, les juges doivent exercer un large pouvoir discrétionnaire, mais ils

underlying policies of the *BIA*. Several years have gone by since the discharge. Would it be appropriate to review it now? What might be the condition of the property itself, which was heavily mortgaged at the time of separation of the parties? Given that the appellant has not taken this approach, I will refrain from expressing any view about the practicality or the soundness of following such a procedure in this case. Nevertheless, it bears mentioning that any interpretation of the scope of the bankruptcy court's discretion under s. 187(5) *BIA* must be consistent with the policies underlying the provisions that specifically set out the circumstances in which a court may suspend or annul a discharge or grant a conditional discharge. It should be noted that s. 187(5) *BIA* is a residual section that applies to all orders made by the bankruptcy court. As such, it serves to complement the more specific provisions of the *BIA*, not to create an exception to them.

[37] In its current form, therefore, the *BIA* offers limited remedies to spouses in the appellant's position. In this regard, family law may provide them with a safer harbour after the bankrupt has been discharged, more particularly through spousal support. The record in this case does not disclose whether a support order has been made, and the issue of whether support should be granted or varied is not before this Court. The appropriateness of awarding or varying spousal support and the quantum of support are matters that fall within the discretion of the family court. If a support order were made in a case like this one, the court might well aim to mitigate the inequities arising from the bankruptcy, such as the release of the debtor spouse from an equalization claim or the retention by the debtor spouse of an exempt asset (see *Turgeon v. Turgeon*, [1997] O.J. No. 4269 (QL) (Gen. Div.); and *Sim v. Sim* (2009), 50 C.B.R. (5th) 295 (Ont. S.C.J.)). Such determinations must be made on a case-by-case basis.

doivent aussi tenir compte des principes qui sous-tendent la *LFI*. Plusieurs années se sont écoulées depuis la libération. Serait-il indiqué de la réviser aujourd'hui? Dans quel état se trouverait le bien, lourdement hypothéqué lorsque les parties se sont séparées? L'appelante n'ayant pas emprunté cette voie, je m'abstiendrai d'exprimer quelque opinion que ce soit sur l'utilité et le bien-fondé d'une telle demande en l'espèce. J'estime toutefois opportun de mentionner que, pour déterminer la portée des pouvoirs discrétionnaires conférés au tribunal de la faillite par le par. 187(5) de la *LFI*, il faut en donner une interprétation compatible avec les principes qui sous-tendent les dispositions précisant dans quelles situations une ordonnance de libération peut être suspendue, annulée ou assortie de conditions. Il faut se rappeler que le par. 187(5) de la *LFI* est une disposition résiduelle qui s'applique à toutes les ordonnances rendues par le tribunal de faillite. À ce titre, il sert à compléter les dispositions plus spécifiques de la *LFI*, et non à créer une exception à leur application.

[37] Le régime actuel établi par la *LFI* offre donc des recours limités aux conjoints qui se trouvent dans une situation semblable à celle de l'appelante. Le droit de la famille leur offre peut-être une meilleure protection après la libération du failli, plus particulièrement grâce à une pension alimentaire pour conjoint. Le présent dossier ne révèle pas si une ordonnance de pension alimentaire a été rendue et la question de savoir si une telle ordonnance devrait être rendue ou modifiée n'a pas été soumise à la Cour. L'opportunité d'ordonner le paiement d'une pension alimentaire ou de la modifier et le montant d'une telle pension relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal de la famille. Une ordonnance de pension alimentaire dans un cas comme celui-ci pourrait vraisemblablement servir à atténuer les effets inéquitables de la faillite, comme le fait que le conjoint débiteur soit libéré de la réclamation au titre de la compensation ou conserve un bien exclu de la faillite (voir *Turgeon c. Turgeon*, [1997] O.J. No. 4269 (QL) (Div. gén.); et *Sim c. Sim* (2009), 50 C.B.R. (5th) 295 (C.S.J. Ont.)). Pareilles décisions doivent être rendues au cas par cas.

[38] However, the possibility of mitigating the consequences of this litigation by means of a decision with respect to spousal support should not overshadow the problems created by the failure in the *BIA* to differentiate between equalization schemes and division of property schemes. The best way to address the potentially inequitable impact of bankruptcy law on the division of family assets would be to amend the *BIA*: see, on this point, *Shea v. Fraser*, 2007 ONCA 224, 85 O.R. (3d) 28, at para. 48. Over the last two decades, Parliament has made positive steps in amending the *BIA* to address the economic effects of divorce when those effects are compounded by insolvency, and the role of such situations in the “feminization of poverty” (M. J. Bray, “To Whom the Swords, for Whom the Shields? The Feminization of Poverty in Canadian Insolvency Practice”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2008* (2009), 455).

[39] Before 1997, claims for support or alimony were not expressly provable under the *BIA*, potentially giving spouses no access to the bankrupt’s estate. After the 1997 amendments (S.C. 1997, c. 12), s. 121(4) *BIA* was added to specifically provide that these claims were provable. They remained unaffected by a discharge pursuant to ss. 178(1)(b) and (c) *BIA*. Parliament has also shown a willingness to give spouses limited priority over unsecured creditors for support payments that accrued before the bankruptcy (s. 136(d.1) *BIA*). Further amendments to address the issue of the division of matrimonial property have also been considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. In its report released in November 2003 (*Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act*), the Committee took the view that inequities like the one perceived to exist in the case at bar required “prompt resolution” (p. 85). To this end, it recommended that the *BIA* be amended to provide that “bankruptcy does not stay or release any claim for equalization or division against exempt assets under provincial/territorial legislation regarding

[38] La possibilité d’atténuer les conséquences du présent litige au moyen d’une pension alimentaire ne doit cependant pas occulter les problèmes dus à l’absence de distinction, dans la *LFI*, entre les régimes de compensation et les régimes de partage des biens. Modifier la *LFI* demeure la meilleure solution pour remédier aux conséquences injustes que le droit de la faillite pourrait avoir sur le partage des biens familiaux : voir, à ce sujet, *Shea c. Fraser*, 2007 ONCA 224, 85 O.R. (3d) 28, par. 48. Au cours des vingt dernières années, le législateur a pris des mesures concrètes, en modifiant la *LFI*, pour remédier aux effets économiques du divorce combiné à l’insolvabilité et en atténuer le rôle dans la [TRADUCTION] « féminisation de la pauvreté » (M. J. Bray, « To Whom the Swords, for Whom the Shields? The Feminization of Poverty in Canadian Insolvency Practice », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2008* (2009), 455).

[39] Avant 1997, les réclamations alimentaires ne constituaient pas expressément des réclamations prouvables au sens de la *LFI*, de sorte que l’actif du failli pouvait demeurer hors de la portée de son conjoint. Depuis les modifications apportées en 1997 (L.C. 1997, ch. 12), le nouveau par. 121(4) de la *LFI* prévoit expressément que ces réclamations constituent des réclamations prouvables. Elles survivent à l’ordonnance de libération par application des al. 178(1)(b) et c) de la *LFI*. Le législateur a aussi manifesté sa volonté d’accorder aux conjoints une priorité limitée sur les créanciers non garantis relativement aux sommes payables au titre d’une pension alimentaire qui se sont accumulées avant la faillite (al. 136d.1) de la *LFI*). Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a aussi examiné d’autres modifications relatives au partage des biens familiaux. Dans son rapport publié en novembre 2003 (*Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*), le Comité s’est dit d’avis que les injustices comme celle qui semble s’être produite en l’espèce exigent « une résolution rapide » (p. 96). Il a recommandé à cette fin que la *LFI* soit modifiée de sorte que

equalization and/or the division of marital property” (p. 86).

[40] More than seven years have elapsed since the Committee issued its report. It seems to me that this matter is ripe for legislative attention so as to ensure that the principles of bankruptcy law and family law are compatible rather than being at cross-purposes.

[41] However, until such legislative changes are made, creditor spouses should be alive not only to the pitfalls of the *BIA*, but also to the importance of the remedies available under it in such situations. In the case at bar, however, given the nature and the state of the proceedings now before this Court, I am of the view that the Court of Appeal made no errors and that the specific remedies sought by the appellant may not be granted.

[42] I agree with the respondent that the unjust enrichment claim and the request for imposition of a constructive trust should fail. The issue was not properly raised at first instance, and no evidence was adduced on this issue.

## V. Conclusion

[43] For these reasons, I would dismiss the appeal, but in light of the particular circumstances of this case, I would not award costs.

## APPENDIX

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3

### PROPERTY OF THE BANKRUPT

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person;

« la faillite ne suspende ni n'éteigne de réclamation au titre de l'égalisation ou de la division de l'actif exempté en vertu des lois provinciales ou territoriales pertinentes » (p. 96).

[40] Plus de sept années se sont écoulées depuis la production du rapport du Comité. Le temps est venu pour le législateur d'intervenir et de veiller à assurer l'harmonie et éviter les contradictions entre le droit de la faillite et le droit de la famille.

[41] En attendant que le législateur modifie la loi, les conjoints créanciers doivent être conscients non seulement des pièges que comporte la *LFI*, mais aussi de l'importance des voies de droit qu'elle offre en pareilles situations. Dans le présent dossier, toutefois, vu la nature et le stade de l'instance dont la Cour est saisie, je suis d'avis que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur et qu'on ne peut pas accorder à l'appelante les réparations particulières qu'elle sollicite.

[42] Je suis d'accord avec l'intimé qu'il faut rejeter la réclamation fondée sur l'enrichissement injustifié et la demande d'imposition d'une fiducie par interprétation. La question n'a pas été évoquée comme il se doit en première instance, et aucune preuve n'a été produite à ce sujet.

## V. Conclusion

[43] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais sans dépens, vu les circonstances particulières de l'espèce.

## ANNEXE

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3

### BIENS DU FAILLI

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;



(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides;

. . .

### *Stay of Proceedings*

. . .

**69.3** (1) Subject to subsections (1.1) and (2) and sections 69.4 and 69.5, on the bankruptcy of any debtor, no creditor has any remedy against the debtor or the debtor's property, or shall commence or continue any action, execution or other proceedings, for the recovery of a claim provable in bankruptcy.

(1.1) Subsection (1) ceases to apply in respect of a creditor on the day on which the trustee is discharged.

. . .

**69.4** A creditor who is affected by the operation of sections 69 to 69.31 or any other person affected by the operation of section 69.31 may apply to the court for a declaration that those sections no longer operate in respect of that creditor or person, and the court may make such a declaration, subject to any qualifications that the court considers proper, if it is satisfied

(a) that the creditor or person is likely to be materially prejudiced by the continued operation of those sections; or

(b) that it is equitable on other grounds to make such a declaration.

### *Claims Provable*

**121.** (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

(3) A creditor may prove a debt not payable at the date of the bankruptcy and may receive dividends equally with the other creditors, deducting only thereout

(b) les biens qui, selon le droit applicable dans la province dans laquelle ils sont situés et où réside le failli, ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution ou de saisie contre celui-ci;

. . .

### *Suspension des procédures*

. . .

**69.3** (1) Sous réserve des paragraphes (1.1) et (2) et des articles 69.4 et 69.5, à compter de la faillite du débiteur, ses créanciers n'ont aucun recours contre lui ou contre ses biens et ils ne peuvent intenter ou continuer aucune action, mesure d'exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite.

(1.1) Le paragraphe (1) cesse de s'appliquer à tout créancier le jour de la libération du syndic.

. . .

**69.4** Tout créancier touché par l'application des articles 69 à 69.31 ou toute personne touchée par celle de l'article 69.31 peut demander au tribunal de déclarer que ces articles ne lui sont plus applicables. Le tribunal peut, avec les réserves qu'il estime indiquées, donner suite à la demande s'il est convaincu que la continuation d'application des articles en question lui causera vraisemblablement un préjudice sérieux ou encore qu'il serait, pour d'autres motifs, équitable de rendre pareille décision.

### *Réclamations prouvables*

**121.** (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l'article 135.

(3) Un créancier peut établir la preuve d'une créance qui n'est pas échue à la date de la faillite, et recevoir des dividendes tout comme les autres créanciers, en

a rebate of interest at the rate of five per cent per annum computed from the declaration of a dividend to the time when the debt would have become payable according to the terms on which it was contracted.

(4) A claim in respect of a debt or liability referred to in paragraph 178(1)(b) or (c) payable under an order or agreement made before the date of the initial bankruptcy event in respect of the bankrupt and at a time when the spouse, former spouse, former common-law partner or child was living apart from the bankrupt, whether the order or agreement provides for periodic amounts or lump sum amounts, is a claim provable under this Act.

*Admission and Disallowance of Proofs of  
Claim and Proofs of Security*

**135.** (1) The trustee shall examine every proof of claim or proof of security and the grounds therefor and may require further evidence in support of the claim or security.

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

(2) The trustee may disallow, in whole or in part,

(a) any claim;

(b) any right to a priority under the applicable order of priority set out in this Act; or

(c) any security.

(3) Where the trustee makes a determination under subsection (1.1) or, pursuant to subsection (2), disallows, in whole or in part, any claim, any right to a priority or any security, the trustee shall forthwith provide, in the prescribed manner, to the person whose claim was subject to a determination under subsection (1.1) or whose claim, right to a priority or security was disallowed under subsection (2), a notice in the prescribed form setting out the reasons for the determination or disallowance.

(4) A determination under subsection (1.1) or a disallowance referred to in subsection (2) is final and conclusive unless, within a thirty day period after the service of the notice referred to in subsection (3) or such further time as the court may on application made within that period allow, the person to whom the notice was provided appeals from the trustee's decision to the court in accordance with the General Rules.

en déduisant seulement un rabais d'intérêt au taux de cinq pour cent par an calculé à compter de la déclaration d'un dividende jusqu'à la date où la créance devait échoir selon les conditions auxquelles elle a été contractée.

(4) Constitue une réclamation prouvable la réclamation pour une dette ou une obligation mentionnée aux alinéas 178(1)b) ou c) découlant d'une ordonnance judiciaire rendue ou d'une entente conclue avant l'ouverture de la faillite et à un moment où l'époux, l'ex-époux ou ancien conjoint de fait ou l'enfant ne vivait pas avec le failli, que l'ordonnance ou l'entente prévoit une somme forfaitaire ou payable périodiquement.

*Admission et rejet des preuves de  
réclamation et de garantie*

**135.** (1) Le syndic examine chaque preuve de réclamation ou de garantie produite, ainsi que leurs motifs, et il peut exiger de nouveaux témoignages à l'appui.

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l'évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l'évaluation.

(2) Le syndic peut rejeter, en tout ou en partie, toute réclamation, tout droit à un rang prioritaire dans l'ordre de collocation applicable prévu par la présente loi ou toute garantie.

(3) S'il décide qu'une réclamation est prouvable ou s'il rejette, en tout ou en partie, une réclamation, un droit à un rang prioritaire ou une garantie, le syndic en donne sans délai, de la manière prescrite, un avis motivé, en la forme prescrite, à l'intéressé.

(4) La décision et le rejet sont définitifs et péremptoirs, à moins que, dans les trente jours suivant la signification de l'avis, ou dans tel autre délai que le tribunal peut accorder, sur demande présentée dans les mêmes trente jours, le destinataire de l'avis n'interjette appel devant le tribunal, conformément aux Règles générales, de la décision du syndic.

(5) The court may expunge or reduce a proof of claim or a proof of security on the application of a creditor or of the debtor if the trustee declines to interfere in the matter.

*Duties of Bankrupts*

**158.** A bankrupt shall

. . .

(d) within five days following the bankruptcy, unless the time is extended by the official receiver, prepare and submit to the trustee in quadruplicate a statement of the bankrupt's affairs in the prescribed form verified by affidavit and showing the particulars of the bankrupt's assets and liabilities, the names and addresses of the bankrupt's creditors, the securities held by them respectively, the dates when the securities were respectively given and such further or other information as may be required, but where the affairs of the bankrupt are so involved or complicated that the bankrupt alone cannot reasonably prepare a proper statement of affairs, the official receiver may, as an expense of the administration of the estate, authorize the employment of a qualified person to assist in the preparation of the statement;

. . .

*Discharge of Bankrupts*

. . .

**178.** (1) An order of discharge does not release the bankrupt from

. . .

(b) any debt or liability for alimony or alimentary pension;

(c) any debt or liability arising under a judicial decision establishing affiliation or respecting support or maintenance, or under an agreement for maintenance and support of a spouse, former spouse, former common-law partner or child living apart from the bankrupt;

(d) any debt or liability arising out of fraud, embezzlement, misappropriation or defalcation while acting in a fiduciary capacity or, in the Province of Quebec, as a trustee or administrator of the property of others;

(e) any debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent

(5) Le tribunal peut rayer ou réduire une preuve de réclamation ou de garantie à la demande d'un créancier ou du débiteur, si le syndic refuse d'intervenir dans l'affaire.

*Obligations des faillis*

**158.** Le failli doit :

. . .

d) dans les cinq jours suivant sa faillite, à moins que le séquestre officiel ne prolonge le délai, préparer et soumettre en quatre exemplaires au syndic un bilan en la forme prescrite attesté par affidavit et indiquant les détails de ses avoirs et de ses obligations, ainsi que les noms et adresses de ses créanciers, les garanties qu'ils détiennent respectivement, les dates auxquelles les garanties ont été respectivement données, et les renseignements supplémentaires ou autres qui peuvent être exigés; si les affaires du failli sont mêlées ou compliquées au point qu'il ne peut adéquatement lui-même en préparer un relevé convenable, le séquestre officiel peut, comme dépenses d'administration de l'actif, autoriser l'emploi d'une personne compétente pour aider à la préparation du relevé;

. . .

*Libération des faillis*

. . .

**178.** (1) Une ordonnance de libération ne libère pas le failli :

. . .

b) de toute dette ou obligation pour pension alimentaire;

c) de toute dette ou obligation aux termes de la décision d'un tribunal en matière de filiation ou d'aliments ou aux termes d'une entente alimentaire au profit d'un époux, d'un ex-époux ou ancien conjoint de fait ou d'un enfant vivant séparé du failli;

d) de toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors qu'il agissait, dans la province de Québec, à titre de fiduciaire ou d'administrateur du bien d'autrui ou, dans les autres provinces, à titre de fiduciaire;

e) de toute dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants

misrepresentation, other than a debt or liability that arises from an equity claim;

(f) liability for the dividend that a creditor would have been entitled to receive on any provable claim not disclosed to the trustee, unless the creditor had notice or knowledge of the bankruptcy and failed to take reasonable action to prove his claim;

(g) any debt or obligation in respect of a loan made under the *Canada Student Loans Act*, the *Canada Student Financial Assistance Act* or any enactment of a province that provides for loans or guarantees of loans to students where the date of bankruptcy of the bankrupt occurred

(i) before the date on which the bankrupt ceased to be a full- or part-time student, as the case may be, under the applicable Act or enactment, or

(ii) within seven years after the date on which the bankrupt ceased to be a full- or part-time student; or

(h) any debt for interest owed in relation to an amount referred to in any of paragraphs (a) to (g).

(1.1) At any time after five years after a bankrupt who has a debt referred to in paragraph (1)(g) ceases to be a full- or part-time student, as the case may be, under the applicable Act or enactment, the court may, on application, order that subsection (1) does not apply to the debt if the court is satisfied that

(a) the bankrupt has acted in good faith in connection with the bankrupt's liabilities under the debt; and

(b) the bankrupt has and will continue to experience financial difficulty to such an extent that the bankrupt will be unable to pay the debt.

(2) Subject to subsection (1), an order of discharge releases the bankrupt from all claims provable in bankruptcy.

**180.** (1) Where a bankrupt after his discharge fails to perform the duties imposed on him by this Act, the court may, on application, annul his discharge.

(2) Where it appears to the court that the discharge of a bankrupt was obtained by fraud, the court may, on application, annul his discharge.

(3) An order revoking or annulling the discharge of a bankrupt does not prejudice the validity of a sale, disposition of property, payment made or thing

ou la présentation erronée et frauduleuse des faits, autre qu'une dette ou obligation qui découle d'une réclamation relative à des capitaux propres;

f) de l'obligation visant le dividende qu'un créancier aurait eu droit de recevoir sur toute réclamation prouvable non révélée au syndic, à moins que ce créancier n'ait été averti ou n'ait eu connaissance de la faillite et n'ait omis de prendre les mesures raisonnables pour prouver sa réclamation;

g) de toute dette ou obligation découlant d'un prêt consenti ou garanti au titre de la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*, de la *Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants* ou de toute loi provinciale relative aux prêts aux étudiants lorsque la faillite est survenue avant la date à laquelle le failli a cessé d'être un étudiant, à temps plein ou à temps partiel, au regard de la loi applicable, ou dans les sept ans suivant cette date;

h) de toute dette relative aux intérêts dus à l'égard d'une somme visée à l'un des alinéas a) à g).

(1.1) Lorsque le failli qui a une dette visée à l'alinéa (1)g) n'est plus un étudiant à temps plein ou à temps partiel depuis au moins cinq ans au regard de la loi applicable, le tribunal peut, sur demande, ordonner que la dette soit soustraite à l'application du paragraphe (1) s'il est convaincu que le failli a agi de bonne foi relativement à ses obligations découlant de cette dette et qu'il a et continuera à avoir des difficultés financières telles qu'il ne pourra pas acquitter celle-ci.

(2) Une ordonnance de libération libère le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite.

**180.** (1) Lorsqu'un failli, après sa libération, ne remplit pas les obligations que lui impose la présente loi, le tribunal peut, sur demande, annuler sa libération.

(2) Lorsque le tribunal juge que la libération du failli a été obtenue par fraude, il peut, sur demande, annuler sa libération.

(3) Une ordonnance révoquant ou annulant la libération d'un failli ne porte pas atteinte à la validité de toute vente, de toute disposition de biens, de tout paiement

duly done before the revocation or annulment of the discharge.

**181.** (1) If, in the opinion of the court, a bankruptcy order ought not to have been made or an assignment ought not to have been filed, the court may by order annul the bankruptcy.

(2) If an order is made under subsection (1), all sales, dispositions of property, payments duly made and acts done before the making of the order by the trustee or other person acting under the trustee's authority, or by the court, are valid, but the property of the bankrupt shall vest in any person that the court may appoint, or, in default of any appointment, revert to the bankrupt for all the estate, or interest or right of the trustee in the estate, on any terms and subject to any conditions, if any, that the court may order.

(3) If an order is made under subsection (1), the trustee shall, without delay, prepare the final statements of receipts and disbursements referred to in section 151.

*Authority of the Courts*

**187.** . . .

(5) Every court may review, rescind or vary any order made by it under its bankruptcy jurisdiction.

*The Family Property Act, C.C.S.M. c. F25*

**PART I**

**APPLICATION OF ACT**

. . .

**DIVISION 2**

**APPLICATION TO ASSETS**

. . .

**Disposal of assets**

**6(1)** No provision of this Act, nor the giving of an accounting under this Act, vests any title to or interest in any asset of one spouse or common-law partner in the other spouse or common-law partner, and the spouse or common-law partner who owns the asset may, subject to subsections (7), (7.1), (8), (8.1), (9), (9.1) and (10) and to any order of the court under Part III or IV, sell, lease, mortgage, hypothecate, repair, improve,

effectué ou de toute chose dûment faite avant la révocation ou l'annulation.

**181.** (1) Lorsque le tribunal est d'avis qu'une ordonnance de faillite n'aurait pas dû être rendue, ou une cession produite, il peut rendre une ordonnance qui annule la faillite.

(2) Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu du paragraphe (1), toutes les ventes et dispositions de biens, tous les paiements dûment effectués et tous les actes faits antérieurement par le syndic, par une autre personne agissant sous son autorité ou par le tribunal sont valides; mais les biens du failli sont dévolus à la personne que le tribunal peut nommer, ou, à défaut de cette nomination, retournent au failli pour tout droit, domaine ou intérêt du syndic, aux conditions, s'il en est, que le tribunal peut ordonner.

(3) Malgré l'annulation de la faillite, le syndic prépare sans délai l'état définitif des recettes et des débours visé à l'article 151.

*Autorité des tribunaux*

**187.** . . .

(5) Tout tribunal peut réviser, rescinder ou modifier toute ordonnance qu'il a rendue en vertu de sa juridiction en matière de faillite.

*Loi sur les biens familiaux, C.P.L.M. ch. F25*

**PARTIE I**

**APPLICATION DE LA LOI**

. . .

**SECTION 2**

**APPLICATION À L'ACTIF**

. . .

**Disposition d'actif**

**6(1)** Aucune disposition de la présente loi non plus que la reddition de comptes effectuée sous le régime de la présente loi n'ont pour effet d'investir un conjoint ou un conjoint de fait de quelque titre ou droit relatif à un élément d'actif de l'autre conjoint ou conjoint de fait. Le conjoint ou conjoint de fait qui est propriétaire de l'élément d'actif peut, sous réserve des paragraphes (7), (7.1), (8), (8.1), (9), (9.1) et (10) et de toute ordonnance

demolish, spend or otherwise deal with or dispose of the asset to all intents and purposes as if this Act had not been passed.

. . .

## PART II

### SHARING OF ASSETS

#### Right to accounting and equalization of assets

**13** Each spouse and common-law partner has the right upon application to an accounting and, subject to section 14, an equalization of assets in accordance with this Part.

#### Discretion to vary equal division of family assets

**14(1)** The court upon the application of either spouse or common-law partner under Part III may order that, with respect to the family assets of the spouses or common-law partners, the amount shown by an accounting under section 15 to be payable by one spouse or common-law partner to the other be altered if the court is satisfied that equalization would be grossly unfair or unconscionable having regard to any extraordinary financial or other circumstances of the spouses or common-law partners or the extraordinary nature or value of any of their assets.

. . .

#### Conduct not a factor

**14(3)** In exercising its discretion under this section, no court shall have regard to conduct on the part of a spouse or common-law partner unless that conduct amounts to dissipation.

#### Accounting and division

**15(1)** In an accounting of assets between spouses or common-law partners under this Act, there shall be ascertained

- (a) the value of the total inventory of assets of each spouse or common-law partner, after adding to or deducting from the inventory such amounts as are required under this Act to be added or deducted;

rendue par le tribunal en application de la partie III ou IV, soit vendre, donner à bail, hypothéquer, donner en gage, réparer, améliorer, démolir, dépenser l'élément d'actif, soit autrement agir quant à celui-ci, soit en disposer à n'importe quelle fin, tout comme si la présente loi n'avait jamais été adoptée.

. . .

## PARTIE II

### PARTAGE D'ACTIF

#### Droit à la reddition de comptes et à la compensation des éléments d'actif

**13** Les conjoints ou les conjoints de fait ont chacun droit, sur demande, à une reddition de comptes et, sous réserve de l'article 14, à une compensation des éléments d'actif en conformité avec la présente partie.

#### Pouvoir de modifier le partage égal de l'actif familial

**14(1)** Sur demande d'un des conjoints ou d'un des conjoints de fait en vertu de la partie III, le tribunal peut ordonner qu'en ce qui concerne l'actif familial des conjoints ou des conjoints de fait, le montant que doit verser un conjoint ou un conjoint de fait à l'autre, suite à une reddition de comptes effectuée en vertu de l'article 15, soit modifié si le tribunal conclut qu'une compensation serait manifestement injuste ou moralement inadmissible, eu égard soit à toute circonstance extraordinaire de nature financière ou autre des conjoints ou des conjoints de fait, soit à la valeur ou à la nature extraordinaire de l'un de leurs éléments d'actif.

. . .

#### Conduite d'un conjoint ou d'un conjoint de fait

**14(3)** En exerçant sa discrétion en vertu du présent article, nul tribunal ne tient compte de la conduite d'un conjoint ou d'un conjoint de fait, à moins que cette conduite n'équivaille à de la dilapidation.

#### Reddition de comptes et partage

**15(1)** La reddition de comptes entre conjoints ou conjoints de fait effectuée sous le régime de la présente loi doit faire ressortir les éléments suivants :

- a) la valeur de l'inventaire complet de l'actif de chaque conjoint ou conjoint de fait après l'addition à l'inventaire ou la déduction de celui-ci des montants dont la présente loi exige l'addition ou la déduction;

(b) the value of the share to which each spouse or common-law partner is entitled upon the division, to be determined by combining the values ascertained under clause (a) and dividing the total into two equal shares or, where the application for an accounting is not under Part IV, such other shares as the court may under section 14 order; and

(c) the amount payable by one spouse or common-law partner to the other in order to satisfy the share of each spouse or common-law partner as determined under clause (b).

#### **Fair market value**

**15(2)** The value of any asset for the purposes of subsection (1) shall be the amount that the asset might reasonably be expected to realize if sold in the open market by a willing seller to a willing buyer.

#### **Valuation of non-marketable assets**

**15(3)** Where an asset is by its nature not a marketable item, subsection (2) does not apply and the value of the asset for the purposes of subsection (1) shall be determined on such other basis or by such other means as is appropriate for assets of that nature.

#### **Closing and valuation dates**

**16** In any accounting under section 15, the closing date for the inclusion of assets and liabilities in the accounting, and the valuation date for each asset and liability shall be as the spouses or common-law partners may agree and, in the absence of agreement,

(a) the date when the spouses or common-law partners last cohabited with each other; or

(b) where the spouses or common-law partners continue to cohabit with each other, the date either of them makes an application to the court under Part III for an accounting of assets.

#### **Method of payment**

**17** The amount shown by an accounting under section 15 to be payable by one spouse or common-law partner to the other may be satisfied

(a) by payment of the amount in a lump sum or by instalments; or

b) la valeur de la part à laquelle chaque conjoint ou conjoint de fait a droit lors du partage; cette part est obtenue en additionnant ou en déduisant les sommes visées à l'alinéa a) et en divisant le total en deux parts égales ou, si la demande de reddition de comptes n'est pas présentée en vertu de la partie IV, en parts inégales si le tribunal l'ordonne en application de l'article 14;

c) le montant que chaque conjoint ou conjoint de fait doit à l'autre afin que chacun reçoive la part qui lui revient en vertu de l'alinéa b).

#### **Juste valeur marchande**

**15(2)** Pour l'application du paragraphe (1), la valeur d'un élément d'actif est le montant qu'un vendeur peut raisonnablement s'attendre à réaliser si l'élément d'actif est vendu sur le marché libre par un vendeur qui veut vendre à un acheteur qui veut acheter.

#### **Évaluation d'éléments d'actif non vendables**

**15(3)** Lorsqu'un élément d'actif ne peut être vendu de par sa nature, le paragraphe (2) ne s'applique pas et la valeur de l'élément d'actif, pour l'application du paragraphe (1), doit être déterminée sur toute autre base ou par tout autre moyen approprié pour des éléments d'actif de cette nature.

#### **Dates de clôture et d'évaluation**

**16** Pour toute reddition de comptes effectuée en application de l'article 15, la date de clôture pour l'inclusion d'éléments d'actif et de passif dans les comptes et la date d'évaluation de chaque élément d'actif et de passif sont celles convenues entre les conjoints ou les conjoints de fait. En l'absence d'une convention, il s'agit :

a) soit de la date du dernier jour de cohabitation des conjoints ou des conjoints de fait;

b) soit, lorsque les conjoints ou les conjoints de fait continuent à cohabiter ensemble, de la date à laquelle l'un d'entre eux présente au tribunal, sous le régime de la partie III, une demande de reddition de comptes.

#### **Modes de paiement**

**17** La dette due par un conjoint ou un conjoint de fait à l'autre, en vertu d'une reddition de comptes effectuée en application de l'article 15, peut être réglée d'une des manières qui suivent, selon ce que les conjoints ou les conjoints de fait conviennent ou, en l'absence de convention, selon l'ordonnance du tribunal saisi d'une

(b) by the transfer, conveyance or delivery of an asset or assets in lieu of the amount; or

(c) by any combination of clauses (a) and (b);

as the spouses or common-law partners may agree or, in the absence of agreement, as the court upon the application of either spouse or common-law partner under this Act may order, taking into account the effect of any interim order made under section 18.1.

*The Judgments Act, C.C.S.M. c. J10*

**Exemptions**

**13(1)** Subject to subsections (2), (3) and (4), unless otherwise provided, no proceedings shall be taken under a registered judgment or attachment against

(a) the farm land upon which the judgment debtor or his family actually resides or which he cultivates, either wholly or in part, or which he actually uses for grazing or other purposes, where the area of the land is not more than 160 acres;

. . .

*Appeal dismissed without costs.*

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

*Solicitors for the respondent: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

demande d'un des conjoints ou d'un des conjoints de fait présentée en vertu de la présente loi et qui tient compte des effets de toute ordonnance provisoire rendue en vertu de l'article 18.1 :

a) par le paiement de la dette en un versement global ou par versements échelonnés;

b) par la cession d'un ou de plusieurs éléments d'actif au lieu du paiement de la dette;

c) par toute combinaison des modes de paiement visés aux alinéas a) et b).

*Loi sur les jugements, C.P.L.M. ch. J10*

**Biens insaisissables**

**13(1)** Sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4) et sauf disposition contraire, des procédures ne peuvent être engagées en vertu d'un jugement ou d'un bref de saisie enregistré, contre les biens suivants :

a) le fonds agricole sur lequel le débiteur judiciaire ou sa famille réside réellement, qu'il cultive en totalité ou en partie ou qu'il utilise réellement pour le pâturage ou pour d'autres fins, lorsque la superficie du bien-fonds n'est pas supérieure à 160 acres;

. . .

*Pourvoi rejeté sans dépens.*

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

*Procureurs de l'intimé : Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*



**Canada Trustco Mortgage  
Company Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

**INDEXED AS: CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. v.  
CANADA**

**2011 SCC 36**

File No.: 33422.

2010: December 10; 2011: July 15.

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

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

*Taxation — Income tax — Collection — Bills of exchange — Tax debtor drawing cheques from trust account and depositing them in a joint account owned by him and a third party — Minister of National Revenue issuing three requirements to pay to Bank with respect to tax debtor's tax liability — Bank disputing liability — Whether Bank liable to make payments to tax debtor named as payee of cheques — Whether Bank liable to make payments to tax debtor when receiving cheques payable to tax debtor for deposit in account held jointly by tax debtor and third party — Whether Bank required to comply with requirements to pay — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), s. 224 — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4.*

The tax debtor M owed tax to the federal government. The Minister of National Revenue became aware that cheques payable to M were being drawn on his trust account and deposited in a joint account owned by M and a third party. Each of the cheques drawn on the trust account was payable to M and delivered to the appellant, Canada Trustco Mortgage Company (the “Bank”), with an instruction to deposit the funds in the joint account. This instruction was given by writing “Dep to” and the account number on the back of the cheque.

**Hypothèques Trustco  
Canada Appelante**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

**RÉPERTORIÉ : HYPOTHÈQUES TRUSTCO CANADA c.  
CANADA**

**2011 CSC 36**

N° du greffe : 33422.

2010 : 10 décembre; 2011 : 15 juillet.

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

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

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Recouvrement — Lettres de change — Le débiteur fiscal tirait des chèques sur son compte en fiducie et les déposait à un compte conjoint dont lui-même et un tiers étaient titulaires — Le ministre du Revenu national a fait parvenir trois demandes péremptoires de paiement à la Banque relativement à la dette fiscale du débiteur fiscal — La Banque s'y est opposée — La Banque était-elle tenue de faire des paiements au débiteur fiscal, désigné comme preneur des chèques? — La Banque, s'étant vue remettre des chèques payables au débiteur fiscal pour dépôt dans un compte détenu conjointement par un tiers et ce débiteur fiscal, était-elle tenue de faire des paiements à ce dernier? — La Banque était-elle tenue d'obtempérer aux demandes péremptoires de paiement? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 224 — Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4.*

Le débiteur fiscal, M, devait des impôts au gouvernement fédéral. Le ministre du Revenu national a appris que des chèques payables à M étaient tirés sur son compte en fiducie et déposés au compte conjoint dont M et un tiers étaient titulaires. Chacun des chèques tirés sur le compte en fiducie était payable à M et remis à l'appelante, Hypothèques Trustco Canada (la « Banque »), avec instructions de déposer les fonds au compte conjoint. Ces instructions étaient inscrites au verso du chèque, où l'on trouvait la mention « *Dep to* » (« déposer à ») suivie du numéro du compte.

The Minister issued three requirements to pay to the Bank as per s. 224 of the *Income Tax Act* (“*ITA*”). The Bank disputed its liability and the Minister assessed the Bank for the amounts of the cheques for failing to comply with the three requirements to pay. The Tax Court of Canada dismissed the Bank’s appeal and the Federal Court of Appeal upheld the Tax Court decision.

*Held* (McLachlin C.J. and Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the lower courts’ decisions set aside and the assessments vacated.

*Per* Binnie, Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ.: The Bank was at no point liable to pay M the proceeds of the cheques. The fact that a person is designated as payee on the face of a cheque does not on its own mean that a bank is liable to make a payment to the person. A drawee is answerable to the drawer. The question is to whom the drawee may make the payment. What is on the back of the cheque — the instructions or the endorsement — is crucial to this question. In this case, the instructions were to deposit the cheques into the joint account. The Bank’s liability to pay monies to M personally cannot be confused with its liability to pay monies to the holders of the joint account. There were no instructions that made the monies payable to M.

In this case, the cheques were neither expressed to be payable to bearer nor endorsed in blank. After the cheques had been delivered to the Bank for deposit into the joint account, M was no longer in possession of them, was not entitled to them and was therefore not their holder. Once the Bank received the cheques for deposit and credited them to the joint account, it acquired the rights of a holder in due course pursuant to s. 165(3) of the *Bills of Exchange Act* (“*BEA*”) and was under a contractual obligation to the holders of the joint account to present the cheques for payment. In crediting the joint account, sending the cheques to a third party for clearing, and receiving the proceeds, the Bank was acting on the basis of its contractual relationship with the holders of the joint account and not on behalf of M personally. When the Bank debited the trust account the next day, it was not making a payment to M or to an agent acting for him alone. The Bank owed no money to M, as it was acting as the collecting bank for its customers, the holders of the joint account. It did

Le ministre a fait parvenir trois demandes péremptoires de paiement à la Banque en vertu de l’art. 224 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« *LIR* »). La Banque a fait valoir qu’elle n’était pas tenue de verser les fonds. Le ministre a établi une cotisation à l’égard de la Banque enjoignant à celle-ci de lui remettre un montant égal au produit des chèques au motif qu’elle avait omis d’obtempérer aux trois demandes péremptoires de paiement. La Cour canadienne de l’impôt a rejeté l’appel interjeté par la Banque, et la Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l’impôt.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, les décisions des juridictions inférieures sont infirmées et les cotisations sont annulées.

*Les* juges Binnie, Deschamps, Rothstein et Cromwell : La Banque n’a jamais été tenue de verser le produit des chèques à M. Le seul fait qu’une personne soit nommément désignée comme preneur à la face même d’un chèque ne signifie pas qu’une banque est tenue de lui faire un paiement. Le tiré est redevable au tireur. La question est de savoir à qui le tiré peut faire le paiement. Pour y répondre, il est essentiel de prendre connaissance de ce qui est écrit au verso du chèque, où se trouvent les instructions à exécuter ou l’endossement. En l’espèce, les instructions étaient de déposer les chèques au compte conjoint. Il ne faut pas confondre l’obligation de la Banque de remettre des fonds à M à titre personnel et son obligation d’en verser aux titulaires du compte conjoint. La Banque n’avait pas pour instructions de remettre les fonds à M.

En l’espèce, les chèques ne stipulaient pas qu’ils étaient payables au porteur et ils n’étaient pas endossés en blanc. Une fois les chèques remis à la Banque en vue de leur dépôt au compte conjoint, M n’était plus en possession de ceux-ci, il n’y avait pas droit et il n’en était donc pas le détenteur. Après avoir reçu les chèques pour dépôt et les avoir portés au crédit du compte conjoint, la Banque avait acquis les droits d’un détenteur régulier au sens du par. 165(3) de la *Loi sur les lettres de change* (« *LLC* ») et avait, à l’égard des titulaires de ce compte, une obligation contractuelle de présenter les chèques au paiement. En portant les chèques au crédit du compte conjoint, les envoyant à une tierce partie pour fins de compensation et en recevant le produit, la Banque agissait toujours sur le fondement de sa relation contractuelle avec les titulaires du compte conjoint et non pour le compte de M à titre personnel. En débitant le compte en fiducie le lendemain, la Banque ne faisait pas de paiement à M ou à un mandataire de ce dernier agissant exclusivement pour lui. La Banque ne devait aucun

not collect the proceeds of the cheques as agent for the payee, M.

A banker's obligation arises out of the debtor-creditor relationship created when a bank account is opened. The payee of a cheque is not a party to this contractual relationship, and the mere fact of being a payee does not entail such a relationship with the drawee. A cheque operates neither as an assignment of funds in the hands of the payee nor as an assignment of funds in the hands of the drawee. In and of itself, a cheque imposes no obligation on a drawee bank to the payee. There is a distinction between delivery of a cheque for deposit and presentment for payment. It is clear from the rules applicable to presentment that the drawee bank's obligation — to make payment to the holder of the cheque — is to the drawer only and that this obligation is triggered only when the cheque is presented to it. It is also clear that, except as provided in the *BEA*, the drawee is obliged, as between itself and the drawer, to disburse the funds only upon presentment of the bill by the holder — the person who is entitled to receive them — or by the holder's agent. Viewed either from the angle of M being the payee or from that of the Bank being the drawee, the mere fact that cheques payable to M were delivered to the Bank for deposit did not make the latter liable to make a payment to the former within the meaning of s. 224(1) of the *ITA*.

*Per McLachlin C.J. and Fish and Abella JJ. (dissenting):* The Bank is liable to make a payment to M as a result of the cheques he wrote to himself. A bank that collects the funds from a deposited cheque receives the funds as agent for the customer (the payee). This involves two transactions. The funds are initially credited to its principal, the payee/customer. The bank then receives them back under the banking contract. The fact that these transactions follow one on the other does not change the conclusion that, legally, they are two distinct episodes. As such, a deposited cheque is payable to the customer when it is deposited; at no time is the cheque payable to the bank. Subsection 165(3) of the *BEA* does not establish that the bank becomes a holder of the cheque — its limited objective is achieved by granting the collecting bank all the rights and powers of a holder in due course, and does not require the bank to be actually designated a holder in due course. Once the Bank received M's cheques to himself, its liability to its customer was triggered. The Bank was therefore contractually bound to honour its customer's demand to pay him. As such, all of the requirements of s. 224(1) of

montant à M parce qu'elle avait agi à titre de banque d'encaissement pour ses clients, à savoir les titulaires du compte conjoint. Elle n'a pas encaissé le produit des chèques à titre de mandataire du preneur, M.

L'obligation qui incombe au banquier découle de la relation débiteur-créancier créée au moment de l'ouverture du compte bancaire. Le preneur d'un chèque n'est pas partie à cette relation contractuelle et sa simple qualité de preneur ne fait pas naître une telle relation entre lui et le tiré. Le chèque n'a pas pour effet de transférer des fonds au preneur ou d'en transférer au tiré. En soi, le chèque n'impose à la banque tirée aucune obligation envers le preneur. Il y a une distinction à faire entre la remise d'un chèque pour dépôt et la présentation au paiement. Il ressort clairement des règles en matière de présentation que l'obligation de la banque tirée, à savoir celle de faire un paiement au détenteur du chèque, ne lui incombe qu'à l'égard du tireur et que cette obligation n'est déclenchée qu'au moment où le chèque lui est présenté. Il est également clair que, sous réserve des dispositions de la *LLC*, l'obligation du tiré envers le tireur consiste à déboursier les fonds seulement sur présentation de la lettre par son détenteur, à savoir la personne ayant le droit de recevoir les fonds, ou par le mandataire de cette personne. Tant du point de vue de M, en sa qualité de preneur, que de celui de la Banque, en tant que banque tirée, le simple fait que des chèques payables à M ont été remis à la Banque en vue de leur dépôt n'imposait pas à celle-ci l'obligation de faire un paiement à celui-là en application du par. 224(1) de la *LIR*.

*La juge en chef McLachlin et les juges Fish et Abella (dissidents):* La Banque était tenue de faire un paiement à M par suite des chèques qu'il s'était faits à lui-même. Une banque qui encaisse un chèque déposé reçoit les fonds à titre de mandataire de son client (le preneur). Cela suppose deux opérations. Les fonds sont d'abord portés au crédit du mandant, le preneur/client, pour être de nouveau remis à la banque en vertu du contrat bancaire. Le fait que ces opérations soient consécutives ne change rien à la conclusion que, sur le plan juridique, elles constituent deux étapes distinctes. Le chèque déposé est donc payable au client au moment où il est déposé; il n'est jamais payable à la banque. Le paragraphe 165(3) de la *LLC* ne prévoit pas que la banque devient le détenteur du chèque — il atteint son objectif bien précis en accordant à la banque d'encaissement tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque et n'exige pas que la banque soit effectivement désignée comme la détentrice régulière de celui-ci. La Banque était tenue de verser les fonds à son client dès lors qu'elle avait reçu les chèques que M s'était faits à lui-même. La Banque était donc contractuellement

the *ITA* were met, and the requirement to pay attached to the money in transit between M's accounts.

Regardless of the fact that the cheques were deposited into a joint account, the Bank was liable to M alone when it decided to honour the cheques. Once funds are irrevocably deposited in a joint account, they become the property of joint account holders jointly under the terms of their banking contract and cannot be garnished by the Minister because they are no longer the sole property of the tax debtor. However, it does not follow that the Minister could not intercept funds in transit before they arrived in the joint account. A requirement to pay in s. 224(1) intercepts funds while they are in transit. Before the funds arrive in the joint account and while the funds are being transferred, the drawee bank is only liable to make a payment to the payee of the cheque. The other joint account holder had no right to the funds before they arrived in the account. It is only M's status as payee that matters for the purpose of triggering s. 224(1), in the presence of a joint account.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *National Trust Co. v. Canada* (1998), 162 D.L.R. (4th) 704; *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Bank of Montreal v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2292; *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *J.C. Creations Ltd. v. Vancouver City Savings Credit Union*, 2004 BCCA 107, 236 D.L.R. (4th) 602; *Westboro Flooring & Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia* (2004), 241 D.L.R. (4th) 257; *B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2009 SCC 15, [2009] 1 S.C.R. 504; *Schroeder v. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735; *Thomson v. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 S.C.R. 287; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194; *Capital Associates Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1976), 65 D.L.R. (3d) 384, aff'g (1973), 36 D.L.R. (3d) 579; *Boyd v. Emerson* (1834), 2 Ad. & E. 184, 111 E.R. 71.

By McLachlin C.J. (dissenting)

*B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2009 SCC 15, [2009] 1 S.C.R. 504; *National*

tenue de satisfaire à la demande de paiement de son client. Par conséquent, toutes les conditions prévues au par. 224(1) de la *LIR* se trouvaient réunies et la demande péremptoire de paiement visait les fonds en transit entre les comptes de M.

Peu importe que les chèques aient été déposés à un compte conjoint, la Banque était tenue de faire un paiement seulement à M lorsqu'elle a décidé d'honorer les chèques. Une fois qu'ils ont été déposés de façon irrévocable dans un compte conjoint, les fonds deviennent la propriété conjointe des détenteurs du compte en vertu de leur contrat bancaire, et ils ne peuvent être saisis-arrêtés par le ministre parce qu'ils n'appartiennent plus exclusivement au débiteur fiscal. Il ne s'ensuit pas pour autant que le ministre ne pouvait pas intercepter les fonds en transit avant qu'ils ne parviennent au compte conjoint. La demande péremptoire de paiement prévue au par. 224(1) permet d'intercepter des fonds alors qu'ils sont en transit. Avant que les fonds ne parviennent au compte conjoint et pendant qu'ils sont encore en transit, la banque tirée n'est tenue de faire un paiement qu'au preneur du chèque. L'autre titulaire du compte conjoint n'avait aucun droit sur les fonds tant que ceux-ci n'y avaient pas été déposés. Ce n'est donc que la qualité de preneur de M qui comptait pour déclencher l'application du par. 224(1) car il s'agissait d'un compte conjoint.

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Canada c. National Trust Co.*, 1998 CanLII 8214; *Foley c. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Joachimson c. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Banque de Montréal c. Canada (ministre du Revenu national)*, [1991] A.C.I. n° 930 (QL); *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *J.C. Creations Ltd. c. Vancouver City Savings Credit Union*, 2004 BCCA 107, 236 D.L.R. (4th) 602; *Westboro Flooring & Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia* (2004), 241 D.L.R. (4th) 257; *B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2009 CSC 15, [2009] 1 R.C.S. 504; *Schroeder c. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735; *Thomson c. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 R.C.S. 287; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194; *Capital Associates Ltd. c. Royal Bank of Canada* (1976), 17 N.R. 204, conf. (1973), 17 N.R. 205; *Boyd c. Emerson* (1834), 2 Ad. & E. 184, 111 E.R. 71.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

*B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2009 CSC 15, [2009] 1 R.C.S.

*Trust Co. v. Canada* (1998), 162 D.L.R. (4th) 704; *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Schroeder v. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735; *Thomson v. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 S.C.R. 287; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194; *Westminster Bank Ltd. v. Hilton* (1926), 43 T.L.R. 124; *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *Macdonald v. Tacquah Gold Mines Co.* (1884), 13 Q.B.D. 535; *Hirschorn v. Evans*, [1938] 2 K.B. 801; *Westcoast Commodities Inc. v. Chen* (1986), 55 O.R. (2d) 264.

### Statutes and Regulations Cited

*Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4, ss. 2 “bearer”, 16(1), 20(3), 34, 67(2), 84(1), (3), 86(1), 126, 129, 138(2), 165(1), (3).  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 224.

### Authors Cited

Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated October 2010, release 2).  
 Ellinger, E. P., Eva Lomnicka and Richard Hooley. *Modern Banking Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.  
 Goode, R. M. “When is a cheque paid?”, [1983] *J. Bus. L.* 164.  
 Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*. Toronto: Irwin Law, 2007.  
 Ogilvie, M. H. “Why Joint Accounts Should Not Be Garnished — *Westcoast Commodities Inc. v. Jose Chow Chen*” (1986-1987), 1 *B.F.L.R.* 267.  
 Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. II, *Negotiable Instruments and Banking*, by Benjamin Geva. Toronto: Emond Montgomery, 1995.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sexton, Blais and Layden-Stevenson J.J.A.), 2009 FCA 267, 2009 DTC 5171 (p. 6205), [2009] F.C.J. No. 1151 (QL), 2009 CarswellNat 2851, affirming a decision of Little J., 2008 TCC 482, [2009] 1 C.T.C. 2264, 2008 D.T.C. 4762, [2008] T.C.J. No. 372 (QL), 2008 CarswellNat 3092. Appeal allowed, decisions of the Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada set aside and the assessments vacated, McLachlin C.J. and Fish and Abella JJ. dissenting.

504; *Canada c. National Trust Co.*, 1998 CanLII 8214; *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Schroeder c. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735; *Thomson c. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 R.C.S. 287; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194; *Westminster Bank Ltd. c. Hilton* (1926), 43 T.L.R. 124; *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *Macdonald c. Tacquah Gold Mines Co.* (1884), 13 Q.B.D. 535; *Hirschorn c. Evans*, [1938] 2 K.B. 801; *Westcoast Commodities Inc. c. Chen* (1986), 55 O.R. (2d) 264.

### Lois et règlements cités

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 224.  
*Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4, art. 2 « porteur », 16(1), 20(3), 34, 67(2), 84(1), (3), 86(1), 126, 129, 138(2), 165(1), (3).

### Doctrine citée

Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated October 2010, release 2).  
 Ellinger, E. P., Eva Lomnicka and Richard Hooley. *Modern Banking Law*, 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2002.  
 Goode, R. M. « When is a cheque paid? », [1983] *J. Bus. L.* 164.  
 Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*. Toronto : Irwin Law, 2007.  
 Ogilvie, M. H. « Why Joint Accounts Should Not Be Garnished — *Westcoast Commodities Inc. v. Jose Chow Chen* » (1986-1987), 1 *B.F.L.R.* 267.  
 Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. II, *Negotiable Instruments and Banking*, by Benjamin Geva. Toronto : Emond Montgomery, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sexton, Blais et Layden-Stevenson), 2009 CAF 267, 2009 DTC 5171 (p. 6205), [2009] A.C.F. n<sup>o</sup> 1151 (QL), 2009 CarswellNat 5095, qui a confirmé une décision du juge Little, 2008 CCI 482, [2009] 1 C.T.C. 2264, 2008 D.T.C. 4762, [2008] A.C.I. n<sup>o</sup> 372 (QL), 2008 CarswellNat 5692. Pourvoi accueilli, arrêt de la Cour d'appel fédérale et jugement de la Cour canadienne de l'impôt infirmés et cotisations annulées, la juge en chef McLachlin et les juges Fish et Abella sont dissidents.

*R. Paul Steep and Thomas N. T. Sutton*, for the appellant.

*Wendy Burnham and Michael Lema*, for the respondent.

The judgment of Binnie, Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Few jurists thrive on exploring the mechanisms rooted in the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4 (“*BEA*”); most find them technical and tedious. Important as electronic transactions have become in an increasingly paperless world, cheques are still popular bills of exchange that are processed daily in a multitude of transactions across Canada based on recognized mechanisms. The arguments accepted by the courts below disregard those mechanisms. If accepted, their interpretation would require a bank to which a third party has made a demand for payment to determine not only whether its customer is liable to pay the third party, but also whether the payee is liable to do so. No reason was advanced for imposing such an obligation. For the following reasons, I am of the view that the bank in this case was at no point liable to pay the tax debtor the proceeds of the cheques. I would allow the appeal with costs throughout.

[2] Section 224 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), provides that the Minister of National Revenue may require a person who is, or will be within one year, liable to make a payment to a tax debtor to instead pay the money the person owes the tax debtor to the Receiver General (“requirement to pay”). The Minister’s authority to issue a requirement to pay in appropriate circumstances is not in dispute. The issue in this appeal is whether a bank that receives a cheque payable to the tax debtor for deposit in an account held jointly by that debtor and a third party becomes liable to make a payment to the tax debtor.

*R. Paul Steep et Thomas N. T. Sutton*, pour l’appelante.

*Wendy Burnham et Michael Lema*, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Peu de juristes sont enthousiasmés à l’idée d’étudier les mécanismes de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4 (« *LLC* »); la plupart les trouvent techniques et fastidieux. Pourtant, en dépit du fait que les transactions électroniques sont devenues répandues dans un monde où l’on emploie de moins en moins de papier, les chèques sont toujours des lettres de change utilisées chaque jour au Canada dans une multitude de transactions suivant les prescriptions de mécanismes reconnus. Les arguments acceptés par les juridictions inférieures ne tiennent pas compte de ces mécanismes. Leur interprétation, si elle était acceptée, forcerait la banque qui se voit signifier une réclamation par un tiers non seulement à déterminer si son client a l’obligation de faire un paiement à celui-ci, mais également s’il incombe une telle obligation au preneur. Or, on ne nous a fait état d’aucune raison d’imposer une telle obligation. Pour les motifs qui suivent, j’estime que la banque en cause dans la présente affaire n’a jamais été tenue de verser le produit des chèques au débiteur fiscal. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

[2] L’article 224 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »), prévoit que le ministre du Revenu national peut exiger d’une personne qui est ou sera, dans les douze mois, tenue de faire un paiement à un débiteur fiscal de verser plutôt au receveur général les fonds qu’elle doit au débiteur fiscal (la « demande péremptoire de paiement »). Le pouvoir du ministre de faire une demande péremptoire de paiement lorsque les circonstances le justifient n’est pas contesté. La question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si la banque qui se voit remettre un chèque payable au débiteur fiscal pour dépôt dans un compte détenu conjointement par un tiers et ce débiteur fiscal est dès lors tenue de faire un paiement à ce dernier.

[3] The facts are uncontested. At the relevant time, the appellant, Canada Trustco Mortgage Company (“Trustco”), was authorized to offer financial services in Canada. The parties have described Trustco as a bank, as has the Tax Court of Canada, and for the sake of convenience, I will also refer to it as a bank.

[4] Cameron Clyde McLeod was a practising member of the Law Society of British Columbia. For the purposes of his law practice, he maintained a trust account with Trustco at the latter’s King George Highway branch in Surrey, B.C. In addition, he and another lawyer, Herbert Maier, held a joint account at the same branch. Each of the accounts was governed by an agreement.

[5] Mr. McLeod owed tax to the federal government. The Minister became aware that cheques payable to Mr. McLeod were being drawn on the trust account and deposited in the joint account. The Minister issued three requirements to pay to Trustco. According to these requirements, Trustco was to pay to the Receiver General moneys otherwise payable to Mr. McLeod. In response to the requirements to pay, Trustco disputed its liability on the ground that it was “not indebted to the [taxpayer] alone”.

[6] Each of the cheques on which the claim is based was issued during the period of effectiveness of the requirements to pay, was drawn on the trust account, was payable to Mr. McLeod and was delivered to Trustco with an instruction to deposit the funds in the joint account. This instruction was given by writing “Dep to” and the account number on the back of the cheque. Although the evidence is silent as to the identity of the person or persons who delivered the cheques and gave the instructions to deposit them, neither the authority to do so of the person or persons in question nor the legitimacy of Trustco’s receipt of the cheques for deposit is at issue. Trustco credited the joint account, sent the cheques to a third party for collection, processing and settlement — the third party’s stamp appears

[3] Les faits ne sont pas contestés. À l’époque en cause, l’appelante, Hypothèques Trustco Canada (« Trustco »), était autorisée à offrir des services financiers au Canada. Les parties ont considéré Trustco comme une banque, tout comme l’a fait la Cour canadienne de l’impôt. Par souci de commodité, je l’assimilerai moi aussi à une banque.

[4] Cameron Clyde McLeod exerçait le droit à titre de membre du Barreau de la Colombie-Britannique. Pour les besoins de son cabinet d’avocats, il détenait un compte en fiducie chez Trustco, à la succursale de cette dernière sise sur le boulevard King George à Surrey, en Colombie-Britannique. De plus, M<sup>e</sup> McLeod et un autre avocat, M<sup>e</sup> Herbert Maier, étaient titulaires d’un compte conjoint à la même succursale. Chacun de ces comptes était régi par une convention.

[5] M<sup>e</sup> McLeod devait des impôts au gouvernement fédéral. Le ministre a appris que des chèques payables à M<sup>e</sup> McLeod étaient tirés sur le compte en fiducie pour être ensuite déposés au compte conjoint. Le ministre a fait parvenir trois demandes péremptoires de paiement à Trustco. Selon ces demandes, Trustco devait remettre au receveur général les fonds payables à M<sup>e</sup> McLeod. En réponse à ces demandes, Trustco a fait valoir qu’elle n’était pas tenue de verser les fonds au receveur général au motif qu’elle [TRADUCTION] « n’était pas débitrice de ce seul [contribuable] ».

[6] Chacun des chèques sur lesquels la réclamation est fondée a été émis au cours de la période de validité des demandes péremptoires de paiement, tiré sur le compte en fiducie, libellé à l’ordre de M<sup>e</sup> McLeod, et remis à Trustco avec instructions de déposer les fonds au compte conjoint. Ces instructions étaient inscrites au verso du chèque, où l’on trouvait la mention « *Dep to* » (« déposer à ») suivie du numéro du compte. Bien que la preuve ne révèle pas l’identité de la ou des personnes ayant remis les chèques à Trustco avec instructions de les déposer, les questions de savoir si la ou les personnes en question étaient habilitées à le faire et si Trustco pouvait légitimement recevoir les chèques en vue de leur dépôt ne sont pas contestées. Trustco a porté les chèques au crédit du compte conjoint,

on the back of the cheque filed as a sample — and, on the following day, debited the trust account.

[7] The Minister assessed Trustco for the amounts of the cheques for failing to comply with the three requirements to pay. Trustco filed notices of objection. After they were rejected, it appealed to the Tax Court of Canada.

[8] I will pause here to underscore the various capacities in which the parties in this appeal interacted, capacities that must not be conflated. A bank's relationship with a customer is based on a contract made up of both implied and express terms; I will elaborate on this below. Where a cheque is involved, the parties' rights and obligations are also governed by the *BEA*. In most transactions involving cheques, a bank acts in only one capacity, that is, as either the drawee, the negotiating bank or the collecting bank, and the bank's customer acts as either the drawer or the holder of a cheque. In this case, Trustco acted at times as the collecting bank and at other times as the drawee. Mr. McLeod acted variously as the drawer (he was the holder of the trust account), as the payee of the cheques (the cheques were made out to him) and as one of the two holders of the joint account.

[9] It is also important to point out that the respondent, Her Majesty The Queen (hereinafter referred to as "Canada") made two significant concessions at trial (2008 TCC 482, [2009] 1 C.T.C. 2264, at para. 11):

(a) the requirements to pay do not apply to funds on deposit in the trust account, and Trustco accordingly had no obligation to remit funds on deposit in the trust account; and

les a transmis à un tiers pour fins d'encaissement, de traitement et de règlement — le timbre de ce tiers figure d'ailleurs au verso du chèque produit à titre d'exemple — et, le lendemain, a débité le compte en fiducie du montant de ces derniers.

[7] Le ministre a établi une cotisation à l'égard de Trustco enjoignant à celle-ci de lui remettre un montant égal au produit des chèques au motif qu'elle avait omis d'obtempérer aux trois demandes péremptoires de paiement. Trustco a déposé des avis d'opposition et, après le rejet de ceux-ci, interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt.

[8] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner les divers rôles joués par les parties au présent pourvoi, rôles qu'il ne faut pas confondre. D'abord, le rapport qui existe entre une banque et son client est fondé sur un contrat dont certaines modalités sont implicites et d'autres, expresses. Je reviendrai sur cette question plus loin. Dans le cas où un chèque est utilisé, les droits et obligations des parties sont également régis par la *LLC*. Dans la plupart des opérations où des chèques sont utilisés, la banque n'agit qu'à un seul titre : elle est la banque tirée, la banque négociatrice ou encore la banque d'encaissement; le client de la banque, lui, est soit le tireur, soit le détenteur du chèque. Dans le cas qui nous occupe, Trustco agissait parfois à titre de banque d'encaissement, et parfois à titre de banque tirée. M<sup>e</sup> McLeod, pour sa part, agissait tantôt comme tireur (en sa qualité de titulaire du compte en fiducie), tantôt comme preneur des chèques (qui étaient faits à son nom), et tantôt comme l'un des deux titulaires du compte conjoint.

[9] Il importe par ailleurs de signaler qu'au procès l'intimée, Sa Majesté la Reine (ci-après « Canada »), a fait deux concessions importantes (2008 CCI 482 (CanLII), par. 11) :

a) les demandes péremptoires de paiement ne visaient pas les fonds déposés dans le compte en fiducie et Trustco n'avait donc aucune obligation de remettre ces fonds;



(b) the requirements to pay do not apply to funds in the joint account, and Trustco accordingly had no obligation to remit funds on deposit in the joint account.

[10] Since Canada's position does not rest on funds being held in the trust account or in the joint account, the question becomes whether Trustco was liable to make payments to the tax debtor, Mr. McLeod, because of the fact that he was named as the payee of the cheques. To answer this question, Trustco's obligations must be examined in the two capacities in which it acted, as mentioned above: (1) as the collecting bank and (2) as the drawee of the cheque.

[11] Little J. dismissed Trustco's appeal. He applied the test from *National Trust Co. v. Canada* (1998), 162 D.L.R. (4th) 704 (F.C.A.), to determine whether s. 224(1) of the *ITA* had been triggered. He asked whether Trustco was "liable" to make a payment and whether the amount would be "payable" to a tax debtor within a year. The need to "stop [the analysis] before considering that it was cheques that were presented to the bank" was pivotal to his reasoning (para. 20). He focussed on the "repayment" of the funds in the trust account (para. 12 (emphasis in original)).

[12] Little J. considered that the proceeds of the cheques were "payable" to Mr. McLeod because the debtor-creditor relationship between Trustco and Mr. McLeod required the former to repay the funds deposited in the trust account to the account holder on demand (para. 22). In his view, Trustco's liability arose when Mr. McLeod "presented the bank with the cheques" (para. 28). This led Little J. to conclude that he did not need to examine the fact that the moneys had actually been transferred from the trust account to the joint account (para. 30).

[13] In addition, although he acknowledged that the "writing [of] a cheque is not by itself a withdrawal", Little J. found that the situation was

b) les demandes péremptoires de paiement ne visaient pas les fonds déposés dans le compte conjoint et Trustco n'avait donc aucune obligation de remettre ces fonds.

[10] La thèse de Canada ne reposant pas sur le fait que des fonds étaient détenus dans le compte en fiducie ou dans le compte conjoint, la question qui se pose est donc de savoir si Trustco était tenue de faire des paiements au débiteur fiscal, M<sup>e</sup> McLeod, parce que celui-ci était désigné comme preneur des chèques. Pour trancher cette question, il faut examiner les obligations qui incombaient à Trustco dans le cadre des deux rôles qu'elle jouait, comme il a été mentionné ci-dessus, à savoir (1) celui de banque d'encaissement et (2) celui de banque tirée.

[11] Le juge Little a rejeté l'appel interjeté par Trustco. Il a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Canada c. National Trust Co.*, 1998 CanLII 8214 (C.A.F.) pour décider si le par. 224(1) de la *LIR* était entré en jeu. Il s'est demandé si Trustco était « tenue » de faire un paiement et si les fonds étaient « payables » à un débiteur fiscal dans l'année. Le fait que « l'analyse devrait s'arrêter avant même qu'il ne soit question du fait que ce sont des chèques qui ont été présentés à la banque » constitue un élément crucial de ses motifs (par. 20). Il a expliqué qu'il y avait lieu de se concentrer sur le « remboursement » des fonds déposés au compte en fiducie (par. 12 (souligné dans l'original)).

[12] Le juge Little a estimé que le produit des chèques était « payable » à M<sup>e</sup> McLeod parce que la relation créancier-débiteur qui existait entre lui et Trustco obligeait celle-ci à remettre au titulaire du compte en fiducie, sur demande, les fonds qui y étaient déposés (par. 22). À son avis, l'obligation de Trustco a pris naissance lorsque M<sup>e</sup> McLeod a « présenté les chèques à la banque » (par. 28). Le juge Little en a conclu qu'il n'était pas nécessaire de s'intéresser au fait que les fonds avaient effectivement été transférés du compte en fiducie au compte conjoint (par. 30).

[13] En outre, tout en reconnaissant que « [l'émission] d'un chèque ne constitue pas en soi un retrait », le juge Little a estimé que « [d]ès que le chèque est

different once “the cheque is presented to the bank” (para. 31). He took into consideration the fact that Mr. McLeod was not only the payee but also the drawer and that as the drawer he was in a position to enforce the payment because of the debtor-creditor relationship that existed between Trustco and himself (*ibid.*). Little J. recognized — and he noted that Canada had conceded the point — that a bank is not liable to the payee of a cheque (para. 39). However, in his view, Trustco remained liable to pay the cheques to Mr. McLeod in his capacity as holder of the trust account. He accepted Canada’s submission that Mr. McLeod was the bearer of the cheque (para. 41).

[14] The Federal Court of Appeal found that no “palpable or overriding error” had been made and unanimously upheld Little J.’s decision (2009 FCA 267, 2009 DTC 5171 (p. 6205), at para. 1).

[15] Trustco argues that the trial judge failed to differentiate between a demand for repayment of funds deposited in an account and the delivery of a cheque for deposit. In its view, it was liable only — as drawee — to pay funds out of the trust account upon proper presentment for payment by the holder of the cheque. At no point was it liable to make a payment to Mr. McLeod, the tax debtor.

[16] Canada contends that there is no distinction between presentment of a cheque to the drawee for the payment of cash to Mr. McLeod and presentment of a cheque for deposit to the joint account. Its position is that when Mr. McLeod delivered the cheques to Trustco and instructed it to pay the amounts into the joint account, he acted as payee, creditor, drawer and depositor, but that his role as depositor is irrelevant.

[17] Canada’s contention implies that Trustco became liable to make a payment to Mr. McLeod when it accepted the cheque for deposit. To determine whether Trustco is liable to make a payment

présenté à la banque, la situation change » (par. 31). Il a tenu compte du fait que M<sup>e</sup> McLeod était non seulement le preneur du chèque, mais qu’il en était aussi le tireur, et qu’à ce titre il était en mesure d’en exiger le paiement en raison de la relation débiteur-créancier qui existait entre lui et Trustco (*ibid.*). Le juge Little a reconnu — faisant remarquer au passage que Canada avait concédé ce point — que les banques n’avaient aucune obligation envers les preneurs de chèques (par. 39). Selon lui, Trustco demeurait malgré tout tenue de payer les chèques à M<sup>e</sup> McLeod en sa qualité de titulaire du compte en fiducie. Il a par ailleurs accepté l’argument de Canada suivant lequel M<sup>e</sup> McLeod était le porteur du chèque (par. 41).

[14] Estimant qu’aucune « erreur manifeste ou dominante » n’avait été commise, la Cour d’appel fédérale a confirmé à l’unanimité la décision du juge Little (2009 CAF 267 (CanLII), par. 1).

[15] Trustco prétend que le juge de première instance a omis de faire la différence entre une demande de remboursement de fonds déposés dans un compte et la remise d’un chèque pour dépôt. Elle affirme qu’en sa qualité de banque tirée, sa seule obligation consistait à payer le chèque à son détenteur à même les fonds déposés au compte en fiducie, sur présentation en bonne et due forme du chèque en vue de son paiement. Elle soutient n’avoir jamais été tenue de faire un paiement à M<sup>e</sup> McLeod, le débiteur fiscal.

[16] Canada affirme qu’il n’y a pas de distinction à faire entre la présentation d’un chèque à la banque tirée en vue d’un paiement en espèces à M<sup>e</sup> McLeod et la présentation d’un chèque pour dépôt au compte conjoint. Selon la thèse de Canada, lorsque M<sup>e</sup> McLeod a remis les chèques à Trustco avec instructions de verser les fonds au compte conjoint, il agissait à la fois comme preneur, créancier, tireur et déposant, mais que son rôle de déposant n’était pas pertinent.

[17] L’argument de Canada implique que Trustco était tenue de faire un paiement à M<sup>e</sup> McLeod à partir du moment où elle avait accepté le chèque en vue de son dépôt. Pour décider si Trustco est tenue

to the Receiver General, it will be necessary to review the relevant legal relationships.

### I. Analysis

[18] The analysis of a bank's relationship with its customers must begin with the seminal case of *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002:

The relation between a Banker and Customer, who pays money into the Bank, is the ordinary relation of debtor and creditor . . . .

. . . .

. . . I am now speaking of the common position of a banker, which consists of the common case of receiving money from his customer on condition of paying it back when asked for, or when drawn upon, or of receiving money from other parties, to the credit of the customer, upon like conditions to be drawn out by the customer, or, in common parlance, the money being repaid when asked for, because the party who receives the money has the use of it as his own, and in the using of which his trade consists, and but for which no banker could exist, especially a banker who pays interest. [pp. 1002 and 1008]

[19] Implicit in the debtor-creditor relationship is the bank's obligation to repay the funds deposited in the account when its customer demands payment. In the case at bar, Trustco is a party in two separate contractual relationships: the first is in connection with the trust account and the second with the joint account. Having conceded that it cannot attach funds in either of these accounts, Canada cannot rely merely on the debtor-creditor relationships that arose from the fact that funds were at some point in time held in them. Canada accordingly focusses on the fact that cheques were made to the order of Mr. McLeod, the tax debtor, which narrows the issues and makes it necessary to review the obligations a bank must meet upon receipt of a cheque for deposit and upon presentation of a cheque drawn on it.

#### A. *Obligation of the Collecting Bank*

[20] Counsel for Canada argues that the best way to view the receipt of the cheques for deposit is to

de faire un paiement au receveur général, il faut analyser les rapports juridiques pertinents en jeu.

### I. Analyse

[18] L'arrêt *Foley c. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002, constitue le point de départ de l'analyse des rapports qui existent entre une banque et ses clients :

[TRADUCTION] La relation qui existe entre un banquier et son client, qui lui confie son argent, est la relation ordinaire qui existe entre débiteur et créancier . . .

. . . .

. . . Je songe ici à la situation courante du banquier, qui consiste le plus souvent à recevoir l'argent que lui confie son client à la condition de le lui remettre sur demande ou sur retrait, ou encore à recevoir l'argent qu'un tiers dépose au crédit du client à la même condition, à savoir que ce dernier puisse le retirer ou, comme on dit en langage courant, à la condition de remettre l'argent sur demande, parce que celui qui reçoit l'argent peut en disposer à sa guise, et l'affecter aux fins de son commerce, sans quoi tout banquier perd sa raison d'être, surtout lorsqu'il paie des intérêts. [p. 1002 et 1008]

[19] La relation débiteur-créancier suppose que la banque est tenue de remettre les fonds déposés au compte lorsque son client en exige le paiement. En l'espèce, Trustco est partie à deux relations contractuelles distinctes : la première se rapporte au compte en fiducie et la seconde, au compte conjoint. Ayant concédé qu'il ne peut saisir les fonds qui se trouvent dans l'un ou l'autre compte, Canada ne peut se contenter d'invoquer la relation débiteur-créancier qui existait du fait qu'à un moment donné les fonds s'y étaient trouvés. Canada met donc l'accent sur le fait que les chèques avaient été faits à l'ordre de M<sup>c</sup> McLeod, le débiteur fiscal, ce qui circonscrit le débat et nous force à examiner les obligations qui incombent à une banque qui reçoit un chèque pour dépôt et se voit présenter un chèque tiré sur elle.

#### A. *Obligation de la banque d'encaissement*

[20] Selon les avocats de Canada, la meilleure façon de concevoir la réception des chèques pour

break the transactions down into two steps: at the first, Mr. McLeod demanded to be paid as payee of the cheques and also demanded, as drawer, that the amounts be repaid out of funds owed to him in relation to the trust account; at the second, he instructed Trustco to deposit the funds into the joint account. In other words, notional payments were made to Mr. McLeod before the funds were deposited into the joint account.

[21] This approach disregards the instructions to deposit the funds into the joint account. The evidence shows that the cheques were initially received at the branch with instructions to deposit the funds into the joint account, not that Mr. McLeod, as drawer, demanded that payments be made to him as payee. The evidence is also clear that the cheques were credited to the joint account before being sent for clearing and before the funds were debited from the trust account. At no point did Trustco actually make a payment to Mr. McLeod.

[22] The argument of counsel for Canada also disregards the nature of the instrument used by the parties: a cheque. A cheque is an instrument that embodies both common law and statutory concepts. This means that both the statute governing the instrument — the *BEA* — and the common law must be taken into consideration.

[23] The argument accepted by the Tax Court judge that Mr. McLeod was the bearer of the cheque (para. 41) is inconsistent with the definition of the term “bearer” in the *BEA*, according to which a bearer is a specific type of holder, namely “the person in possession of a bill or note that is payable to bearer” (s. 2 *BEA*). To be payable to bearer, a cheque must be expressed to be so payable, or the only or last endorsement on it must be an endorsement in blank (s. 20(3) *BEA*). In this case, the cheques were neither expressed to

dépôt consiste à décomposer les opérations en deux étapes, à savoir les demandes faites par M<sup>e</sup> McLeod, en sa qualité de preneur, en vue de se faire payer les chèques et celles qu’il a faites en tant que tireur afin que le montant de ceux-ci lui soit versé à même les fonds qui lui étaient dus relativement au compte en fiducie, d’une part, et ses instructions à Trustco que les fonds soient déposés au compte conjoint, d’autre part. En d’autres termes, des paiements ont, en théorie, été faits à M<sup>e</sup> McLeod avant que les fonds n’aient été déposés au compte conjoint.

[21] Cette démarche fait abstraction des instructions que les fonds soient déposés au compte conjoint. La preuve révèle que, à l’origine, la succursale s’était vue remettre les chèques avec instructions de déposer les fonds au compte conjoint, et non que M<sup>e</sup> McLeod avait demandé, en tant que tireur, que des paiements lui soient faits en sa qualité de preneur des chèques. La preuve indique aussi de façon claire que les chèques ont été portés au crédit du compte conjoint avant d’être envoyés pour fins de compensation et avant que le compte en fiducie n’ait été débité du montant de ces derniers. À aucun moment Trustco n’a fait de paiement à M<sup>e</sup> McLeod.

[22] Par ailleurs, l’argument des avocats de Canada fait aussi abstraction de la nature de l’effet de commerce utilisé par les parties, à savoir le chèque. Le chèque étant la manifestation de concepts de common law et de concepts d’origine législative, il faut tenir compte de la loi applicable à cet effet de commerce, à savoir la *LLC*, ainsi que de la common law.

[23] L’argument retenu par le juge de la Cour de l’impôt selon lequel M<sup>e</sup> McLeod était le porteur du chèque (par. 41) est incompatible avec la définition de « porteur » dans la *LLC*, qui prévoit que le porteur est un type particulier de détenteur, à savoir « [l]a personne en possession d’une lettre ou d’un billet payable au porteur » (*LLC*, art. 2). Tout chèque est payable au porteur lorsqu’il est libellé au porteur ou lorsque l’unique ou le dernier endorsement est un endorsement en blanc (*LLC*, par. 20(3)). En l’espèce, les chèques ne stipulaient pas

be payable to bearer nor endorsed in blank. After the cheques had been delivered for deposit into the joint account, Mr. McLeod was no longer in possession of them, was not entitled to them and was therefore not their holder.

[24] More importantly, Canada's approach and the Tax Court judge's interpretation disregard the capacity in which Trustco acted. The receipt by a bank of a cheque for deposit carries with it obligations grounded both in the common law and in the banking agreement. Professor Ogilvie describes the bank's legal position in such a situation as follows:

When a customer, the payee of a cheque, deposits a cheque or other instrument in an account with the customer's bank, that bank takes on the role of collecting bank, which involves presenting the cheque for payment through the clearing system to the paying bank, that is, the bank of the drawer of the cheque from whose account at the paying bank it is expected that the cheque will be paid.

(M. H. Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada* (2007), at p. 288)

Whereas it was in *Foley v. Hill* that the House of Lords made clear that the bank is under an implied contractual duty to honour cheques drawn by its customers, it was in *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110, that the duty to collect the proceeds of a cheque was characterized as one of the common law incidents of the banking contract: "The bank undertakes to receive money and to collect bills for its customer's account" (p. 127). (See also Ogilvie, at p. 288.) Professor Goode adds that when the customer is silent about what is expected from the bank, the bank may be presumed to act as a collecting bank: R. M. Goode, "When is a cheque paid?", [1983] *J. Bus. L.* 164, at p. 164.

[25] For the collecting bank's duty to its customer to be triggered, there must be a properly payable cheque and no suspicious circumstances.

qu'ils étaient payables au porteur, et ils n'étaient pas endossés en blanc. Une fois les chèques remis à la banque en vue de leur dépôt au compte conjoint, M<sup>e</sup> McLeod n'était plus en possession de ceux-ci, il n'y avait pas droit et il n'en était donc pas le détenteur.

[24] Plus important encore, la démarche de Canada et l'interprétation du juge de la Cour de l'impôt font toutes les deux abstraction de la question de savoir à quel titre Trustco avait agi. La réception par la banque d'un chèque en vue de son dépôt emporte des obligations qui découlent tant de la common law que du contrat bancaire. Voici comment la professeure Ogilvie décrit la situation juridique de la banque en pareil cas :

[TRADUCTION] Lorsqu'un client, le preneur d'un chèque, dépose un chèque ou un autre effet dans un compte qu'il détient à la banque, celle-ci devient alors la banque d'encaissement et elle doit, à ce titre, présenter le chèque par l'entremise du système de compensation à la banque de paiement, c'est-à-dire la banque du tireur du chèque dont le compte à la banque de paiement est censé servir au paiement du chèque.

(M. H. Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada* (2007), p. 288)

Si c'est dans *Foley c. Hill* que la Chambre des Lords a établi qu'une banque avait l'obligation contractuelle implicite d'honorer les chèques tirés par son client, c'est dans l'arrêt *Joachimson c. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110, que l'obligation d'encaisser le produit d'un chèque a été qualifiée comme étant l'une des règles de common law inhérentes au contrat bancaire : [TRADUCTION] « La banque s'engage à recevoir des fonds et à encaisser des lettres pour le compte de son client » (p. 127). (Voir également Ogilvie, p. 288.) Le professeur Goode ajoute que, dans le cas où le client ne dit pas à sa banque ce qu'il attend d'elle, on peut présumer que la banque agit à titre de banque d'encaissement : R. M. Goode, « When is a cheque paid? », [1983] *J. Bus. L.* 164, p. 164.

[25] Pour que l'obligation de la banque d'encaissement envers son client entre en jeu, il doit y avoir un chèque à bon droit payable et il ne doit

In undertaking to collect a deposited cheque, the collecting bank must select the collection method with reasonable care, promptly present the deposited cheque for collection, receive payment for it and credit the customer's account or, if applicable, give notice of dishonour (B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), vol. 2, at pp. 10-43, 10-46 and 10-51; E. P. Ellinger, E. Lomnicka and R. Hooley, *Modern Banking Law* (3rd ed. 2002), at p. 598).

[26] The situation of a bank that credits its customer's account before actually receiving the proceeds of collection raises, in Crawford's words (p. 24-6), an "interesting conceptual problem". However, as he correctly points out, this interesting question is of no practical importance in Canada. Section 165(3) of the *BEA* provides that a bank which receives a cheque for deposit acquires all the rights and powers of a holder in due course (Crawford, at p. 10-78; J. S. Ziegel, B. Geva and R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials* (3rd ed. 1995), vol. II, at pp. 362-63).

[27] In the case at bar, Trustco was put in possession of the cheques by the payee, Mr. McLeod, or by someone acting on his behalf, with instructions to deposit them. Not only was Mr. McLeod one of the holders of the joint account, but Trustco's contract with the account's holders authorized it to accept cheques from persons who provided the account number. It has not been suggested that the instructions to deposit the cheques were not actually given or that there was any doubt that the payee or his agent had the authority to give them. Since Trustco was in lawful possession of the cheques, it can safely be concluded that, once it had received the cheques for deposit and credited them to the joint account, it acquired the rights of a holder in due course pursuant to s. 165(3) of the *BEA* and was under a contractual obligation to the holders of the joint account to present the cheques for payment.

pas exister de circonstances suspectes. Pour encaisser un chèque qui a été déposé, la banque d'encaissement doit faire preuve de diligence raisonnable lorsqu'elle choisit la méthode d'encaissement, elle doit présenter promptement le chèque en vue de son encaissement, en recevoir le paiement, et le porter au crédit du compte du client ou, le cas échéant, donner avis du refus de la banque tirée (B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 10-43, 10-46 et 10-51; E. P. Ellinger, E. Lomnicka et R. Hooley, *Modern Banking Law* (3<sup>e</sup> éd. 2002), p. 598).

[26] La situation dans laquelle se trouve la banque qui porte le produit du chèque au crédit du compte de son client avant même de l'avoir reçu soulève, pour reprendre les mots de Crawford (p. 24-6), un [TRADUCTION] « problème conceptuel intéressant ». Toutefois, comme il le souligne à juste titre, cette question intéressante n'a aucune importance pratique au Canada. Le paragraphe 165(3) de la *LLC* prévoit que la banque qui reçoit un chèque pour dépôt acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque (voir Crawford, p. 10-78; J. S. Ziegel, B. Geva et R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials* (3<sup>e</sup> éd. 1995), vol. II, p. 362-363).

[27] En l'espèce, Trustco s'est vue remettre les chèques par le preneur, M<sup>e</sup> McLeod, ou par une autre personne agissant au nom de ce dernier, avec instructions de les déposer. Non seulement M<sup>e</sup> McLeod était-il l'un des titulaires du compte conjoint, mais le contrat entre Trustco et les titulaires de ce compte autorisait celle-ci à accepter des chèques de la part de toute personne lui fournissant le numéro du compte. Personne n'a laissé entendre que les instructions de déposer les chèques n'ont pas vraiment été données ou qu'elles ont suscité des doutes quant au pouvoir du preneur ou de son mandataire à cet égard. Comme Trustco était en possession légitime des chèques, on peut conclure sans risquer de se tromper qu'après les avoir reçus pour dépôt et les avoir portés au crédit du compte conjoint elle avait acquis les droits d'un détenteur régulier au sens du par. 165(3) de la *LLC* et avait, à l'égard des titulaires de ce compte, une obligation contractuelle de présenter les chèques au paiement.

[28] With some exceptions that do not apply in this case, presentment is a precondition for payment (s. 84(1) *BEA*). Presentment must be made by a holder (s. 84(3) *BEA*), and payment must be made to a holder (s. 138(2) *BEA*). This mechanism rests not on formalism, but on the internal logic of the *BEA* and on the contractual relationship of a bank with its account holders. The manner in which cheques deposited into bank accounts are processed is grounded in the premise that banks deal primarily with persons who hold accounts with them and in the implicit contractual undertaking of banks to collect the proceeds of cheques deposited in their customers' accounts. In this case, Trustco collected the cheques on behalf of Mr. McLeod and Mr. Maier jointly, not of Mr. McLeod alone. As the Chief Justice acknowledges, there are good reasons not to confound the holders of a joint account with a single one of its holders: M. H. Ogilvie, "Why Joint Accounts Should Not Be Garnished — *Westcoast Commodities Inc. v. Jose Chow Chen*" (1986-1987), 1 *B.F.L.R.* 267. This means that in the instant case, the payee, Mr. McLeod, cannot be confused with the holders of the joint account even though he is one of them.

[29] In addition to the contract clause authorizing Trustco to accept deposits to the joint account from any person who could provide the account number, there was a clause to the effect that the amount of any instrument previously cashed, negotiated or credited by Trustco and returned unpaid or unsettled could be debited from the joint account. These clauses are relevant to a situation in which a bank receives a cheque, credits an account and then presents the cheque for payment. If the cheque is returned unpaid, the collecting bank may debit its customer's account. The clauses in question do not support an inference that the receipt of a cheque for deposit in the joint account would on its own suffice for Trustco to become liable to make a payment to Mr. McLeod.

[28] Sauf quelques exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, la présentation est une condition préalable au paiement (*LLC*, par. 84(1)). La présentation doit être faite par un détenteur (*LLC*, par. 84(3)), et le paiement doit être fait à un détenteur (*LLC*, par. 138(2)). Ce mécanisme repose non pas sur une approche formaliste, mais sur la logique interne de la *LLC* et la relation contractuelle qui existe entre la banque et les titulaires de comptes chez elle. Le traitement de chèques déposés à des comptes bancaires repose, d'une part, sur la prémisse que les banques font principalement affaire avec des personnes titulaires de comptes chez elle et, d'autre part, sur l'engagement contractuel implicite des banques d'encaisser le produit des chèques déposés aux comptes de leurs clients. En l'espèce, Trustco a encaissé les chèques pour le compte de M<sup>e</sup> McLeod et de M<sup>e</sup> Maier conjointement, et non pas uniquement de M<sup>e</sup> McLeod. Comme le reconnaît la Juge en chef, il existe de bonnes raisons de ne pas traiter les titulaires d'un compte conjoint comme s'il s'agissait d'un seul d'entre eux : M. H. Ogilvie, « Why Joint Accounts Should Not Be Garnished — *Westcoast Commodities Inc. v. Jose Chow Chen* » (1986-1987), 1 *B.F.L.R.* 267. Cela signifie qu'en l'espèce le preneur des chèques, M<sup>e</sup> McLeod, ne saurait être assimilé aux titulaires du compte conjoint, même s'il est l'un d'eux.

[29] Outre la disposition contractuelle autorisant Trustco à accepter le dépôt de fonds au compte conjoint par toute personne en mesure de fournir le numéro du compte, une disposition prévoyait que le compte pouvait être débité du montant de tout effet antérieurement encaissé, négocié ou crédité par Trustco et retourné non payé ou non réglé. Ces dispositions sont pertinentes dans les cas où la banque reçoit un chèque, le porte au crédit d'un compte et le présente ensuite au paiement. Si le chèque est retourné non payé, la banque d'encaissement peut débiter le compte de son client. Les dispositions en question n'étaient pas l'inférence que la réception d'un chèque par Trustco en vue de son dépôt au compte conjoint suffisait à elle seule à lui imposer l'obligation de faire un paiement à M<sup>e</sup> McLeod.

[30] In discharging its duties as the collecting bank, Trustco had to be alert to suspicious circumstances. However, the fact that cheques are drawn on a trust account is not material to the collecting bank's duties. As Garon T.C.C.J. pointed out in *Bank of Montreal v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2292, it is generally not incumbent on a bank to police a trust account (p. 2295). In crediting the joint account, sending the cheques to a third party for clearing, and receiving the proceeds, Trustco was acting on the basis of its contractual relationship with the holders of the joint account and not on behalf of Mr. McLeod personally. When Trustco debited the trust account the next day, it was not making a payment to Mr. McLeod or to an agent acting for him alone.

[31] The Chief Justice expresses the opinion that Trustco never became the holder of the cheques. With respect, the fact that the cheques were not endorsed does not mean that Trustco did not acquire the rights of a holder in due course which results from having received valid cheques in good faith. Section 165(3) of the *BEA* was in fact adopted to avoid the argument that a bank that receives for deposit a cheque bearing a restrictive endorsement or no endorsement at all is not a holder — its purpose was not to protect against fraudulent endorsements (see s. 67(2) *BEA*; *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, at paras. 76-81; *J.C. Creations Ltd. v. Vancouver City Savings Credit Union*, 2004 BCCA 107, 236 D.L.R. (4th) 602; *Westboro Flooring & Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia* (2004), 241 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.)). However, the fact that Trustco had acquired the rights and powers of a holder in due course of the cheques — as uncontroversial as it may be — is not the reason why Trustco was not liable to pay moneys to the tax debtor, Mr. McLeod. The reason Trustco owed no money to Mr. McLeod is that it was acting as the collecting bank for its customers, the holders of the joint account. It did

[30] En s'acquittant de ses obligations à titre de banque d'encaissement, Trustco devait s'assurer qu'il n'existait pas de circonstances suspectes. Toutefois, le fait que des chèques soient tirés sur un compte en fiducie n'a pas d'incidence sur les obligations de la banque d'encaissement. Comme l'a souligné le juge Garon, de la Cour canadienne de l'impôt, dans *Banque de Montréal c. Canada (ministre du Revenu national)*, [1991] A.C.I. n° 930 (QL), de façon générale, les banques ne sont pas tenues de surveiller l'utilisation qui est faite des comptes en fiducie. En portant les chèques au crédit du compte conjoint, les envoyant à une tierce partie pour fins de compensation et en recevant le produit, Trustco agissait toujours sur le fondement de sa relation contractuelle avec les titulaires du compte conjoint et non pour le compte de M<sup>e</sup> McLeod à titre personnel. En débitant le compte en fiducie le lendemain, Trustco ne faisait pas de paiement à M<sup>e</sup> McLeod ou à un mandataire de ce dernier agissant exclusivement pour lui.

[31] La Juge en chef est d'avis que Trustco n'est jamais devenue la détentrice des chèques. En toute déférence, j'estime que le fait que les chèques n'ont pas été endossés ne signifie pas pour autant que Trustco n'a pas acquis les droits d'un détenteur régulier que confère à une banque la réception de bonne foi de chèques valablement faits. De fait, le par. 165(3) de la *LLC* a été adopté afin d'éviter l'argument que la banque qui reçoit pour dépôt un chèque comportant un endossement restrictif ou un chèque sans aucun endossement n'a pas la qualité de détentrice — il ne vise pas à offrir une protection contre les faux endossements (voir *LLC*, par. 67(2); *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, par. 76-81; *J.C. Creations Ltd. c. Vancouver City Savings Credit Union*, 2004 BCCA 107, 236 D.L.R. (4th) 602; *Westboro Flooring & Décor c. Bank of Nova Scotia* (2004), 241 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.)). Cependant, le fait que Trustco avait acquis les droits et pouvoirs d'un détenteur régulier des chèques — si peu controversé soit-il — n'est pas la raison pour laquelle elle n'était pas tenue de remettre les fonds au débiteur fiscal, M<sup>e</sup> McLeod. Trustco ne devait aucun montant à M<sup>e</sup> McLeod



not collect the proceeds of the cheques as agent for the payee, Mr. McLeod.

[32] The Chief Justice relies on *B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2009 SCC 15, [2009] 1 S.C.R. 504, in support of the proposition that, in the case at bar, Trustco, as the collecting bank, acted as agent for the payee. *B.M.P.* concerned a payment made under a mistake of fact. In it I wrote, in discussing the equitable defence of change of position (para. 63) and the consequences on tracing of the passage of a cheque through the clearing system (paras. 76 and 83), that the Bank of Nova Scotia, as the collecting bank, had received the funds as agent for the payee, B.M.P. In that case, because the payee had instructed its bank to deposit the cheque into its own account, the distinction in the instant case between the payee and the account holder on whose behalf the cheque is collected did not arise. The payee and the account holder were the same person, B.M.P. Since the contractual duty to collect the proceeds of a cheque is owed to the customer in whose account the cheque is deposited, it would have been more precise to say that the collecting bank acts as agent for the person in whose account the cheque has been deposited. This choice of words in a case dealing with mistake of fact and tracing cannot serve as a basis for holding that a collecting bank has a contractual relationship with someone other than the holder of the account to which the cheque is credited.

[33] In the case at bar, the only instructions received were to deposit the cheques to the credit of the joint account, and it is these instructions that triggered the duty to collect the proceeds of the cheques. The contract that incorporates the implied term imposing on the bank the duty to proceed to collect on the cheque is the one between Trustco and the holders of the joint account. There is no contract between a bank and a payee in his or her capacity as payee.

parce qu'elle avait agi à titre de banque d'encaissement pour ses clients, à savoir les titulaires du compte conjoint. Elle n'a pas encaissé le produit des chèques à titre de mandataire du preneur, M<sup>c</sup> McLeod.

[32] La Juge en chef invoque *B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2009 CSC 15, [2009] 1 R.C.S. 504, à l'appui de la thèse qu'en l'espèce Trustco a agi comme mandataire du preneur des chèques, en sa qualité de banque d'encaissement. Dans *B.M.P.*, il était question d'un paiement fait par erreur de fait. En analysant le changement de situation comme moyen de défense en equity (par. 63) et les conséquences du passage d'un chèque par le système de compensation sur la possibilité de suivre les fonds (par. 76 et 83), j'y ai écrit que la Banque de Nouvelle-Écosse avait, en sa qualité de banque d'encaissement, reçu les fonds à titre de mandataire du preneur, B.M.P. Dans cette affaire, le preneur ayant demandé à sa banque de déposer le chèque à son propre compte, la distinction à faire en l'espèce entre le preneur et le titulaire du compte pour qui le chèque est encaissé n'existait pas. En effet, le preneur et le titulaire du compte étaient la seule et même personne, à savoir B.M.P. Comme l'obligation contractuelle d'encaisser le produit d'un chèque existe envers le client au compte duquel le chèque est déposé, il aurait été plus juste de dire que la banque d'encaissement agissait comme mandataire de la personne au compte de laquelle le chèque était déposé. Ce choix de mots dans une affaire d'erreur de fait et de suivi de fonds ne peut servir de fondement à la conclusion qu'il incombe à une banque d'encaissement une obligation contractuelle à l'égard d'une personne autre que le titulaire du compte où le chèque est déposé.

[33] En l'espèce, les seules instructions reçues par la banque étaient de déposer les chèques au compte conjoint, et ce sont ces instructions qui ont déclenché l'obligation d'encaisser ceux-ci. Le contrat qui comporte la modalité implicite selon laquelle la banque est tenue d'encaisser les chèques est celui qui lie Trustco aux titulaires du compte conjoint. Il n'existe pas de contrat entre une banque et un preneur en sa qualité de preneur.

[34] This approach is not formalistic. No significance is attached to the fact that the cheques were processed through the clearing system. Trustco's acceptance of the cheques for deposit in the joint account could not have resulted in a liability to pay the Receiver General: the obligation resulting from that acceptance was to the holders of the joint account, and Canada concedes that the funds in the joint account could not be attached.

[35] Canada nonetheless contends that the focus should be on the fact that Mr. McLeod was acting in this case in his capacity as payee and as a creditor of Trustco by virtue of his status as holder of the trust account, and that he was demanding payment from Trustco in its capacity as drawee. Since the Chief Justice accepts this argument, I will now explain why it must fail.

#### B. *Obligation of a Drawee*

[36] *Schroeder v. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735 (C.P. Div.), is important to an understanding of the nature of the obligations of a drawee bank to the payee. In it, the payee contended that the cheque constituted an absolute assignment of the funds in his hands and that he was therefore entitled to receive payment from the drawee bank. The drawee bank countered that a bank on which a cheque is drawn is under no liability to pay the holder of the cheque. The court agreed with the bank (at p. 737):

A cheque is a request to pay and nothing more; it does not purport to be an assignment, and it is impossible, therefore, to regard it as an assignment of so much money. The bankers hold their customer's money on an implied contract to pay his cheques up to the amount of his balance in their hands, for breach of which they would be liable in damages to the drawer. But there is no contract by the bankers with the payees of the cheque, and they can have no remedy against the bank unless by the statute.

[37] This approach is consistent with the reasoning in *Foley v. Hill*. A banker's obligation arises out of the debtor-creditor relationship created when

[34] Il ne s'agit pas d'une approche formaliste. Aucune importance n'est accordée au fait que les chèques ont été traités par l'entremise du système de compensation. Trustco ne pouvait avoir d'obligation envers le receveur général du fait qu'elle avait accepté des chèques pour dépôt au compte conjoint : cela lui imposait plutôt une obligation à l'égard des titulaires de ce compte; d'ailleurs, Canada concède que les fonds détenus dans le compte conjoint ne pouvaient être saisis.

[35] Canada soutient néanmoins qu'il faut mettre l'accent sur le fait que M<sup>c</sup> McLeod agissait à titre de preneur et de créancier de Trustco en sa qualité de titulaire du compte en fiducie, et qu'il demandait à cette dernière de lui remettre les fonds en sa qualité de banque tirée. Contrairement à la Juge en chef, je n'accepte pas cet argument et je vais maintenant expliquer pourquoi.

#### B. *Obligations du tiré*

[36] Pour bien comprendre la nature des obligations de la banque tirée envers le preneur, il faut se reporter à l'arrêt *Schroeder c. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735 (C.P. Div.). Dans cette affaire, le preneur affirmait que le chèque opérait en sa faveur une cession absolue des fonds et qu'il avait donc le droit de se les faire remettre par la banque tirée. Celle-ci s'opposait à cet argument en faisant valoir qu'il n'incombait à la banque sur laquelle un chèque était tiré aucune obligation de payer le détenteur de ce dernier. Le tribunal a retenu la thèse de la banque (p. 737) :

[TRADUCTION] Un chèque n'est rien d'autre qu'un ordre de payer; il n'est pas censé constituer une cession, et il est donc impossible de le considérer comme une cession de fonds aussi importants. Les banquiers détiennent l'argent de leur client en vertu d'un engagement tacite de payer ses chèques jusqu'à concurrence du montant du solde de son compte, à défaut de quoi ils peuvent être condamnés à verser des dommages-intérêts au tireur. Mais il n'existe pas de contrat entre les banquiers et les preneurs du chèque, et il n'y a de recours contre la banque que si la loi le prévoit.

[37] Cette manière d'aborder la question s'accorde avec le raisonnement suivi dans *Foley c. Hill*. L'obligation qui incombe au banquier découle de

a bank account is opened. The payee is not a party to this contractual relationship, and the mere fact of being a payee does not entail such a relationship with the drawee.

[38] For the purpose of determining whether, absent any contractual relationship with the payee of a cheque, a drawee bank owes the payee any duty, the definition of a cheque in the *BEA* is relevant: “A cheque is a bill drawn on a bank, payable on demand” (s. 165(1)). A bill is defined as follows (s. 16(1) *BEA*):

16. (1) A bill of exchange is an unconditional order in writing, addressed by one person to another, signed by the person giving it, requiring the person to whom it is addressed to pay, on demand or at a fixed or determinable future time, a sum certain in money to or to the order of a specified person or to bearer.

[39] In addition, the *BEA* explicitly states that the mere issuance of a cheque does not operate as an assignment of funds in the hands of the drawee (s. 126 *BEA*):

126. A bill, of itself, does not operate as an assignment of funds in the hands of the drawee available for the payment thereof, and the drawee of a bill who does not accept as required by this Act is not liable on the instrument.

[40] These provisions, read together, mirror the principles stated in *Schroeder* and incorporate them into the statute. A cheque operates neither as an assignment of funds in the hands of the payee nor as an assignment of funds in the hands of the drawee. It is a document by means of which a customer orders his or her banker to pay funds the banker owes the customer to a person or to the order of that person out of the account specified on it. In and of itself, a cheque imposes no obligation on a drawee bank to the payee. This interpretation is well entrenched in our law and was accepted by Canada at trial: *Schroeder; Thomson v. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 S.C.R. 287, at p. 298; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194 (Man. C.A.), at para. 19.

la relation débiteur-créancier créée au moment de l’ouverture du compte bancaire. Le preneur n’est pas partie à cette relation contractuelle, et sa simple qualité de preneur ne fait pas naître une telle relation entre lui et le tiré.

[38] Pour savoir si, à défaut de relation contractuelle entre eux, il incombe à la banque tirée une quelconque obligation à l’égard du preneur d’un chèque, il faut tenir compte de la définition du chèque figurant dans la *LLC* : « Le chèque est une lettre tirée sur une banque et payable sur demande » (par. 165(1)). Cette loi définit la lettre de change de la façon suivante (*LLC*, par. 16(1)) :

16. (1) La lettre de change est un écrit signé de sa main par lequel une personne ordonne à une autre de payer, sans condition, une somme d’argent précise, sur demande ou à une échéance déterminée ou susceptible de l’être, soit à une troisième personne désignée — ou à son ordre —, soit au porteur.

[39] En outre, la *LLC* énonce expressément que la simple émission d’un chèque n’a pas pour effet de transférer des fonds au tiré (*LLC*, art. 126) :

126. La lettre n’a pas pour effet de transférer des fonds au tiré pour son paiement, et le tiré qui ne consent pas à l’acceptation prévue par la présente loi n’est pas obligé par l’effet.

[40] Interprétées conjointement, ces dispositions reflètent les principes énoncés dans *Schroeder* et les incorporent au texte de loi. Le chèque n’a pas pour effet de transférer des fonds au preneur ou d’en transférer au tiré. Il s’agit d’un document par lequel le client donne à son banquier l’ordre de payer à une personne ou à l’ordre de cette personne l’argent qu’il lui doit en le prélevant sur le compte indiqué sur le chèque. En soi, le chèque n’impose à la banque tirée aucune obligation envers le preneur. Cette interprétation est bien établie en droit canadien et Canada l’a acceptée au procès : *Schroeder; Thomson c. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 R.C.S. 287, p. 298; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194 (C.A. Man.), par. 19.

[41] The statutory duty of a bank to pay a cheque is governed by the rules applicable to presentment. With some exceptions, as I mentioned above, presentment is mandatory (s. 84(1) *BEA*). The general rule for presentment of a cheque is as follows (s. 86(1) *BEA*):

86. (1) Presentment of a bill must be made by the holder or by a person authorized to receive payment on his behalf, at the proper place as defined in section 87, and either to the person designated by the bill as payer or to his representative or a person authorized to pay or to refuse payment on his behalf, if with the exercise of reasonable diligence such person can there be found.

A bank may incur other liabilities in circumstances which do not arise in the case at bar, upon acceptance within the meaning of s. 34 of the *BEA*, for example. That is not the case here. At the time of presentment, Mr. McLeod was no longer a holder. Only Trustco had the rights and powers of a holder in due course.

[42] *Bank of Montreal* illustrates clearly that the duty to honour the customer's cheque is triggered only at the time the holder presents the cheque to the drawee for payment. In that case, requirements to pay had been issued to the Bank of Montreal in relation to tax owed by a customer of the bank who held a trust account there. The tax debtor drew cheques payable to himself on the trust account and endorsed them in blank. The cheques were subsequently endorsed by his wife and presented to the Bank of Montreal for payment. Garon T.C.C.J. found, correctly in my view, that

[i]n the present case the moneys payable by virtue of the two cheques in issue were not payable to the tax debtor, since at the time of presentment of the cheques to the bank, after the endorsement by Mrs. Lynn Morgan, Mr. Morgan was no longer the bearer of these cheques. He was not at that point in time entitled to receive the proceeds of the cheques. [p. 2294]

[43] This Court applied the same rule in *Capital Associates Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1976),

[41] L'obligation légale d'une banque de payer un chèque est régie par les règles en matière de présentation au paiement. Comme je l'ai déjà mentionné, la présentation est obligatoire, sous réserve de certaines exceptions (*LLC*, par. 84(1)). La règle générale en matière de présentation d'un chèque est ainsi formulée (*LLC*, par. 86(1)) :

86. (1) La présentation doit être faite par le détenteur, ou par une personne autorisée à recevoir le paiement en son nom, au lieu voulu — tel que défini à l'article 87 — et soit à la personne désignée par la lettre comme payeur, soit à son représentant ou à une personne autorisée à payer ou à refuser paiement en son nom, si, en faisant les diligences nécessaires, on peut y trouver cette dernière.

La banque peut assumer d'autres obligations dans des situations qui ne nous intéressent pas ici, comme par exemple par l'acceptation d'un chèque au sens de l'art. 34 de la *LLC*. Ce n'est pas le cas en espèce. Au moment de la présentation, M<sup>c</sup> McLeod n'avait plus la qualité de détenteur. Seule Trustco avait les droits et pouvoirs du détenteur régulier.

[42] L'affaire *Banque de Montréal* illustre clairement que l'obligation d'honorer le chèque d'un client ne naît qu'au moment où le détenteur présente le chèque au tiré en vue d'en obtenir le paiement. Dans cette affaire, des demandes péremptoires de paiement avaient été adressées à la Banque de Montréal relativement à des impôts que devait un client de celle-ci qui y détenait un compte en fiducie. Le débiteur fiscal avait tiré sur le compte en fiducie des chèques payables à lui-même et qu'il avait endossés en blanc. Les chèques avaient par la suite été endossés par son épouse et présentés au paiement à la Banque de Montréal. À mon avis, c'est à bon droit que le juge Garon, de la Cour canadienne de l'impôt, a conclu ce qui suit :

En l'espèce, les deniers payables en vertu des deux chèques en question n'étaient pas payables au débiteur fiscal, puisque, au moment de la présentation des chèques à la banque, après que M<sup>me</sup> Lynn Morgan les eut endossés, M<sup>c</sup> Morgan n'en était plus le porteur. À ce moment, il n'était pas en droit de recevoir le produit des chèques.

[43] Notre Cour a appliqué la même règle dans l'affaire *Capital Associates Ltd. c. Royal Bank*

65 D.L.R. (3d) 384, aff'g (1973), 36 D.L.R. (3d) 579 (Que. C.A.). In that case, Capital Associates Ltd. deposited a cheque in its account at the Royal Bank. The cheque was drawn by All-Canadian Group Distributors Ltd. on an account at the same branch of the Royal Bank. After the cheque had been deposited, All-Canadian ordered the bank to stop payment on it. All-Canadian's account had not yet been debited at the time of the stop payment order. The Royal Bank refused payment. In the Court of Appeal, Rivard J.A., with whose reasons this Court agreed, adopted the view that the facts in that case should be distinguished from those of a case in which the bank pays in cash or certifies a cheque. He explained the process as follows (at pp. 583-84):

[TRANSLATION] I do not accept the proposition submitted by the appellant that in depositing the cheque with the Royal Bank, it was presenting it for payment.

Capital, in depositing the cheque, did not demand payment, but gave authority to the bank to present the cheque for payment to All-Canadian. All-Canadian refused to pay, and the bank cannot be responsible to Capital.

[44] *Capital Associates* illustrates not only the distinction between delivery of a cheque for deposit and presentment for payment, but also the rationale for the rules that a bank to which a payee delivers a cheque owes no duty to that person as payee and that it is only when the cheque is presented to the bank in its capacity as drawee that it is requested to disburse the funds. Between the time the cheque is issued and the time it is presented for payment, many intervening circumstances are possible: for example, payment could be stopped as in *Capital Associates*, the cheque could be negotiated to a third party, an excessive delay could occur, or the drawer could become insolvent or incapacitated. In general, a bank does not assume any risks that may be incurred between the time it receives the cheque for deposit and the time it presents the cheque to the drawee for payment. The funds used by the drawee bank to pay the cheque are funds of the drawer. It is the drawer who transfers funds using the cheque mechanism. As is stated in the *BEA*, it is the drawer

*of Canada* (1976), 17 N.R. 204, conf. (1973), 17 N.R. 205 (C.A. Qué.). Dans cette affaire, Capital Associates Ltd. avait déposé un chèque au compte qu'elle détenait à la Banque Royale. Le chèque était tiré par All-Canadian Group Distributors Ltd. sur un compte détenu à la même succursale de la Banque Royale. Après que le chèque eut été déposé, All-Canadian a fait opposition au paiement de ce dernier. À ce moment-là, le compte d'All-Canadian n'avait pas encore été débité du montant du chèque. La Banque Royale a refusé de faire le paiement. En cour d'appel, le juge Rivard a exposé des motifs — auxquels notre Cour a souscrit — où il a adopté le point de vue que l'affaire devait être distinguée des cas de paiement en espèces ou de certification de chèques. Voici comment il a expliqué le processus (par. 28-29) :

Je n'accepte pas la proposition de l'appelante soumettant qu'en déposant le chèque à la Banque Royale, elle le présentait pour paiement.

Capital en déposant ce chèque, n'a pas exigé paiement, mais a donné mandat à la Banque de le présenter pour paiement à All-Canadian. All-Canadian a refusé ce paiement, et la Banque ne peut être responsable envers Capital.

[44] Cette affaire illustre non seulement la distinction entre la remise d'un chèque pour dépôt et la présentation au paiement, mais aussi la raison d'être des règles suivant lesquelles la banque à qui le preneur présente le chèque n'a aucune obligation envers lui en tant que preneur et n'est tenue de déboursier les fonds qu'au moment où le chèque lui est présenté en sa qualité de banque tirée. Plusieurs faits peuvent survenir entre le moment où le chèque est libellé et celui de sa présentation au paiement : par exemple, une opposition au paiement peut être faite, comme c'était le cas dans l'affaire *Capital Associates*, le chèque peut être négocié en faveur d'un tiers, il peut s'écouler un délai excessif, ou encore le tireur peut devenir insolvable ou être frappé d'incapacité. En règle générale, la banque n'assume aucun risque susceptible de se réaliser entre le moment où elle reçoit le chèque pour dépôt et celui de la présentation de celui-ci au tiré en vue de son paiement. Les fonds dont la banque tirée se sert pour payer le chèque sont ceux du tireur,

who promises that upon presentment, payment will be made (s. 129 *BEA*):

129. The drawer of a bill by drawing it

(a) engages that on due presentment it shall be accepted and paid according to its tenor, and that if it is dishonoured he will compensate the holder or any endorser who is compelled to pay it, if the requisite proceedings on dishonour are duly taken; . . .

[45] It is clear from the rules applicable to presentment that the drawee bank's obligation — to make payment to the holder of the cheque — is to the drawer only and that this obligation is triggered only when the cheque is presented to it. It is also clear that, except as provided in the *BEA*, the drawee is obliged, as between itself and the drawer, to disburse the funds only upon presentment of the bill by the holder — the person who is entitled to receive them — or by the holder's agent.

[46] In addition, it is clear from the above discussion that, viewed either from the angle of Mr. McLeod being the payee or from that of Trustco being the drawee, the mere fact that cheques payable to Mr. McLeod were delivered to Trustco for deposit did not make the latter liable to make a payment to the former within the meaning of s. 224(1) of the *ITA*.

[47] In her reasons in this case, the Chief Justice relies on a comment by Prof. Ogilvie in support of the proposition that there may be a contract between the payee and the drawee bank (*Bank and Customer Law in Canada*, at pp. 288-91). With respect, I do not read Prof. Ogilvie's comment as supporting this broad proposition. Rather, it is in explaining the different recourses available to a bank's customer in respect of a delayed payment in a scenario in which a cheque has been deposited in the payee's account and the accounts of both the payee and the drawer are at the same bank that she states that the payee can bring an action in breach of contract against

à savoir la personne qui procède au transfert des fonds en se servant du mécanisme que le chèque permet d'activer. Comme le précise la *LLC*, c'est la personne qui tire une lettre qui promet que celle-ci sera payée sur présentation (*LLC*, art. 129) :

129. La personne qui tire une lettre, ce faisant :

a) promet que, sur présentation en bonne et due forme, elle sera acceptée et payée à sa valeur, et s'engage, en cas de refus, à indemniser le détenteur ou tout endosseur forcé de l'acquitter, si les formalités obligatoires à la suite d'un refus ont été dûment remplies; . . .

[45] Il ressort clairement des règles en matière de présentation que l'obligation de la banque tirée, à savoir celle de faire un paiement au détenteur du chèque, ne lui incombe qu'à l'égard du tireur et que cette obligation n'est déclenchée qu'au moment où le chèque lui est présenté. Il est également clair que, sous réserve des dispositions de la *LLC*, l'obligation du tiré envers le tireur consiste à déboursier les fonds seulement sur présentation de la lettre par son détenteur, à savoir la personne ayant le droit de recevoir les fonds, ou par le mandataire de cette personne.

[46] Il ressort également de ce qui précède que, tant du point de vue de M<sup>e</sup> McLeod, en sa qualité de preneur, que de celui de Trustco, en tant que banque tirée, le simple fait que des chèques payables à M<sup>e</sup> McLeod ont été remis à Trustco en vue de leur dépôt n'imposait pas à celle-ci l'obligation de faire un paiement à celui-là en application du par. 224(1) de la *LIR*.

[47] Dans ses motifs de jugement en l'espèce, la Juge en chef s'appuie sur un commentaire de la professeure Ogilvie pour étayer l'affirmation qu'il existe peut-être un contrat entre le preneur et la banque tirée (*Bank and Customer Law in Canada*, p. 288-291). En toute déférence, je ne pense pas que ce commentaire étaye cette affirmation générale. La professeure Ogilvie affirme plutôt, en expliquant les différents recours qui s'offrent au client d'une banque en cas de retard du paiement d'un chèque déposé au compte du preneur, dans la situation où celui-ci et le tireur ont tous les deux un compte à la même banque, que le preneur

the bank — in her example, the bank would have breached its duty to its client to present the cheque within a reasonable time. It should be noted that, in such circumstances, the bank that causes the delay happens to be the collecting bank — a party to the contract with the holder of the account in which the cheque is deposited. It cannot, in my view, be inferred from Prof. Ogilvie's comment that there is a contractual obligation to pay the amount of a cheque to the payee merely because the payee and the drawer are customers of the same bank. If a bank has a contractual duty to a customer, it flows from the fact that the customer has either given the bank instructions as the drawer of the cheque and holder of the account from which the cheque is to be paid, or instructed the bank to collect the cheque as the holder of the account in which the cheque is deposited. I would add that the situation is different where, as in the case at bar, the payee is not the sole holder of the account in which the cheque is deposited.

[48] In this case, Mr. McLeod's rights as the holder of an account with the bank do not inform or affect his rights as payee of the cheques. If we assume for the sake of argument that the requirements to pay did not exist and that Canada did not make the concessions it has made, Trustco would, had Mr. McLeod presented the cheques at his branch for immediate payment to himself (i.e. cashed them), have been in breach of its contractual obligations to Mr. McLeod as the holder of the trust account had it failed to pay. In any event, this is not what happened. Not only were the cheques deposited, anonymously, to the credit of a joint account, but they had to go through the clearance system first before being presented for payment. *Capital Associates* makes it clear that presentment for payment and deposit are not synonymous. This distinction is critical to the disposition of this case.

peut intenter une action pour violation de contrat contre la banque — dans cet exemple, la banque aurait manqué à son obligation envers son client de présenter le chèque dans un délai raisonnable. Il convient de souligner que, dans de telles circonstances, la banque à l'origine du retard est, en fait, la banque d'encaissement, à savoir la partie au contrat conclu avec le titulaire du compte où le chèque est déposé. Selon moi, le commentaire de la professeure Ogilvie ne permet pas de déduire qu'il existe une obligation contractuelle de verser le montant du chèque au preneur simplement parce que ce dernier et le tireur sont des clients de la même banque. S'il incombe à la banque une obligation contractuelle envers son client, c'est soit parce que celui-ci lui a donné pour instructions de payer le chèque — en sa qualité de tireur du chèque et titulaire du compte d'où proviennent les fonds nécessaires —, soit parce qu'il lui a demandé de l'encaisser, en tant que titulaire du compte où le chèque est déposé. J'ajouterais que la situation est différente dans les cas où, comme en l'espèce, le preneur n'est pas le seul titulaire du compte où le chèque est déposé.

[48] En l'espèce, les droits de M<sup>c</sup> McLeod en sa qualité de titulaire d'un compte à la banque n'ont aucun effet sur ses droits à titre de preneur des chèques. Si l'on supposait, pour les fins de la discussion, que Canada n'avait fait aucune demande péremptoire de paiement ni aucune concession — contrairement à ce qui s'est produit en réalité —, il faudrait conclure, dans le cas où M<sup>c</sup> McLeod aurait présenté les chèques à sa succursale en vue de s'en faire remettre le montant sur-le-champ (s'il les avait encaissés), que Trustco aurait violé les obligations contractuelles qui lui incombaient à l'égard de ce dernier, en sa qualité de titulaire du compte en fiducie, si elle avait omis de le lui verser. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas ce qui s'est produit. Non seulement les chèques ont-ils été déposés de façon anonyme au compte conjoint, mais ils devaient d'abord être traités par l'entremise du système de compensation avant la présentation au paiement. L'arrêt *Capital Associates* établit clairement que la présentation au paiement et le dépôt ne sont pas synonymes. Cette distinction est d'une importance cruciale pour l'issue de la présente affaire.

[49] The fact that Trustco received the cheques both for deposit and for payment as drawee — although not simultaneously — has complicated the resolution of the dispute. The English case of *Boyd v. Emmerson* (1834), 2 Ad. & E. 184, 111 E.R. 71, is one that involved facts similar to those of the instant case. In *Boyd*, the plaintiff had told the cashier of a bank to place a cheque to his credit. The same bank was the drawee. It refused to honour the cheque, because the drawer did not have sufficient funds. Lord Denman C.J. held that the bank was within its right to refuse the payment, because it had taken the cheque for collection. The bank had followed its customer's instruction to credit the cheque to his account. As a result, the credit was subject to the contingency of there being sufficient funds in the drawer's account.

[50] *Boyd*, *Bank of Montreal* and *Capital Associates* are relevant to the case at bar. The fact that the cheques were drawn on and deposited with Trustco did not alter Trustco's legal position. It did not receive the cheques as drawee, and the instructions to deposit the funds made it a collecting bank. In that capacity, it was not liable to pay any funds to Mr. McLeod.

## II. Conclusion

[51] The fact that a person is designated as payee on the face of a cheque does not on its own mean that the bank is liable to make a payment to the person. First, a drawee is answerable to the drawer. Second, the question is to whom the drawee may make the payment. What is on the back of the cheque — the instructions or the endorsement — is crucial to this question. In this case, the instructions were to deposit the cheques into the joint account. There were no instructions that made the moneys payable to Mr. McLeod, the tax debtor.

[49] Le fait que Trustco, en sa qualité de banque tirée, a reçu les chèques tant pour leur dépôt que pour leur paiement — bien que ces deux opérations ne se soient pas déroulées de façon simultanée — a compliqué le règlement du litige. L'affaire anglaise *Boyd c. Emmerson* (1834), 2 Ad. & E. 184, 111 E.R. 71, porte sur des faits semblables à ceux qui nous intéressent ici. Dans cette affaire, le demandeur avait dit au caissier d'une banque de porter le montant d'un chèque au crédit de son compte. Cette banque était aussi celle sur laquelle le chèque était tiré. Elle avait refusé d'honorer le chèque parce que le tireur ne disposait pas des fonds nécessaires. Le juge en chef lord Denman a conclu que la banque avait été justifiée de refuser le paiement parce qu'elle avait accepté le chèque en vue de son encaissement. La banque avait suivi les instructions de son client, à savoir porter le montant du chèque à son compte. Par conséquent, le crédit dépendait de l'existence de fonds suffisants dans le compte du tireur.

[50] Les décisions *Boyd*, *Banque de Montréal* et *Capital Associates* sont pertinentes en l'espèce. Le fait que les chèques ont été tirés sur un compte détenu chez Trustco et qu'ils y ont été déposés ne modifie en rien la situation juridique de cette dernière. Elle n'a pas reçu les chèques en tant que banque tirée, et les instructions qui lui ont été données de déposer les fonds faisaient d'elle la banque d'encaissement. À ce titre, il ne lui incombe aucune obligation de payer quoi que ce soit à M<sup>e</sup> McLeod.

## II. Conclusion

[51] La banque n'a pas d'obligation envers la personne du seul fait que celle-ci est nommément désignée comme preneur à la face même du chèque. D'abord, le tiré est redevable au tireur. Ensuite, il faut déterminer à qui le tiré peut faire le paiement. Pour ce faire, il est essentiel de prendre connaissance de ce qui est écrit au verso du chèque, où se trouvent les instructions à exécuter ou l'endorsement. En l'espèce, les instructions étaient de déposer les chèques au compte conjoint. La banque n'avait pas pour instructions de remettre les fonds à M<sup>e</sup> McLeod, le débiteur fiscal.



[52] Canada cannot say that the joint account is out of reach while at the same time treating the holders of that account as one and the same person, namely Mr. McLeod. As Canada takes the position that it could attach neither of the accounts, Trustco's liability to pay moneys to Mr. McLeod personally cannot be confused with its liability to pay moneys to the holders of the joint account. Canada had to show either that Trustco was liable to pay Mr. McLeod as payee, which, as I have demonstrated above, it cannot do, or that it had the right to attach the funds deposited into the joint account, which Canada has conceded it cannot do.

[53] A bank's liability to pay can arise only under a statute, at common law or under a contract. In this case, Canada can rely on none of these sources. This outcome is perfectly consistent with Canada's concessions that it cannot attach funds in either the trust account or the joint account, and with the fact that the funds were credited by Trustco to the joint account, not paid to Mr. McLeod.

[54] To accept Canada's position would mean that the presentment for payment was made by the payee to the drawee before the cheques were deposited. That is not what happened in this case. To accept that Trustco became liable to pay Mr. McLeod would also mean that a drawee bank which honours a cheque makes payment to the payee without determining who the holder of the cheque is. Canada's position is inconsistent with the fact that a bank that accepts a cheque for deposit does not in so doing act in the capacity of a drawee even if it also happens to be the drawee. Canada's interpretation would also mean that whenever demands are made by third parties, banks would have to determine whether payees — who, when cheques are negotiated, are often not even their customers — are liable to make payments. No such requirement exists at common law or is provided for in the *BEA*.

[52] Canada ne peut affirmer que le compte conjoint lui est inaccessible tout en traitant les titulaires de ce compte comme s'il s'agissait d'une seule et même personne, à savoir M<sup>e</sup> McLeod. Comme Canada adopte le point de vue qu'il ne peut saisir de fonds dans l'un ou l'autre compte, il ne faut pas confondre l'obligation de Trustco de remettre des fonds à M<sup>e</sup> McLeod à titre personnel et son obligation d'en verser aux titulaires du compte conjoint. En somme, de deux choses l'une : ou bien Canada établit que Trustco était tenue de remettre les fonds à M<sup>e</sup> McLeod en sa qualité de preneur, ce qu'il ne peut pas faire, comme je l'ai démontré, ou bien il fait valoir qu'il avait le droit de saisir les fonds déposés au compte conjoint, ce qu'il a lui-même concédé ne pas pouvoir faire.

[53] L'obligation d'une banque de verser des fonds n'est déclenchée que par la loi, la common law ou un contrat. En l'espèce, Canada ne peut invoquer aucune de ces sources. Ce résultat s'accorde parfaitement avec les concessions de Canada qu'il ne peut saisir de fonds dans le compte en fiducie ou le compte conjoint et le fait que Trustco a porté les fonds en cause au crédit du compte conjoint; elle ne les a pas remis à M<sup>e</sup> McLeod.

[54] Accepter le point de vue de Canada reviendrait à dire que le preneur a présenté les chèques au tiré en vue de leur paiement avant même qu'ils n'aient été déposés. Or, ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce. Accepter que Trustco était tenue de remettre les fonds à M<sup>e</sup> McLeod reviendrait aussi à dire que la banque tirée qui honore un chèque fait un paiement au preneur sans même avoir déterminé qui est le détenteur du chèque. La thèse de Canada est incompatible avec le fait que la banque qui accepte un chèque pour dépôt n'agit pas en qualité de banque tirée, et ce même s'il se trouve qu'elle est aussi la banque tirée. Selon l'interprétation de Canada, les banques saisies de réclamations de tiers seraient chaque fois tenues de déterminer si les preneurs ont l'obligation de faire des paiements alors que, souvent, au moment de la négociation, les preneurs ne sont même pas leurs clients. Ce n'est pas ce que prévoient la common law et la *LLC*.

[55] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decisions of the Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada and vacate the assessments with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Fish and Abella J.J. were delivered by

[56] THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — Having read the reasons of Deschamps J., I am respectfully of the view that the appeal should be dismissed.

[57] While I agree with much of Deschamps J.’s analysis, there are two narrow points that divide us, and that lead us to a different result in this case. First, according to Deschamps J., when a customer delivers a cheque to his or her bank with instructions to deposit the funds into his or her account, the bank becomes the holder of the cheque, and therefore any funds collected from the cheque are paid to the bank itself. In my view, the bank does not become the holder of a cheque, but rather collects the funds as agent for its principal: *B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2009 SCC 15, [2009] 1 S.C.R. 504, at para. 83.

[58] Second, Deschamps J. relies on the alternative argument that where funds are deposited into a joint account, as they were here, the funds are payable to both account holders, rather than just payable to the payee of the cheque. I do not agree. In my view, a “bank receives the funds as the payee’s agent” (*B.M.P.*, at para. 83 (emphasis added)), and while they are in transit the funds are only payable to the payee. I develop these points below.

[59] In this appeal, Canada Trustco Mortgage Company (the “Bank”) concedes that the only live question is whether it was liable to make a payment to the tax debtor (“Mr. McLeod”) as a result of the cheques he wrote to himself. If it was, the Bank’s obligation to pay the Receiver General was

[55] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel fédérale et le jugement de la Cour canadienne de l’impôt, et d’annuler les cotisations, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Fish et Abella rendus par

[56] LA JUGE EN CHEF (dissidente) — J’ai pris connaissance des motifs de la juge Deschamps et, en toute déférence, je suis d’avis qu’il y a lieu de rejeter le pourvoi.

[57] Bien que je sois en grande partie d’accord avec l’analyse de la juge Deschamps, il y a deux points bien précis sur lesquels nous divergeons d’opinion et qui nous mènent à des résultats différents en l’espèce. En premier lieu, selon la juge Deschamps, lorsque le client remet un chèque à sa banque en lui ordonnant de déposer les fonds à son compte, la banque devient la détentrice du chèque et, partant, les fonds encaissés par suite du dépôt de celui-ci sont versés à elle. À mon avis, la banque ne devient pas la détentrice du chèque; elle ne fait que percevoir les fonds à titre de mandataire agissant pour le compte de son mandant : *B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2009 CSC 15, [2009] 1 R.C.S. 504, par. 83.

[58] En second lieu, la juge Deschamps se fonde sur l’argument subsidiaire suivant lequel dans les cas où, comme en l’espèce, les fonds sont déposés à un compte conjoint, ils sont payables aux deux détenteurs du compte plutôt qu’au seul preneur du chèque. Je ne partage pas ce point de vue. À mon avis, « la banque [. . .] reçoit les fonds à titre de mandataire du preneur » (*B.M.P.*, par. 83 (je souligne)) et, pendant qu’ils sont en transit, ils ne sont payables qu’au preneur. Je reviendrai sur ces points plus loin.

[59] Dans le présent pourvoi, Hypothèques Trustco Canada (la « Banque ») admet que la seule question à trancher est de savoir si elle était tenue de faire un paiement au débiteur fiscal (« M<sup>c</sup> McLeod ») par suite des chèques qu’il s’était faits à lui-même. Dans l’affirmative, la Banque

triggered, and the Bank would be liable for failure to remit the funds pursuant to the requirement to pay.

[60] It is central to the analysis that follows that we are dealing exclusively with the circumstances in which a tax debtor draws a cheque in favour of him- or herself, and not a third party. It is also important to bear in mind that, in this case, the drawee bank is the same as the collecting bank.

[61] I will first briefly review the applicable legal principles. I will then go on to explain the application of s. 224(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), to the facts before us.

## I. The Law

### A. *The Operation of Section 224(1) of the Income Tax Act*

[62] The operation of s. 224(1) of the *ITA* informs the subsequent analysis, and it is necessary to understand how it works before proceeding. The requirement to pay provision may be restated for present purposes as follows:

**224. (1)** Where . . . a person is . . . liable to make a payment to another person . . . ( . . . the “tax debtor”), the Minister may . . . require the person to pay . . . the moneys otherwise payable to the tax debtor . . . to the Receiver General on account of the tax debtor’s liability . . . .

[63] There is no special, technical definition ascribed to the precondition that the person served with the requirement to pay be “liable” to the tax debtor. As stated in *National Trust Co. v. Canada* (1998), 162 D.L.R. (4th) 704 (F.C.A.), at paras. 46-47:

The ordinary meaning of the word “liable” in a legal context is to denote the fact that a person is responsible at law. Hence, I am in respectful agreement with McLachlin J. (as she then was) when she stated in

avait alors l’obligation de payer le receveur général et elle devait répondre de tout défaut de remettre les fonds à ce dernier, conformément à la demande péremptoire de paiement.

[60] Pour les fins de l’analyse qui suit, il est essentiel de préciser que nous traitons ici exclusivement de la situation dans laquelle un débiteur fiscal tire un chèque pour son propre compte et non pour celui d’un tiers. Il importe également de se rappeler qu’en l’espèce la banque tirée et la banque d’encaissement sont une seule et même banque.

[61] Je commencerai par rappeler brièvement les principes juridiques applicables pour ensuite expliquer de quelle manière le par. 224(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »), s’applique aux faits qui nous occupent.

## I. La Loi

### A. *Application du par. 224(1) de la Loi de l’impôt sur le revenu*

[62] L’application du par. 224(1) de la *LIR* éclaire l’analyse qu’il convient de faire, et il faut bien comprendre la façon dont il fonctionne avant d’aller plus loin. Pour les fins qui nous occupent, la disposition relative à la demande péremptoire de paiement peut être reformulée comme suit :

**224. (1)** S’il sait [ . . . ] qu’une personne est [ . . . ] tenue de faire un paiement à une autre personne [ . . . ] ([le] « débiteur fiscal ») [ . . . ] le ministre peut exiger [ . . . ] de cette personne que les fonds autrement payables au débiteur fiscal soient [ . . . ] versés [ . . . ] au receveur général au titre de l’obligation du débiteur fiscal . . . .

[63] Aucune définition technique particulière n’est donnée de la condition préalable suivant laquelle la personne qui se voit signifier la demande péremptoire de paiement doit être « tenue » de payer le débiteur fiscal. Comme il est déclaré dans *Canada c. National Trust Co.*, 1998 CanLII 8214 (C.A.F.), par. 46-47 :

Le sens ordinaire du mot « tenu » dans un contexte juridique est d’indiquer le fait qu’une personne est responsable en droit. Aussi, je partage l’opinion de madame le juge McLachlin, lorsque, dans l’arrêt *Discovery Trust*

*Discovery Trust Company v. Abbott*, a case in which a section 224(1) requirement was served upon a trustee, that:

... the demand on third parties [a subsection 224(1) requirement] by which the Crown's claim is made in this case is not confined to a debtor-creditor relationship, as is a garnishee order; it is stated to extend to *any case* where the trustee is "liable to make a payment to the taxpayer". [Emphasis added.]

It is my respectful view, therefore, that the Tax Court Judge was wrong in law to limit the phrase "liable to make a payment" only to situations where a debtor-creditor relationship exists. In so doing, he precluded himself from asking the only relevant question when one is confronted with construction of the subsection. It is this: did the respondent have a responsibility at law to make a payment to the tax debtor on 1 February 1994? [Text in brackets in original.]

[64] Nor is there a particular construction for the prerequisite that the funds be "payable" to the tax debtor. Again, *National Trust Co.* holds, at paras. 61-62:

I turn now to consider the issue whether the proceeds were "payable" within the meaning of subsection 224(1). In my view this issue is governed by *DeConinck, supra*, and the decision of this Court in *Canada v. Yannelis* where Stone J.A., for the Court, said at 636:

The word "payable" is not a term of art. Nor is it defined in the regulations. I do not see that it was used in any special sense. In my view, therefore, it should be interpreted in the light of ordinary dictionary definitions . . .

And 638:

I have come to the conclusion that the word "payable" in s. 58(8)(b)(i) [of the *Unemployment Insurance Act*] refers to the point in time when vacation pay is due to a claimant in the sense that he is entitled by his contract of employment or by the general law to have it paid to him and his employer is under an obligation to pay it. In other words, it is payable when a claimant is in a position at law to enforce payment. [Text in brackets in original.]

*Company v. Abbott et al.*, un cas où une demande délivrée en vertu du paragraphe 224(1) a été signifiée à un fiduciaire, elle a dit que :

[TRADUCTION]

... la demande aux tierces parties [la demande péremptoire de paiement du paragraphe 224(1)] par laquelle la réclamation de la Couronne est faite en l'espèce n'est pas restreinte aux cas de relation débiteur-créancier, comme l'est une ordonnance de saisie-arrêt; elle est rédigée de manière à s'appliquer à tout cas où le fiduciaire est « tenu de faire un paiement au contribuable ». [non-souligné dans l'original]

Je suis donc d'avis que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en restreignant l'application des termes « tenue de faire un paiement » aux seuls cas où une relation débiteur-créancier existe. En raisonnant de la sorte, il s'est empêché d'examiner la seule question pertinente devant être considérée dans l'interprétation de ce paragraphe. Il s'agit de la question suivante : l'intimée avait-elle en droit la responsabilité de faire un paiement au débiteur fiscal le 1<sup>er</sup> février 1994? [Texte entre crochets dans l'original.]

[64] Il n'y a pas lieu non plus d'interpréter de façon particulière la condition préalable suivant laquelle les fonds doivent être « payables » au débiteur fiscal. Ici encore, on trouve ce qui suit dans l'arrêt *National Trust Co.*, aux par. 61-62 :

J'aborde maintenant la question de savoir si le produit était « payable » au sens du paragraphe 224(1). J'estime que cette question est régie par l'arrêt *DeConinck*, précité, et par la décision rendue par la Cour dans l'arrêt *Canada c. Yannelis*, dans laquelle le juge Stone, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé, à la page 636 :

Le mot « payable » n'est pas un mot technique. Il n'est pas non plus défini dans le Règlement. Je ne vois pas qu'il a été utilisé dans un sens spécial. J'estime donc qu'il devrait être interprété à la lumière des définitions lexicographiques.

et à la page 638 :

Je suis parvenu à la conclusion que le mot « payable » figurant au sous-alinéa 58(8)(b)(i) [de la *Loi sur l'assurance-chômage*] renvoie au moment où la paye de vacances est due à un prestataire en ce sens qu'il peut, par son contrat de travail et par la règle générale, se la faire payer et que son employeur est tenu de la verser. Autrement dit, elle est payable lorsqu'un demandeur est en mesure, sur le plan juridique, de faire exécuter le paiement. [Texte entre crochets dans l'original.]

[65] I take from the authorities that the person or institution served by the Minister with a requirement to pay must have a responsibility at law to make a payment to the tax debtor. The scope of the operation of s. 224(1) is not narrowly confined, but exists wherever the tax debtor is in a position at law to enforce payment from the party served with the requirement to pay. To adopt a more restrictive view of its content would be to undermine the proper functioning of the power the provision grants the Minister.

[66] With this understanding of the governing provision in mind, I turn now to the nature of the legal relationship between the bank and its customer and how it plays out within the parameters of s. 224(1).

#### B. *The Nature of the Legal Relationship Between Bank and Customer*

[67] The relationship between a bank and its customer is one of creditor and debtor, where the bank is the debtor: *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002. The duty of repayment is triggered when the customer makes a demand for payment from the bank. A demand for repayment may be made for payment in cash or by cheque.

[68] Ordinarily, the bank on which a cheque is drawn (the drawee bank) is under no liability to pay the payee of a cheque; its legal obligations are owed exclusively to its customer (the drawer): *Schroeder v. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735 (C.P. Div.); *Thomson v. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 S.C.R. 287, at p. 298; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194 (Man. C.A.), at para. 19. This principle is confirmed by ss. 16(1) and 126 of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4 (“BEA”). The legal relationship between the drawer and the drawee bank arises from the banking contract between them; if the payee is not a party to this contract, it is not in privity with the bank.

[69] However, where the payee and the drawer are the same person, i.e. when an individual writes

[65] Selon moi, il ressort de la jurisprudence que la personne ou l’institution à qui le ministre signifie une demande péremptoire de paiement doit être légalement tenue de faire un paiement au débiteur fiscal. Le champ d’application du par. 224(1) n’est pas étroitement circonscrit : ce paragraphe s’applique chaque fois que le débiteur fiscal est légalement en mesure de contraindre au paiement celui à qui la demande péremptoire de paiement est signifiée. Une interprétation plus restrictive de ce paragraphe entraverait le bon fonctionnement du pouvoir qu’il confère au ministre.

[66] Cette interprétation de la disposition pertinente à l’esprit, je passe maintenant à l’examen de la nature des rapports juridiques qui existent entre la banque et son client et de la mécanique de ces rapports dans le contexte du par. 224(1).

#### B. *Nature des rapports juridiques entre une banque et son client*

[67] La relation qui existe entre une banque et son client est une relation débiteur-créancier dans laquelle la banque joue le rôle de débitrice : *Foley c. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002. L’obligation de rembourser entre en jeu lorsque le client exige un paiement de la banque. Le client peut demander à être payé en espèces ou par chèque.

[68] Habituellement, la banque sur laquelle le chèque est tiré (la banque tirée) n’a aucune obligation de payer le preneur du chèque; elle a des obligations légales seulement à l’égard de son client (le tireur) : *Schroeder c. Central Bank of London* (1876), 34 L.T. 735 (C.P. Div.); *Thomson c. Merchants Bank of Canada* (1919), 58 R.C.S. 287, p. 298; *Schimnowski Estate, Re*, [1996] 6 W.W.R. 194 (C.A. Man.), par. 19. Ce principe est confirmé par le par. 16(1) et l’art. 126 de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4 (« LLC »). Les rapports juridiques qui existent entre le tireur et la banque tirée découlent du contrat bancaire intervenu entre eux; si le preneur n’est pas partie à ce contrat, il n’a aucun lien avec la banque.

[69] Cependant, si le preneur et le tireur sont une seule et même personne, c’est-à-dire dans le

a cheque to him- or herself, the bank is liable to the payee once the cheque is presented. This is so because the bank has a duty to repay its customer the funds on deposit when the customer makes a demand: *Foley*. When a customer writes a cheque to him- or herself, seeking to draw on the funds on deposit at the bank, the bank is under a contractual duty to pay the cheque once it is presented and once it has ensured that it is properly payable.

[70] The authorities also suggest that the drawee bank is liable to the payee if the payee is also a customer at the same bank. In such cases, there is a contract between the payee and the drawee bank. As stated by M. H. Ogilvie, “[w]here the drawer and payee are customers of the same bank, the payee can sue directly in breach of contract, as well for a delay in collection” (*Bank and Customer Law in Canada* (2007), at p. 291).

C. *Is a Deposited Cheque Payable to the Payee/ Customer or to the Bank?*

[71] According to the Bank, once the cheques were deposited, they were no longer “payable” to Mr. McLeod, but “were now payable to the Bank pursuant to subsection 165(3) of the *Bills of Exchange Act*” (Factum, at para. 51). The Bank argues that once a cheque is delivered to a bank for collection, the bank becomes the holder of the cheque, and any payment made on the cheque is made to the bank alone. Consequently, s. 224(1) of the *ITA* cannot be triggered, because the Bank is never liable to make a payment to the payee (Mr. McLeod), but only to itself as intermediary. The reasons of Deschamps J. accept this proposition. With respect, I cannot.

[72] In my view, the appellant misstates the relationship between a bank and its customer who deposits a cheque. First, a bank that collects the funds from a deposited cheque receives the funds as agent for the customer (the payee): *B.M.P.*; see also

cas où la personne se fait un chèque à elle-même, la banque est tenue de payer le preneur une fois le chèque présenté. Il en est ainsi parce que la banque a l’obligation de remettre à son client, sur demande, les fonds qui lui ont été confiés : *Foley*. En effet, dans le cas où le client se fait un chèque à lui-même en vue de se faire payer à même les fonds qu’il a déposés à la banque, cette dernière a l’obligation contractuelle de payer le chèque sur présentation de celui-ci, une fois qu’elle s’est assurée que le chèque est payable régulièrement.

[70] Il ressort également de la jurisprudence que la banque tirée est tenue de payer le preneur s’il s’agit d’un de ses clients. En pareil cas, il existe un contrat entre le preneur et la banque tirée. Comme l’explique M. H. Ogilvie, [TRADUCTION] « [s]i le tireur et le preneur sont des clients de la même banque, le preneur peut directement intenter une poursuite pour inexécution de contrat, ainsi que pour retard dans l’encaissement » (*Bank and Customer Law in Canada* (2007), p. 291).

C. *Le chèque déposé est-il payable au preneur/ client ou à la banque?*

[71] Selon la Banque, les chèques, une fois déposés, n’étaient plus « payables » à M<sup>e</sup> McLeod, mais [TRADUCTION] « étaient désormais payables à la Banque conformément au par. 165(3) de la *Loi sur les lettres de change* » (mémoire, par. 51). La Banque soutient que, dès lors qu’un chèque est remis à la banque pour encaissement, celle-ci en devient la détentrice, et tout paiement effectué à même les fonds provenant du chèque lui est fait à elle seule. En conséquence, le par. 224(1) de la *LIR* ne s’applique pas, la Banque n’étant jamais tenue de faire un paiement au preneur (M<sup>e</sup> McLeod); le paiement, elle doit se le faire à elle-même en sa qualité d’intermédiaire. Dans ses motifs, la juge Deschamps accepte cette proposition. En toute déférence, je ne puis me rallier à ce point de vue.

[72] À mon avis, l’appelante se méprend sur la relation qui existe entre une banque et son client qui dépose un chèque. Premièrement, la banque qui encaisse un chèque déposé reçoit les fonds à titre de mandataire de son client (le preneur) : *B.M.P.*;

*Westminster Bank Ltd. v. Hilton* (1926), 43 T.L.R. 124 (H.L.), at p. 126. This involves two transactions. The funds are initially “credit[ed] . . . to its principal”, the payee/customer: *B.M.P.*, at para. 77, *per* Deschamps J. The bank then “receive[s] them back under the banking contract” (*ibid.*). The fact that these transactions follow one on the other does not change the conclusion that, legally, they are two distinct episodes. As such, a deposited cheque is payable to the customer when it is deposited; at no time is the cheque payable to the bank.

[73] In *B.M.P.* (at para. 83), this Court argued against employing a formalistic analysis to describe transactions through the clearing system, stating that

the clearing system should be a neutral factor . . . I prefer to assess the traceability of the asset after the clearing process and not see that process as a systematic break in the chain of possession of the funds. Just as the collecting bank receives the funds as the payee’s agent, the clearing system is only a payment process. [Emphasis added.]

Where a customer draws a cheque in favour of him- or herself and deposits that cheque into another account, we should attach no significance to the fact that the moneys pass through a clearing process and the fact that a bank handles the funds as agent for its customer.

[74] Second, s. 165(3) of the *BEA* does not establish that the bank *becomes* a holder of the cheque. Rather, that provision establishes:

165. . . .

(3) Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

[75] There is an important distinction between an actual holder of a cheque to whom the cheque is payable, and merely acquiring “all the rights

voir également *Westminster Bank Ltd. c. Hilton* (1926), 43 T.L.R. 124 (H.L.), p. 126. Cela suppose deux opérations. Les fonds sont d’abord « portés au crédit [du] mandant », le preneur/client, par la banque, pour être « de nouveau remis [à la banque] en vertu du contrat bancaire » : *B.M.P.*, par. 77, la juge Deschamps. Le fait que ces opérations soient consécutives ne change rien à la conclusion que, sur le plan juridique, elles constituent deux étapes distinctes. Le chèque déposé est donc payable au client au moment où il est déposé; il n’est jamais payable à la banque.

[73] Dans *B.M.P.* (par. 83), notre Cour explique pourquoi il ne convient pas selon elle de recourir à une analyse formaliste pour décrire les opérations effectuées dans le cadre du système de compensation :

Le système de compensation devrait toutefois être un facteur neutre [ . . . ] D’ailleurs, je préfère apprécier la possibilité de suivre un bien après la compensation et ne pas considérer cette opération comme une rupture systématique dans la chaîne de possession des fonds. Tout comme la banque d’encaissement reçoit les fonds à titre de mandataire du preneur, le système de compensation représente seulement un processus de paiement. [Je souligne.]

Dans le cas où un client tire un chèque en son propre nom et le dépose ensuite dans un autre compte, le fait que les fonds transitent par un système de compensation et qu’une banque traite ceux-ci en tant que mandataire de son client n’a aucune importance.

[74] En second lieu, le par. 165(3) de la *LLC* ne prévoit pas que la banque *devient* le détenteur du chèque. Il prévoit plutôt ce qui suit :

165. . . .

(3) Lorsqu’un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d’une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

[75] Il y a une importante distinction à faire entre le détenteur effectif du chèque à l’ordre de qui celui-ci est libellé et le simple fait d’acquérir « tous

and powers of a holder in due course”. This distinction was underlined by the majority in *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, at paras. 69-70, per Iacobucci J., and by B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), at p. 10-83. The narrow object of s. 165(3) was described by Iacobucci J. in *Boma* as follows:

When a collecting bank is presented with a cheque for deposit to the credit of the payee, the bank is entitled, essentially, to assume that it was truly the intention of the drawer that the payee receive the proceeds of the cheque. [para. 78]

[76] Subsection 165(3) sought to clear the collecting bank from liability when it deposits fraudulent cheques. This limited objective is achieved by granting the collecting bank “all the rights and powers of a holder in due course”, and does not require the bank to be actually designated a holder in due course: Crawford, at p. 10-83. Accordingly, I agree with the respondent that the Bank’s use of this provision bears no relation to its purpose and should be rejected.

[77] On this basis, I conclude that a deposited cheque is payable to the payee, and at no time is it payable to the bank other than as agent for the payee.

D. *Is There Legal Significance to the Fact That the Cheques Were Deposited Into a Joint Account?*

[78] The reasons of Justice Deschamps further argue that if the Bank was not itself the holder of the cheque, then the Bank was only ever liable to the two account holders jointly. With respect, it seems to me that the result of the majority is wrong in law and unfortunate in its impact.

[79] I agree that the Minister could not garnish moneys once they were in the joint account.

les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque ». Cette distinction a été soulignée par les juges majoritaires dans *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, par. 69-70, le juge Iacobucci, et par B. Crawford dans son ouvrage intitulé *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), p. 10-83. L’objectif restreint que vise le par. 165(3) de la *LLC* a été défini comme suit par le juge Iacobucci dans *Boma* :

Lorsqu’une banque d’encaissement se voit présenter un chèque pour dépôt au crédit du preneur, elle a essentiellement le droit de supposer que le tireur voulait réellement que le preneur reçoive le montant du chèque. [par. 78]

[76] Le paragraphe 165(3) de la *LLC* vise à dégager de toute responsabilité la banque d’encaissement qui dépose des chèques frauduleux. Il atteint cet objectif bien précis en accordant à la banque d’encaissement « tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque », et n’exige pas que la banque soit effectivement désignée comme la détentrice régulière de celui-ci : Crawford, p. 10-83. Je suis donc d’accord avec l’intimée que la façon dont la Banque utilise cette disposition est sans rapport avec l’objectif de celle-ci et qu’il convient donc de la rejeter.

[77] Pour ces motifs, je conclus que tout chèque déposé est payable au preneur mais ne l’est jamais à la banque, si ce n’est qu’en sa qualité de mandataire du preneur.

D. *Le dépôt des chèques dans un compte conjoint a-t-il une incidence sur le plan juridique?*

[78] Dans ses motifs, la juge Deschamps soutient en outre que si la Banque n’était pas elle-même la détentrice du chèque, elle n’avait d’obligation qu’à l’égard des deux détenteurs du compte conjointement. En toute déférence, il me semble que le résultat auquel les juges majoritaires parviennent est erroné en droit et entraîne des répercussions malheureuses.

[79] Je suis d’accord que le ministre ne pouvait saisir-arrêter les fonds une fois qu’ils se trouvaient



However, it does not follow that the Minister could not intercept funds in transit before they arrived in the joint account. A requirement to pay in s. 224(1) of the *ITA* intercepts funds while they are in transit.

[80] Once funds are irrevocably deposited in a joint account, they become the property of joint account holders jointly under the terms of their banking contract. At this point, the funds cannot be garnished by the Minister because they are no longer the sole property of the tax debtor: *Macdonald v. Tacquah Gold Mines Co.* (1884), 13 Q.B.D. 535 (C.A.); *Hirschorn v. Evans*, [1938] 2 K.B. 801 (C.A.); *Westcoast Commodities Inc. v. Chen* (1986), 55 O.R. (2d) 264 (H.C.J.); M. H. Ogilvie, “Why Joint Accounts Should Not Be Garnished — *Westcoast Commodities Inc. v. Jose Chow Chen*” (1986-1987), 1 *B.F.L.R.* 267. Professor Ogilvie identified the following rationale for the rule against garnishment of joint accounts:

Since all monies deposited in a joint account are deemed to be joint property, neither joint account holder individually may sue the bank for recovery of funds in the account. Such an action is one in debt . . . and the joint creditors of the bank, the joint account holders, must sue jointly. [Emphasis added; pp. 270-71.]

Since neither joint account holder could sue the bank on his or her own for recovery of the funds, it follows that the account cannot be garnished when only one of the two account holders owes a debt to a third party.

[81] However, before the funds arrive in the joint account and while the funds are being transferred, the drawee bank is only liable to make a payment to the payee of the cheque. The other joint account holder had no right to the funds before they arrived in the account. Mr. McLeod could have sued the Bank *on his own* if the Bank failed to honour his cheque. Therefore, it is only the tax debtor’s status

dans le compte conjoint. Il ne s’ensuit pas pour autant qu’il ne pouvait pas intercepter les fonds en transit avant qu’ils ne parviennent au compte. En effet, la demande péremptoire de paiement prévue au par. 224(1) de la *LIR* permet d’intercepter des fonds alors qu’ils sont en transit.

[80] Une fois qu’ils ont été déposés de façon irrévocable dans un compte conjoint, les fonds deviennent la propriété conjointe des détenteurs du compte en vertu de leur contrat bancaire. À partir de ce moment-là, les fonds ne peuvent être saisis-arrêtés par le ministre parce qu’ils n’appartiennent plus exclusivement au débiteur fiscal: *Macdonald c. Tacquah Gold Mines Co.* (1884), 13 Q.B.D. 535 (C.A.); *Hirschorn c. Evans*, [1938] 2 K.B. 801 (C.A.); *Westcoast Commodities Inc. c. Chen* (1986), 55 O.R. (2d) 264 (H.C.J.); M. H. Ogilvie, « Why Joint Accounts Should Not Be Garnished — *Westcoast Commodities Inc. v. Jose Chow Chen* » (1986-1987), 1 *B.F.L.R.* 267. La professeure Ogilvie justifie comme suit la règle interdisant la saisie-arrêt des comptes conjoints :

[TRADUCTION] Comme tous les fonds déposés dans un compte conjoint sont réputés être des biens conjoints, aucun des titulaires du compte conjoint ne peut poursuivre individuellement la banque en vue de recouvrer des fonds de ce compte. Il s’agit en pareil cas d’une action en recouvrement d’une créance [ . . . ] et les créanciers conjoints de la banque, les titulaires du compte conjoint, doivent poursuivre conjointement. [Je souligne; p. 270-271.]

Comme ni l’un ni l’autre des titulaires du compte conjoint ne pouvait poursuivre la banque de son propre chef en vue de recouvrer les fonds, il s’ensuit que le compte ne peut faire l’objet d’une saisie-arrêt dans les cas où seulement l’un des deux titulaires du compte a une créance envers un tiers.

[81] Cependant, avant que les fonds ne parviennent au compte conjoint et pendant qu’ils sont encore en transit, la banque tirée n’est tenue de faire un paiement qu’au preneur du chèque. L’autre titulaire du compte conjoint n’avait aucun droit sur les fonds tant que ceux-ci n’y avaient pas été déposés. M<sup>e</sup> McLeod aurait pu poursuivre la Banque *en son propre nom* si elle avait refusé d’honorer son

as *payee* that matters for the purpose of triggering s. 224(1), in the presence of a joint account.

[82] I would add that when a requirement to pay is issued, the Minister must indicate the identity of the tax debtor involved. Banks issued with a requirement to pay are thus never put in the position of having to monitor the liabilities of unknown third parties: they are only required to redirect payments that they are liable to make to tax debtors specifically named by the Minister.

[83] I am also concerned that Deschamps J.'s view of the legal significance of the joint account in this case may negatively impact other areas of the law. There are potentially dangerous repercussions of a restrictive interpretation of garnishment powers when applied, for example, to family maintenance. Child and spousal support ought not be defeated by the mere existence of a joint account.

## II. Application to the Facts

[84] Applying this analysis to the case at bar, once the Bank received Mr. McLeod's cheques to himself, its liability to its customer was triggered. The Bank was therefore contractually bound to honour its customer's demand to pay him. As such, all of the requirements of s. 224(1) were met, and the requirement to pay attached to the money in transit between Mr. McLeod's accounts.

## III. Conclusion

[85] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and FISH and ABELLA JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto.*

chèque. Ce n'est donc que la qualité de *preneur* du débiteur fiscal qui compte pour déclencher l'application du par. 224(1) lorsqu'il s'agit d'un compte conjoint.

[82] J'ajouterais que le ministre doit, dans toute demande péremptoire de paiement, indiquer le nom du débiteur fiscal en cause. Ainsi, la banque qui se voit remettre une telle demande n'est jamais tenue de faire l'inventaire des dettes de tiers inconnus : elle doit simplement remettre au ministre les fonds qu'elle était tenue de verser au débiteur fiscal.

[83] Je crains également que la conception que la juge Deschamps se fait de l'importance juridique du compte conjoint n'ait des conséquences négatives dans d'autres domaines du droit. En effet, une interprétation restrictive des pouvoirs en matière de saisie-arrêt risque d'avoir des répercussions dangereuses si on l'applique, par exemple, aux prestations alimentaires familiales. La simple existence d'un compte conjoint ne saurait faire échec au versement d'aliments aux enfants et au conjoint.

## II. Application de l'analyse aux faits

[84] Si nous appliquons cette analyse au cas qui nous occupe, nous constatons que la Banque était tenue de verser les fonds à son client dès lors qu'elle avait reçu les chèques que M<sup>e</sup> McLeod s'était faits à lui-même. La Banque était donc contractuellement tenue de satisfaire à la demande de paiement de son client. Par conséquent, toutes les conditions prévues au par. 224(1) se trouvaient réunies, et la demande péremptoire de paiement visait les fonds en transit entre les comptes de M<sup>e</sup> McLeod.

## III. Conclusion

[85] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges FISH et ABELLA sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Toronto.*

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

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

**Her Majesty The Queen in Right of Alberta  
(Minister of Aboriginal Affairs and  
Northern Development) and Registrar, Metis  
Settlements Land Registry *Appellants***

v.

**Barbara Cunningham, John Kenneth  
Cunningham, Lawrent (Lawrence)  
Cunningham, Ralph Cunningham, Lynn  
Noskey, Gordon Cunningham, Roger  
Cunningham, Ray Stuart and Peavine Métis  
Settlement *Respondents***

and

**Attorney General of Ontario, Attorney  
General of Quebec, Attorney General for  
Saskatchewan, East Prairie Métis Settlement,  
Elizabeth Métis Settlement, Métis Nation  
of Alberta, Métis National Council, Métis  
Settlements General Council, Aboriginal  
Legal Services of Toronto Inc., Women's  
Legal Education and Action Fund, Canadian  
Association for Community Living, Gift  
Lake Métis Settlement and Native Women's  
Association of Canada *Interveners***

**INDEXED AS: ALBERTA (ABORIGINAL AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT) v. CUNNINGHAM**

**2011 SCC 37**

File No.: 33340.

2010: December 16; 2011: July 21.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to  
equality — Ameliorative programs — Alberta Metis  
Settlements Act providing that voluntary registration*

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta  
(Ministre des Affaires autochtones et  
Développement du Nord) et Registrare, Metis  
Settlements Land Registry *Appelants***

c.

**Barbara Cunningham, John Kenneth  
Cunningham, Lawrent (Lawrence)  
Cunningham, Ralph Cunningham, Lynn  
Noskey, Gordon Cunningham, Roger  
Cunningham, Ray Stuart et Peavine Métis  
Settlement *Intimés***

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur  
général du Québec, procureur général de la  
Saskatchewan, East Prairie Métis Settlement,  
Elizabeth Métis Settlement, Métis Nation  
of Alberta, Ralliement national des Métis, Métis  
Settlements General Council, Aboriginal  
Legal Services of Toronto Inc., Fonds d'action  
et d'éducation juridiques pour les femmes,  
Association canadienne pour l'intégration  
communautaire, Gift Lake Métis Settlement  
et Association des femmes autochtones du  
Canada *Intervenants***

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (AFFAIRES AUTOCHTONES  
ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) c. CUNNINGHAM**

**2011 CSC 37**

N° du greffe : 33340.

2010 : 16 décembre; 2011 : 21 juillet.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit  
à l'égalité — Programmes améliorateurs — La Metis  
Settlements Act de l'Alberta prévoit que l'inscription*

*under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether distinction drawn on enumerated or analogous grounds — Whether program genuinely ameliorative — Whether distinction serves or advances object of ameliorative program — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(2) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether legislation violates right to freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether legislation violates right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.*

Section 35 of the *Constitution Act, 1982* recognizes three groups of Aboriginal peoples — Indians, Métis and Inuit. In Alberta, the relationship between the government and the Métis has evolved to a point where the Métis and the government entered into negotiations centered on establishing settlement lands for Métis communities, extending self-government to those communities, and ensuring the protection and enhancement of Métis culture and identity. The negotiations extended to provisions that would allow the Métis to maintain their separate identity as Métis, distinct from Indians. The *Metis Settlements Act* (“MSA”) was enacted as a result of these negotiations.

The claimants were formal members of a Métis community in Alberta which was established and administered under the terms of the *MSA*. They opted to register as status Indians in order to obtain medical benefits under the *Indian Act*. However, the *MSA* provides that voluntary registration under the *Indian Act* precludes membership in a Métis settlement. Their membership in the Métis settlement was revoked pursuant to s. 90 of the *MSA*. The claimants sought a declaration that the denial of membership pursuant to ss. 75 and 90 of the *MSA* was unconstitutional due to violations of the *Charter* guarantees of equality, freedom of association and liberty. The chambers judge dismissed

*volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d’avoir le statut de membre dans un établissement métis — La distinction est-elle établie en raison de motifs énumérés ou analogues? — Le programme est-il véritablement améliorateur? — La distinction tend-elle à l’objet du programme améliorateur ou y contribue-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(2) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — La Metis Settlements Act de l’Alberta prévoit que l’inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d’avoir le statut de membre dans un établissement métis — La loi enfreint-elle la liberté d’association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — La Metis Settlements Act de l’Alberta prévoit que l’inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d’avoir le statut de membre dans un établissement métis — La loi enfreint-elle le droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.*

L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît trois peuples autochtones — les Indiens, les Métis et les Inuit. En Alberta, la relation entre le gouvernement et les Métis a évolué au point où ils ont entrepris des négociations portant principalement sur l’établissement de terres désignées pour les communautés métisses, sur l’octroi de l’autonomie gouvernementale à ces communautés et sur la protection et l’enrichissement de la culture et de l’identité des Métis. Les négociations ont aussi porté sur des dispositions législatives qui permettraient aux Métis de conserver leur identité propre, distincte de celle des Indiens. La *Metis Settlements Act* (« MSA ») a été adoptée par suite de ces négociations.

Les demandeurs étaient des membres formels d’une communauté métisse de l’Alberta qui a été établie et administrée conformément à la *MSA*. Ils ont choisi de s’inscrire à titre d’Indiens dans le but d’obtenir des soins médicaux en application de la *Loi sur les Indiens*. Or, la *MSA* prévoit que l’inscription volontaire en vertu de la *Loi sur les Indiens* empêche d’avoir le statut de membre dans un établissement métis. Leur appartenance à l’établissement métis a été révoquée en application de l’art. 90 de la *MSA*. Les demandeurs sollicitent un jugement déclarant que cette interdiction découlant des art. 75 et 90 de la *MSA* est inconstitutionnelle et porte atteinte aux droits à l’égalité, à la liberté d’association et à la

these claims. The Court of Appeal allowed the appeal, finding that these provisions were inconsistent with the equality guarantee under s. 15 of the *Charter*.

*Held*: The appeal should be allowed and the judgment of the chambers judge affirmed.

The s. 15 claim must be dismissed. The *MSA* is an ameliorative program protected by s. 15(2) of the *Charter*. Section 15(2) permits governments to assist one group without being paralyzed by the necessity to assist all, and to tailor programs in a way that will enhance the benefits they confer while ensuring that the protection that s. 15(2) provides against the charge of discrimination is not abused for purposes unrelated to an ameliorative program's object and the goal of substantive equality. Ameliorative programs, by their nature, confer benefits on one group that are not conferred on others. These distinctions are generally protected if they serve or advance the object of the program, thus promoting substantive equality, even where the included and excluded groups share a similar history of disadvantage and marginalization.

Where the government relies on s. 15(2), the first question is whether the law makes an adverse distinction against the claimant group on the basis of one of the grounds set out in s. 15(1) or an analogous ground. If so, the next question is whether the distinction is saved by s. 15(2). The government must show, on the evidence, that the program is a genuinely ameliorative program directed at improving the situation of a group that is in need of ameliorative assistance in order to enhance substantive equality, that there is a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group, and that rational means are being used to pursue the ameliorative goal. If these conditions are met, s. 15(2) protects all distinctions drawn on enumerated or analogous grounds that serve and are necessary to the ameliorative purpose, to the extent justified by the object of the ameliorative program. If not, the analysis returns to s. 15(1) and, if substantive discrimination is established, to s. 1.

In this case, and assuming that the distinction between the Métis and status Indians in the *MSA* is a distinction on an enumerated or analogous ground, the *MSA* program is a genuinely ameliorative program. Unlike many ameliorative programs, its object is not the direct conferral of benefits on individuals within

liberté protégés par la *Charte*. La juge en cabinet a rejeté ces demandes. La Cour d'appel a accueilli l'appel puisqu'elle a conclu que ces dispositions étaient incompatibles avec le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli et le jugement de la juge en cabinet est confirmé.

La demande fondée sur l'art. 15 doit être rejetée. La *MSA* constitue un programme améliorateur protégé par le par. 15(2) de la *Charte*. Le paragraphe 15(2) permet aux gouvernements d'aider un groupe — sans être paralysés par l'obligation de tous les aider — et d'adapter les programmes de façon à renforcer les avantages qu'ils confèrent, tout en veillant à ce que la protection offerte par le par. 15(2) contre l'accusation de discrimination ne soit pas utilisée de manière abusive à des fins étrangères à l'objet du programme améliorateur et à l'objectif d'égalité réelle. De par leur nature, les programmes améliorateurs confèrent à un groupe des avantages qui ne sont pas conférés à d'autres. Ces distinctions sont généralement protégées si elles tendent à la réalisation de l'objet du programme ou y contribuent, faisant ainsi la promotion de l'égalité réelle, même lorsque les groupes inclus et exclus ont une histoire semblable de désavantages et de marginalisation.

Lorsque le gouvernement s'appuie sur le par. 15(2), la première question à trancher est celle de savoir si la loi crée une distinction préjudiciable à l'égard du groupe de demandeurs fondée sur un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue. Si oui, il faut ensuite se demander si la distinction est justifiée au regard du par. 15(2). Pour l'établir, le gouvernement doit démontrer à la lumière des éléments de preuve que le programme est du type qui vise véritablement à améliorer la situation d'un groupe qui a besoin d'une aide amélioratrice afin d'accroître l'égalité réelle, qu'il y a une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible, et que l'État choisit des moyens rationnels pour atteindre l'objet améliorateur. S'il est satisfait à ces conditions, le par. 15(2) protège toutes les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue qui tendent ou sont nécessaires à la réalisation de l'objet améliorateur, dans la mesure où elles sont justifiées par l'objet du programme améliorateur. Sinon, l'analyse reprend quant au par. 15(1) et, s'il est établi qu'il existe une discrimination réelle, quant à l'art. 1.

En l'espèce, et en tenant pour acquis que la distinction établie par la *MSA* entre les Métis et les Indiens inscrits constitue une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, la *MSA* constitue un programme véritablement améliorateur. Contrairement à un grand nombre de programmes améliorateurs, celui-ci ne vise

a particular group, but the enhancement and preservation of the identity, culture and self-governance of the Métis through the establishment of a Métis land base. The correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group, one of the three aboriginal peoples of Canada recognized in s. 35 of the Constitution, is manifest.

As excluding Métis who are also status Indians from formal membership in Métis settlements serves or advances the object of the ameliorative program, s. 15(2) protects the *MSA* against the charge of discrimination. The Métis have a right to their own culture and drawing distinctions on this basis reflects the Constitution and serves the legitimate expectations of the Métis people. The exclusion corresponds to the historic and social distinction between the Métis and Indians and respects the role of the Métis in defining themselves as a people. Moreover, achieving the object of the program would be more difficult without the distinction. The fact that some people may identify as both Métis and Indian does not negate the general correspondence underlying the distinction between the two groups.

The record does not provide an adequate basis to assess the claimants' s. 2(d) argument. The s. 7 claim also fails. There is no need to decide whether place of residence is protected by s. 7 because any impact on liberty was not shown before the chambers judge to be contrary to the principles of fundamental justice. Requiring Aboriginal adults who might otherwise meet the definition of both Indian and Métis to choose whether they wish to fall under the *Indian Act* or the *MSA* is not grossly disproportionate to the interest of Alberta in securing a land base for the Métis.

### Cases Cited

**Referred to:** *Alberta (Minister of International and Intergovernmental Relations) v. Peavine Metis Settlement*, 2001 ABQB 165, [2001] 3 C.N.L.R. 1; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Lovelace v. Ontario* (1997), 33 O.R. (3d) 735, aff'd 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

pas à conférer directement des avantages aux membres d'un groupe, mais plutôt à valoriser et à préserver l'identité, la culture et l'autonomie gouvernementale des Métis grâce à l'établissement d'une assise territoriale métisse. La corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible, un des trois groupes qui forment les peuples autochtones du Canada reconnus à l'art. 35 de la Constitution, est manifeste.

Puisque l'interdiction qui est faite aux Métis qui sont aussi des Indiens inscrits de devenir des membres officiels des établissements métis tend et contribue à la réalisation de l'objet du programme améliorateur, le par. 15(2) protège la *MSA* contre une allégation de discrimination. Les Métis ont le droit d'avoir leur culture propre et le fait d'établir une distinction sur cette base reflète la Constitution et répond aux attentes légitimes des Métis. L'exclusion correspond aux distinctions historiques et sociales entre les Métis et les Indiens et elle respecte le rôle des Métis en ce qui a trait à la définition du peuple qu'ils forment. En outre, sans la distinction, il serait plus difficile de réaliser l'objet du programme. Le fait que certaines personnes peuvent s'identifier tant aux Métis qu'aux Indiens n'écarte pas la correspondance générale sous-jacente à la distinction entre les deux groupes.

Le dossier ne fournit pas un fondement adéquat pour évaluer l'argument fondé sur l'al. 2d) invoqué par les demandeurs. La demande fondée sur l'art. 7 est aussi rejetée. Il n'est pas nécessaire de décider si le lieu de résidence est protégé par l'art. 7, car il n'a pas été démontré devant la juge en cabinet que les répercussions sur le droit à la liberté étaient contraires aux principes de justice fondamentale. Obliger les adultes autochtones qui pourraient autrement répondre à la définition d'Indien et de Métis à choisir à quel régime législatif ils souhaitent être assujettis — la *Loi sur les Indiens* ou la *MSA* — n'est pas exagérément disproportionné par rapport à l'intérêt qu'a l'Alberta à garantir une assise territoriale aux Métis.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Alberta (Minister of International and Intergovernmental Relations) c. Peavine Metis Settlement*, 2001 ABQB 165, [2001] 3 C.N.L.R. 1; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Lovelace c. Ontario* (1997), 33 O.R. (3d) 735, conf. par 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27.  
*Alberta-Metis Settlements Accord*, 1989.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(d), 7, 15.  
*Constitution Act*, 1982, ss. 35, 52.  
*Constitution of Alberta Amendment Act*, 1990, R.S.A. 2000, c. C-24, preamble.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.  
*Metis Betterment Act*, R.S.A. 1955, c. 202.  
*Metis Population Betterment Act*, S.A. 1938, 2nd Sess., c. 6, s. 2(a) "Metis".  
*Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 0.1, 1(j) "Metis", 75, 90, 91, 92, 93.  
*Royal Proclamation (1763)*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1.  
*Transitional Membership Regulation*, Alta. Reg. 337/90.

**Authors Cited**

Alberta. *Report of the MacEwan Joint Committee to Review the Metis Betterment Act and Regulations: Foundations for the Future of Alberta's Metis Settlements*. Edmonton: Alberta Municipal Affairs, 1984.  
 Alberta. *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Conditions of the Half-Breed Population of Alberta*. Edmonton: Department of Lands and Mines, 1936.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Costigan and Ritter JJ.A.), 2009 ABCA 239, 8 Alta. L.R. (5th) 16, 457 A.R. 297, 457 W.A.C. 297, 310 D.L.R. (4th) 519, 194 C.R.R. (2d) 205, [2009] 9 W.W.R. 584, [2009] 3 C.N.L.R. 261, [2009] A.J. No. 678 (QL), 2009 CarswellAlta 952, reversing a decision of Shelley J., 2007 ABQB 517, 81 Alta. L.R. (4th) 28, 424 A.R. 271, 160 C.R.R. (2d) 185, [2008] 1 W.W.R. 507, [2007] 4 C.N.L.R. 179, [2007] A.J. No. 913 (QL), 2007 CarswellAlta 1103. Appeal allowed.

*Robert J. Normey and David N. Kamal*, for the appellants.

*Kevin S. Feth, Q.C.*, and *Jeremy L. Taylor*, for the respondents.

*Janet E. Minor and Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Isabelle Harnois*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

**Lois et règlements cités**

*Alberta-Metis Settlements Accord*, 1989.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d), 7, 15.  
*Constitution of Alberta Amendment Act*, 1990, R.S.A. 2000, ch. C-24, préambule.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35, 52.  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, ch. 27.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.  
*Metis Betterment Act*, R.S.A. 1955, ch. 202.  
*Metis Population Betterment Act*, S.A. 1938, 2<sup>e</sup> sess., ch. 6, art. 2a) « Métis ».  
*Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 0.1, 1j) « Métis », 75, 90, 91, 92, 93.  
*Proclamation royale (1763)*, L.R.C. 1985, app. II, n<sup>o</sup> 1.  
*Transitional Membership Regulation*, Alta. Reg. 337/90.

**Doctrine citée**

Alberta. *Report of the MacEwan Joint Committee to Review the Metis Betterment Act and Regulations: Foundations for the Future of Alberta's Metis Settlements*. Edmonton : Alberta Municipal Affairs, 1984.  
 Alberta. *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Conditions of the Half-Breed Population of Alberta*. Edmonton : Department of Lands and Mines, 1936.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Costigan et Ritter), 2009 ABCA 239, 8 Alta. L.R. (5th) 16, 457 A.R. 297, 457 W.A.C. 297, 310 D.L.R. (4th) 519, 194 C.R.R. (2d) 205, [2009] 9 W.W.R. 584, [2009] 3 C.N.L.R. 261, [2009] A.J. No. 678 (QL), 2009 CarswellAlta 952, qui a infirmé une décision de la juge Shelley, 2007 ABQB 517, 81 Alta. L.R. (4th) 28, 424 A.R. 271, 160 C.R.R. (2d) 185, [2008] 1 W.W.R. 507, [2007] 4 C.N.L.R. 179, [2007] A.J. No. 913 (QL), 2007 CarswellAlta 1103. Pourvoi accueilli.

*Robert J. Normey et David N. Kamal*, pour les appelants.

*Kevin S. Feth, c.r.*, et *Jeremy L. Taylor*, pour les intimés.

*Janet E. Minor et Mark Crow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Isabelle Harnois*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.



Written submissions only by *P. Mitch McAdam* and *R. James Fyfe*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Richard B. Hajduk* and *Rodger C. Gibbs*, for the intervener the East Prairie Métis Settlement.

*Thomas R. Owen* and *Tara Rout*, for the intervener the Elizabeth Métis Settlement.

*Beverly J. M. Teillet*, for the intervener the Métis Nation of Alberta.

*Jason Madden*, *Clément Chartier, Q.C.*, and *Kathy L. Hodgson-Smith*, for the intervener the Métis National Council.

*Garry Appelt* and *Keltie L. Lambert*, for the intervener the Métis Settlements General Council.

*Jonathan Rudin* and *Mandy Wesley*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

*Dianne Pothier* and *Joanna L. Birenbaum*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

*Laurie Letheren* and *C. Tess Sheldon*, for the intervener the Canadian Association for Community Living.

*Sandeep K. Dhir* and *Lindsey E. Miller*, for the intervener the Gift Lake Métis Settlement.

*Mary Eberts*, for the intervener the Native Women's Association of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Overview

[1] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* recognizes three groups of Aboriginal peoples — Indians, Métis and Inuit. The claimants are members of the Métis settlement of Peavine, Alberta; they are also status Indians. The *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14 (“MSA”), does not permit

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam* et *R. James Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Richard B. Hajduk* et *Rodger C. Gibbs*, pour l'intervenant East Prairie Métis Settlement.

*Thomas R. Owen* et *Tara Rout*, pour l'intervenant Elizabeth Métis Settlement.

*Beverly J. M. Teillet*, pour l'intervenante Métis Nation of Alberta.

*Jason Madden*, *Clément Chartier, c.r.*, et *Kathy L. Hodgson-Smith*, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.

*Garry Appelt* et *Keltie L. Lambert*, pour l'intervenant Métis Settlements General Council.

*Jonathan Rudin* et *Mandy Wesley*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

*Dianne Pothier* et *Joanna L. Birenbaum*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Laurie Letheren* et *C. Tess Sheldon*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

*Sandeep K. Dhir* et *Lindsey E. Miller*, pour l'intervenant Gift Lake Métis Settlement.

*Mary Eberts*, pour l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Aperçu

[1] L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît trois peuples autochtones — les Indiens, les Métis et les Inuit. Les demandeurs sont membres de l'établissement métis de Peavine, en Alberta; ils sont également des Indiens inscrits. La *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, ch. M-14

status Indians to become formal members of any Métis settlement, including Peavine. The claimants now apply for a declaration that this denial of membership violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees of equality, freedom of association and liberty, and is unconstitutional.

[2] I conclude that the claimants have failed to establish that the sections of the *MSA* that led to their exclusion from the Peavine settlement are unconstitutional.

[3] The claimants assert that the *MSA*'s exclusion of Métis who are also status Indians from membership in the Peavine Métis Settlement violates the guarantee of equality of s. 15 of the *Charter*. I conclude that s. 15(2) of the *Charter*, which permits inequalities associated with ameliorative programs aimed at helping a disadvantaged group, provides a complete answer to this claim. The purpose and effect of the *MSA* is to enhance Métis identity, culture, and self-governance by creating a land base for Métis. The exclusion of status Indians from membership in the new Métis land base serves and advances this object and hence is protected by s. 15(2). I also conclude that the claimants have failed to establish that the *MSA*'s exclusion from membership in the settlement violates freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* or liberty under s. 7 of the *Charter*.

[4] I would therefore allow the appeal and affirm the judgment of the chambers judge.

## II. The History and Framework of the Program

[5] The Métis were originally the descendants of eighteenth-century unions between European men — explorers, fur traders and pioneers — and Indian women, mainly on the Canadian plains, which now form part of Manitoba, Saskatchewan

(« *MSA* »), ne permet pas aux Indiens inscrits de devenir des membres officiels de quelque établissement métis que ce soit, dont celui de Peavine. Les demandeurs sollicitent maintenant un jugement déclarant que cette interdiction porte atteinte aux droits à l'égalité, à la liberté d'association et à la liberté protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, et est inconstitutionnelle.

[2] Je conclus que les demandeurs n'ont pas établi que les articles de la *MSA* ayant mené à leur exclusion de l'établissement de Peavine sont inconstitutionnels.

[3] Les demandeurs affirment que les dispositions de la *MSA* qui interdisent aux Métis étant Indiens inscrits de devenir membres de l'établissement de Peavine portent atteinte à leur droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte*. J'estime que le par. 15(2) de la *Charte*, qui autorise certaines inégalités dans le cadre de programmes destinés à améliorer la situation de groupes défavorisés, répond parfaitement à cette prétention. De par son objet et son effet, la *MSA* vise l'enrichissement de l'identité et de la culture des Métis ainsi que la promotion de leur autonomie gouvernementale en créant pour eux une assise territoriale. Le fait de refuser aux Indiens inscrits le statut de membre dans la nouvelle assise territoriale métisse tend à la réalisation de cet objet et y contribue et est, par conséquent, protégé par le par. 15(2). J'estime également que les demandeurs n'ont pas réussi à prouver que l'interdiction prévue par la *MSA* qui leur est faite d'obtenir le statut de membre de l'établissement porte atteinte à la liberté d'association protégée par l'al. 2d) de la *Charte* ou à la liberté protégée par l'art. 7 de la *Charte*.

[4] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer le jugement de la juge en cabinet.

## II. Historique et cadre du programme

[5] À l'origine, les Métis étaient les descendants des unions du dix-huitième siècle entre des Européens — explorateurs, négociants en fourrures et pionniers — et des femmes autochtones, principalement dans les plaines canadiennes

and Alberta. Within a few generations the descendants of these unions developed a culture distinct from their European and Indian forebears. In early times, the Métis were mostly nomadic. Later, they established permanent settlements centered on hunting, trading and agriculture. The descendants of Francophone families developed their own Métis language derived from French. The descendants of Anglophone families spoke English. In modern times the two groups are known collectively as Métis.

[6] Following the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), which organized the territories recently acquired by Great Britain and reserved certain lands for Indians, the Crown adopted a practice of making treaties with Indian bands. Thus, most Indians on the prairies are Treaty Indians. In exchange for surrendering their traditional lands to the Crown, they were granted reservations and other benefits, such as the right to hunt and trap on Crown land. Today, the welfare of Indians is dealt with under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which provides a variety of benefits to status Indians living on and off reserve.

[7] The Crown did not apply to the Métis its policy of treating with the Indians and establishing reservations and other benefits in exchange for lands. In some regions, it adopted a scrip system that accorded allotments of land to individual Métis. However, Métis communities were not given a collective reservation or land base; they did not enjoy the protections of the *Indian Act* or any equivalent. Although widely recognized as a culturally distinct Aboriginal people living in culturally distinct communities, the law remained blind to the unique history of the Métis and their unique needs.

qui font maintenant partie du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta. En l'espace de quelques générations, les descendants de ces unions ont développé une culture distincte de celle de leurs ancêtres européens et indiens. Au début, les Métis étaient pour la plupart des nomades. Plus tard, ils ont érigé des établissements permanents axés sur la chasse, le commerce et l'agriculture. Les descendants francophones ont créé leur propre langue métisse dérivée du français. Les descendants anglophones parlaient l'anglais. De nos jours, les deux groupes sont collectivement appelés les Métis.

[6] Comme suite à la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), qui organisait les territoires acquis récemment par la Grande-Bretagne et réservait certaines terres aux Indiens, la Couronne a adopté une pratique consistant à conclure des traités avec les bandes indiennes. Par conséquent, la plupart des Indiens des prairies sont soumis au régime d'un traité. En contrepartie de la cession de leurs terres traditionnelles à la Couronne, ils ont obtenu des réserves et d'autres avantages, comme le droit de chasser et de piéger le gibier sur les terres de la Couronne. Aujourd'hui, les Indiens sont régis par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui offre une variété d'avantages aux Indiens inscrits, qu'ils habitent ou non dans les réserves.

[7] La politique de la Couronne qui consistait à conclure des traités avec les Indiens, à établir des réserves et à leur conférer d'autres avantages en échange des terres ne s'appliquait pas aux Métis. Dans certaines régions, la Couronne a adopté un système de certificats d'argent selon lequel des terres étaient accordées à des Métis. Cependant, les communautés métisses n'ont pas obtenu de réserve ou d'assise territoriale collective; elles ne bénéficiaient pas des protections prévues par la *Loi sur les Indiens* ou par d'autres textes législatifs équivalents. Bien que largement reconnu comme formant un peuple autochtone culturellement distinct et vivant dans des communautés culturellement distinctes, les Métis voyaient leur histoire et leurs besoins uniques ignorés par le droit.

[8] Governments slowly awoke to this legal lacuna. In 1934, the Alberta legislature established the Ewing Commission, a “Royal Commission Appointed to Investigate the Conditions of the Half-Breed Population of Alberta”. The mandate of the Commission was to inquire into the problems of “health, education, relief and general welfare of [the half-breed] population” and to make recommendations based on its investigation.

[9] The Ewing Commission Report (1936) defined the terms “Metis” or “half-breed” for its own purposes as “a person of mixed blood, white and Indian, who lives the life of the ordinary Indian, and includes a non-treaty Indian” but excluding persons of mixed blood (Indian and white) who had settled down as farmers and who did not need or desire public assistance (p. 4).

[10] *The Metis Population Betterment Act*, S.A. 1938, 2nd Sess., c. 6, was enacted as a result of the findings and recommendations of the Ewing Commission. The term “Metis” was defined in s. 2(a) of the Act as:

... a person of mixed white and Indian blood but does not include either an Indian or a non-treaty Indian as defined in *The Indian Act*, being chapter 98 of the Revised Statutes of Canada, 1927.

[11] Renamed, *The Metis Betterment Act*, R.S.A. 1955, c. 202, continued to exclude anyone registered as an Indian under the *Indian Act* from the definition of “Metis” and expanded the exclusion to encompass anyone with the ability to be registered as an Indian under the *Indian Act*: s. 2(a).

[12] *The Metis Betterment Act*, while accord- ing limited statutory recognition to Métis, did not compel the Province of Alberta to establish a land base for Métis communities; nor did it provide adequate support for preservation of the distinct Métis identity and culture. Like the predecessor

[8] Les gouvernements ont lentement pris conscience de cette lacune dans la loi. En 1934, le législateur albertain a créé la Commission Ewing, soit la « Royal Commission Appointed to Investigate the Conditions of the Half-Breed Population of Alberta » (Commission royale chargée d’étudier la situation des Métis de l’Alberta). Celle-ci devait examiner les problèmes de [TRADUCTION] « santé, l’éducation, le redressement et le bien-être général du peuple [métis] » et formuler des recommanda- tions à partir de ses enquêtes.

[9] Le rapport de la Commission Ewing (1936) a précisé que, pour ses propres fins, un « Métis » (ou « *half-breed* » en anglais) était [TRADUCTION] « une personne d’ascendance mixte blanche et indienne, qui mène la vie d’un Indien ordinaire, ce qui inclut un Indien non soumis au régime d’un traité », mais exclut les personnes d’ascendance mixte (indienne et blanche) qui se sont établies comme des agricul- teurs et qui n’avaient pas besoin ou ne voulaient pas d’assistance publique (p. 4).

[10] La *Metis Population Betterment Act*, S.A. 1938, 2<sup>e</sup> sess., ch. 6, a été adoptée par suite des conclusions et des recommandations formulées par la Commission Ewing. Le terme « Métis » a été défini à l’al. 2a) de la Loi :

[TRADUCTION] ... une personne d’ascendance mixte blanche et indienne, mais n’inclut pas un Indien ou un Indien non soumis au régime d’un traité tel que défini par la *Loi des Indiens*, soit le chapitre 98 des Statuts révisés du Canada de 1927.

[11] La loi, devenue la *Metis Betterment Act*, R.S.A. 1955, ch. 202, excluait toujours de la défi- nition de « Métis » toute personne inscrite comme Indien au sens de la *Loi sur les Indiens* et élargis- sait cette exclusion de sorte qu’elle visait aussi toute personne pouvant s’inscrire comme Indien au sens de la *Loi sur les Indiens* : al. 2a).

[12] La *Metis Betterment Act*, qui accordait une certaine reconnaissance législative aux Métis, ne contraignait pas la province de l’Alberta à créer une assise territoriale pour les communautés métisses, non plus qu’à fournir un soutien adéquat pour la préservation de l’identité et de la culture distinctes

legislation, it continued to deny the Métis any form of self-government.

[13] The landscape shifted dramatically in 1982, with the passage of the *Constitution Act, 1982*. In the period leading up to the amendment of the Constitution, Indian, Inuit and Métis groups fought for constitutional recognition of their status and rights. Section 35 of the *Constitution Act, 1982* entrenched existing Aboriginal and treaty rights and recognized three Aboriginal groups — Indians, Inuit, and Métis. For the first time, the Métis were acknowledged as a distinct rights-holding group.

[14] In anticipation of the coming into force of the *Constitution Act, 1982*, the Province of Alberta struck a Joint Métis-Government Committee to review *The Metis Betterment Act* and Regulations. The Committee, comprised of the chair, the late Grant MacEwan, who was chosen by the Métis and government, along with two members from government and two from the Métis community, prepared a report, dated July 12, 1984, setting out its conclusions and recommendations (*Report of the MacEwan Joint Committee to Review the Metis Betterment Act and Regulations: Foundations for the Future of Alberta's Metis Settlements* (“MacEwan Report”)).

[15] The MacEwan Report defined a “Metis” simply as “an individual of aboriginal ancestry who identifies with Metis history and culture” (at p. 12), and recommended legislation to secure a land base and self-government for Métis communities in the province. The Alberta legislature accepted these recommendations in principle by authorizing an amendment to the *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*, R.S.A. 2000, c. C-24.

[16] A period of negotiation between the Métis of Alberta and the government of Alberta followed.

des Métis. En outre, comme la loi précédente, elle continuait de nier toute forme d'autonomie gouvernementale aux Métis.

[13] Le paysage a radicalement changé en 1982, avec l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pendant la période précédant la modification de la Constitution, les Indiens, les Inuit et les Métis se sont battus pour la reconnaissance constitutionnelle de leur statut et de leurs droits. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a enchâssé les droits autochtones existants, ancestraux ou issus de traités, et a reconnu trois groupes autochtones — les Indiens, les Inuit et les Métis. Pour la première fois, les Métis étaient reconnus comme un groupe distinct titulaire de droits.

[14] En prévision de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la province de l'Alberta a formé un comité mixte composé de représentants du gouvernement et des Métis pour réviser la *Metis Betterment Act* et la réglementation. Le comité — composé du président, feu Grant MacEwan, choisi par les Métis et le gouvernement, ainsi que de deux représentants du gouvernement et des Métis respectivement — a préparé un rapport, daté du 12 juillet 1984, dans lequel il formulait ses conclusions et recommandations (*Report of the MacEwan Joint Committee to Review the Metis Betterment Act and Regulations : Foundations for the Future of Alberta's Metis Settlements* (« rapport MacEwan »)).

[15] Le rapport MacEwan a défini un « Métis » comme étant simplement [TRADUCTION] « une personne d'ascendance autochtone qui s'identifie à l'histoire et à la culture des Métis » (p. 12) et a recommandé la prise de mesures législatives pour garantir aux communautés métisses de la province une assise territoriale et une autonomie gouvernementale. Le gouvernement albertain a accepté le principe de ces recommandations en autorisant la modification de la *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*, R.S.A. 2000, ch. C-24.

[16] S'en est suivie une période de négociation entre les Métis de l'Alberta et le gouvernement

The negotiations centered on establishing settlement lands for Métis communities, extending self-government to those communities, and ensuring the protection and enhancement of Métis culture and identity. Importantly for this case, the negotiations extended to provisions that would allow the Métis to maintain their separate identity as Métis, distinct from Indians.

[17] These negotiations culminated on July 1, 1989, with the *Alberta-Metis Settlements Accord*. The following year, pursuant to the Accord, Alberta granted the Métis Settlements General Council fee simple title to the lands of the eight Métis communities and passed a suite of legislation to protect Métis rights, including the *MSA* at issue here.

[18] The constitution of Alberta, which, in the British tradition, is unwritten, was amended to provide constitutional recognition for the changes. The preamble to the *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990* offers crucial insight into the objects of the legislation:

WHEREAS the Metis were present when the Province of Alberta was established and they and the land set aside for their use form a unique part of the history and culture of the Province; and

WHEREAS it is desired that the Metis should continue to have a land base to provide for the preservation and enhancement of Metis culture and identity and to enable the Metis to attain self-governance under the laws of Alberta and, to that end, Her Majesty in right of Alberta is granting title to land to the Metis Settlements General Council; and

WHEREAS Her Majesty in right of Alberta has proposed the land so granted be protected by the Constitution of Canada, but until that happens it is proper that the land be protected by the constitution of the Province; . . .

albertain. Ces négociations ont porté principalement sur l'établissement de terres désignées pour les communautés métisses, sur l'octroi de l'autonomie gouvernementale à ces communautés et sur la protection et l'enrichissement de leur culture et de leur identité. Fait important pour la présente affaire, les négociations ont aussi porté sur des dispositions qui permettraient aux Métis de conserver leur identité propre, distincte de celle des Indiens.

[17] Ces négociations ont abouti le 1<sup>er</sup> juillet 1989 à la conclusion de l'*Alberta-Metis Settlements Accord*. L'année suivante, conformément à l'Accord, l'Alberta a consenti au Métis Settlements General Council un titre en fief simple sur les terres des huit communautés métisses et a adopté une série de lois visant à protéger les droits des Métis, y compris la *MSA* en cause en l'espèce.

[18] La constitution de l'Alberta — qui, conformément à la tradition britannique, n'est pas écrite — a été modifiée de manière à donner un statut constitutionnel aux modifications. Le préambule de la *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990* donne un aperçu important des objets de la loi :

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE les Métis étaient présents quand la province de l'Alberta a été établie et qu'ils constituent, ainsi que les terres réservées à leur usage, un aspect propre à l'histoire et à la culture de la province;

ATTENDU QU'il est souhaitable que les Métis continuent d'avoir une assise territoriale pour assurer la préservation et l'enrichissement de leur culture et de leur identité et pour leur permettre d'atteindre une autonomie gouvernementale en application des lois de l'Alberta et que, à cette fin, Sa Majesté du chef de l'Alberta accorde un titre sur les terres au Métis Settlements General Council;

ATTENDU QUE Sa Majesté du chef de l'Alberta a proposé que les terres concédées soient protégées par la Constitution du Canada, mais que, d'ici là, il convient que les terres soient protégées par la constitution provinciale; . . .

[19] The Recital to the *MSA*, added in 2004, contains the following expression of purpose:

**0.1** This Act is enacted

- (a) recognizing the desire expressed in the *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990* that the Metis should continue to have a land base to provide for the preservation and enhancement of Metis culture and identity and to enable the Metis to attain self-governance under the laws of Alberta,
- (b) realizing that the Crown in right of Alberta granted land to the Metis Settlements General Council by letters patent and that the patented land is protected by an amendment to the *Constitution of Alberta* and by the *Metis Settlements Land Protection Act*,
- (c) in recognition that this Act, the *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*, the *Metis Settlements Land Protection Act* and the *Metis Settlements Accord Implementation Act* were enacted in fulfilment of Resolution 18 of 1985 passed unanimously by the Legislative Assembly of Alberta, and
- (d) acknowledging that the Government of Alberta and the Alberta Federation of Metis Settlement Associations made The Alberta-Metis Settlements Accord on July 1, 1989.

[20] The *MSA* defined “Metis” for its purposes as “a person of aboriginal ancestry who identifies with Metis history and culture” (s. 1(j)). Consistent with the negotiations that preceded it and the desire to preserve Métis culture and identity, the *MSA* limited the scope for status Indians to be recognized as members of settlement communities. Section 75 provides that persons registered as Indians or Inuit may not apply for membership in a Métis settlement, unless certain conditions are met and membership is authorized by a settlement bylaw. Because its provisions are central to this case, I set out s. 75 in relevant part:

**75(1)** An Indian registered under the *Indian Act* (Canada) or a person who is registered as an Inuk for

[19] Le préambule de la *MSA*, ajouté en 2004, contient la déclaration d’objet suivante :

[TRADUCTION]

**0.1** La présente loi :

- a) reconnaît le désir exprimé dans la *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*, que les Métis continuent d’avoir une assise territoriale pour assurer la préservation et l’enrichissement de leur culture et de leur identité et pour permettre d’atteindre une autonomie gouvernementale en application des lois de l’Alberta;
- b) réalise que la Couronne du chef de l’Alberta a concédé des terres au Metis Settlements General Council par lettres patentes et que ces terres sont protégées par une modification à la *Constitution of Alberta* et par la *Metis Settlements Land Protection Act*;
- c) reconnaît que la présente loi, la *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*, la *Metis Settlements Land Protection Act* et la *Metis Settlements Accord Implementation Act* ont été adoptées en exécution de la résolution 18 de 1985 adoptée à l’unanimité par l’Assemblée législative de l’Alberta;
- d) reconnaît que le gouvernement albertain et l’Alberta Federation of Metis Settlement Associations ont conclu l’Alberta-Metis Settlements Accord le 1<sup>er</sup> juillet 1989.

[20] La *MSA* définit « Métis » à ses propres fins comme étant [TRADUCTION] « une personne d’ascendance autochtone qui s’identifie à l’histoire et à la culture des Métis » (al. 1j)). Compte tenu des négociations qui l’ont précédé et du désir de protéger la culture et l’identité des Métis, la *MSA* a restreint les cas où les Indiens inscrits peuvent être reconnus comme membres des établissements. Suivant l’article 75, les personnes inscrites comme Indiens ou Inuit ne peuvent pas demander de devenir membres d’un établissement métis, à moins que certaines conditions soient réunies et que ce statut soit autorisé par un règlement de l’établissement. Comme cette disposition est au cœur de la présente affaire, j’en reproduis les extraits pertinents :

[TRADUCTION]

**75(1)** Un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada) ou une personne inscrite à titre d’Inuk

the purposes of a land claims settlement is not eligible to apply for membership or to be recorded as a settlement member unless subsection (2) or (3.1) applies.

(2) An Indian registered under the *Indian Act* (Canada) or a person who is registered as an Inuk for the purposes of a land claims settlement may be approved as a settlement member if

- (a) the person was registered as an Indian or an Inuk when less than 18 years old,
- (b) the person lived a substantial part of his or her childhood in the settlement area,
- (c) one or both parents of the person are, or at their death were, members of the settlement, and
- (d) the person has been approved for membership by a settlement bylaw specifically authorizing the admission of that individual as a member of the settlement.

(3) If a person who is registered as an Indian under the *Indian Act* (Canada) is able to apply to have his or her name removed from registration, subsection (2) ceases to be available as a way to apply for or to become a settlement member.

(3.1) In addition to the circumstances under subsection (2), an Indian registered under the *Indian Act* (Canada) or a person who is registered as an Inuk for the purposes of a land claims settlement may be approved as a settlement member if he or she meets the conditions for membership set out in a General Council Policy.

[21] Additionally, the *Transitional Membership Regulation*, Alta. Reg. 337/90, permitted those registered on a settlement membership list upon the entry into force of the *MSA* to maintain their membership even if they were already registered or were eligible to register as Indians under the *Indian Act*. Persons registering as Indians after the coming into force of the *MSA* on November 1, 1990, were not covered by these grandfathering provisions.

dans le cadre d'une entente sur les revendications territoriales ne peut pas demander le statut de membre ou être inscrit comme membre de l'établissement, sauf en cas d'application des paragraphes (2) ou (3.1).

(2) Un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada) ou une personne inscrite à titre d'Inuk dans le cadre d'une entente sur les revendications territoriales peut être admis comme membre si

- a) la personne était inscrite à titre d'Indien ou d'Inuk quand elle était âgée de moins de 18 ans;
- b) la personne a vécu une bonne partie de son enfance dans la région de l'établissement;
- c) au moins un des parents de la personne est, ou était au moment de son décès, membre de l'établissement;
- d) la personne a été admise comme membre grâce à un règlement de l'établissement qui autorise expressément qu'elle en devienne membre.

(3) Si une personne inscrite à titre d'Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada) demande que son nom soit retiré du registre, elle ne peut plus invoquer le paragraphe (2) dans le but de devenir membre de l'établissement.

(3.1) Outre les circonstances énoncées au paragraphe (2), un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada) ou une personne inscrite à titre d'Inuk dans le cadre d'une entente sur les revendications territoriales peut être admis comme membre de l'établissement s'il satisfait aux conditions énoncées dans une politique générale du conseil.

[21] De plus, la *Transitional Membership Regulation*, Alta. Reg. 337/90, a permis aux personnes inscrites sur la liste des membres d'un établissement au moment de l'entrée en vigueur de la *MSA* de conserver leur statut de membre même si elles étaient déjà inscrites ou qu'elles pouvaient s'inscrire comme Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Les personnes qui se sont inscrites comme Indiens après l'entrée en vigueur de la *MSA* le 1<sup>er</sup> novembre 1990 n'étaient pas visées par ces dispositions préservant les droits acquis.



[22] Section 90 of the *MSA* confirms that voluntary registration under the *Indian Act* precludes membership in a Métis settlement unless a General Council Policy provides otherwise:

**90(1)** Unless a General Council Policy provides otherwise, a settlement member terminates membership in a settlement if

- (a) the person voluntarily becomes registered as an Indian under the *Indian Act* (Canada), or
- (b) the person becomes registered as an Inuk for the purpose of a land claims agreement.

(2) On receipt from the settlement council of notice of a termination of membership under subsection (1), and after any verification of the facts that is considered necessary, the Minister must remove the name of the person concerned from the Settlement Members List.

No General Council Policy addressing settlement membership for status Indians has been passed.

[23] A settlement member who loses membership under these provisions loses any interest in the settlement land, but may continue to reside on a Métis settlement unless expelled. Sections 91 and 93 provide:

**91(1)** When the membership of a settlement member terminates or is terminated, the member

- (a) loses any rights gained by his or her former membership to reside on or occupy patented land, but
- (b) does not lose any right to reside on patented land acquired by or under this or any other enactment, a General Council Policy or a settlement bylaw.

(2) The termination of settlement membership does not affect any right acquired by the spouse or adult

[22] L'article 90 de la *MSA* confirme que l'enregistrement volontaire en vertu de la *Loi sur les Indiens* exclut la possibilité de devenir membre d'un établissement métis, sauf si une politique générale du conseil prévoit le contraire :

[TRADUCTION]

**90(1)** Sauf si une politique générale du conseil prévoit le contraire, une personne renonce à son statut de membre dans un établissement si

- a) elle s'inscrit volontairement comme Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada), ou
- b) elle s'inscrit à titre d'Inuk dans le cadre d'une entente sur les revendications territoriales.

(2) Sur réception de la part du conseil de l'établissement d'un avis de cessation d'appartenance visée par le paragraphe (1), et après une vérification des faits qui est jugée nécessaire, le ministre doit retirer le nom de la personne visée de la liste des membres de l'établissement.

Aucune politique générale du conseil portant sur l'obtention du statut de membre dans un établissement pour les détenteurs du statut d'Indien n'a été adoptée.

[23] Le membre d'un établissement qui perd son statut en application de ces dispositions perd tous les droits qu'il possédait sur les terres de l'établissement, mais peut continuer de résider dans un établissement métis à moins d'en être expulsé. Les articles 91 et 93 prévoient ce qui suit :

[TRADUCTION]

**91(1)** Quand il cesse d'appartenir à un établissement ou que son statut de membre lui est retiré, le membre

- a) perd les droits acquis lorsqu'il était membre de résider sur les terres cédées par lettre patente ou de les occuper, mais
- b) ne perd pas le droit de résider sur les terres cédées par lettre patente sous le régime de la présente loi, de toute autre loi, d'une politique générale du conseil ou d'un règlement de l'établissement.

(2) Quand le membre cesse d'appartenir à un établissement, les droits acquis par le conjoint, le

interdependent partner or minor children of the member to continue to reside on patented land.

(3) A settlement council and a person whose membership has been terminated may agree on the compensation to be paid to the former settlement member for improvements made on land held by the member and if they cannot agree either of them may refer the matter to the Appeal Tribunal.

93(1) A person who is permitted to reside in a settlement area under section 92 is entitled to continue to reside in the area unless the settlement council, for just cause, orders the person expelled from the settlement area.

(1.1) A settlement council may order a person who is not permitted to reside in the settlement area expelled from the settlement area if the person refuses to leave the settlement area on the request of the settlement council.

(2) No order can be made under subsection (1) or (1.1) unless the person concerned has been given an opportunity to tell the settlement council why he or she should be able to remain in the settlement area.

[24] While the negotiations proceeded with the Alberta Métis to achieve a land base, self-governance and support for Métis culture and identity, an important change was made to broaden the definition of who could register as an Indian under the federal *Indian Act*. In *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27 (Bill C-31), Parliament reinstated the right to Indian status for many Métis settlement members who had been previously denied status, including the claimants. Prior to this amendment, Indian women who married Métis men lost their Indian status and could not pass it to their descendants. The new act went some way towards correcting this injustice, recognized the descendants of these unions, and gave them the option of registering as status Indians.

[25] The claimants, members of the Métis settlement of Peavine, opted to register as status Indians

partenaire adulte interdépendant ou les enfants mineurs du membre de continuer à résider sur les terres cédées par lettre patente ne sont pas visés.

(3) Un conseil d'établissement et une personne qui a cessé d'être membre peuvent s'entendre sur l'indemnité à verser à l'ancien membre pour les améliorations apportées à la terre dont il était propriétaire et s'ils n'arrivent pas à s'entendre, l'un d'eux peut renvoyer l'affaire au tribunal d'appel.

93(1) La personne qui est autorisée à résider dans une région d'établissement en vertu de l'article 92 peut continuer de résider dans la région à moins que le conseil d'établissement, pour un motif valable, n'ordonne son expulsion de la région d'établissement.

(1.1) Un conseil d'établissement peut ordonner qu'une personne qui n'est pas autorisée à résider dans la région d'établissement en soit expulsée si elle refuse de partir à la demande du conseil.

(2) Aucune ordonnance ne peut être prononcée en application des paragraphes (1) ou (1.1), sauf si la personne visée a eu la possibilité de faire valoir au conseil la raison pour laquelle elle devrait pouvoir rester dans la région d'établissement.

[24] Alors que les Métis albertains participaient aux négociations en vue d'obtenir une assise territoriale, d'atteindre l'autonomie gouvernementale et d'obtenir du soutien pour leur culture et leur identité, la *Loi sur les Indiens* du Canada a subi une modification importante pour élargir la définition des personnes pouvant s'inscrire comme Indiens. En effet, dans la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, ch. 27 (projet de loi C-31), le législateur a rétabli le droit au statut d'Indien pour plusieurs membres d'établissements métis qui se l'étaient vu refuser, y compris les demandeurs. Avant cette modification, les femmes indiennes qui épousaient des Métis perdaient leur statut d'Indiennes et ne pouvaient pas le transmettre à leurs descendants. La nouvelle loi a corrigé en partie cette injustice en reconnaissant les descendants de ces unions et en leur donnant le choix de s'inscrire comme Indiens.

[25] Les demandeurs, membres de l'établissement métis de Peavine, ont choisi de s'inscrire à

in order to obtain medical benefits under the *Indian Act*. They did so outside the limited window provided by the *Transitional Membership Regulation*. As a result, the Registrar of the Métis Settlements Land Registry revoked their membership in the settlement of Peavine, under s. 90 of *MSA*. They sued for a declaration that s. 90 and its companion provision, s. 75, are inconsistent with ss. 15, 2(d) and 7 of the *Charter* in a manner that cannot be justified under s. 1 and are thus null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[26] Underlying this litigation is the suggestion that the manner in which the Cunninghams' registration was revoked was procedurally unfair. The list that the Peavine Council submitted to the Registrar of the Métis Settlements Land Registry for revocation of membership did not include all of the members who had obtained Indian status, but only the members of the Cunningham family. Following related proceedings (*Alberta (Minister of International and Intergovernmental Relations) v. Peavine Metis Settlement*, 2001 ABQB 165, [2001] 3 C.N.L.R. 1), the Registrar removed the claimants from the Peavine membership list on May 10, 2001. Though bad faith and improper motivations were alleged against the then Council, no judicial review or other action was commenced on that basis. Accordingly, the matter of how the revocation proceeded is not before this Court.

### III. The Rulings in the Alberta Courts

#### A. *The Chambers Judge*

[27] The chambers judge, Shelley J., dismissed the claimants' application (2007 ABQB 517, 81 Alta. L.R. (4th) 28). She accepted the claimants' view that the exclusion from membership was based on the analogous ground of registration as a status Indian. She concluded, however, that the *MSA* did not violate the equality provision of s. 15(1) of the *Charter* because the relevant contextual factors did

titre d'Indiens dans le but d'obtenir des soins médicaux en application de la *Loi sur les Indiens*. Ils l'ont fait après le délai prescrit par la *Transitional Membership Regulation*. Par conséquent, le registraire du registre des établissements métis a révoqué leur appartenance à l'établissement de Peavine, en application de l'art. 90 de la *MSA*. Les demandeurs ont intenté une poursuite en vue d'obtenir un jugement déclarant que l'art. 90 et sa disposition complémentaire, l'art. 75, vont à l'encontre des art. 7 et 15 et de l'al. 2d) de la *Charte* d'une façon qui ne peut être justifiée au sens de l'article premier, et sont par conséquent inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[26] Il est suggéré dans le présent litige que la manière dont l'inscription des Cunningham a été révoquée n'a pas été équitable d'un point de vue procédural. La liste que le Conseil de Peavine a soumise au registraire du registre des établissements métis pour qu'y soient révoqués les membres visés ne comprenait pas tous les membres qui avaient obtenu le statut d'Indiens inscrits, mais seulement les membres de la famille Cunningham. Au terme de procédures liées à la présente affaire (*Alberta (Minister of International and Intergovernmental Relations) c. Peavine Metis Settlement*, 2001 ABQB 165, [2001] 3 C.N.L.R. 1), le registraire a retiré les demandeurs de la liste des membres de l'établissement de Peavine le 10 mai 2001. Bien que le conseil ait été accusé de mauvaise foi et de motivations inappropriées, aucun examen judiciaire ou autre procédure n'a été entamé sur ce fondement. Il en découle que la Cour n'est pas saisie de la question de la manière dont la révocation a été faite.

### III. Les décisions des cours de l'Alberta

#### A. *La juge en cabinet*

[27] La juge en cabinet Shelley a rejeté la demande formulée par les demandeurs (2007 ABQB 517, 81 Alta. L.R. (4th) 28). Elle a souscrit à leur point de vue selon lequel l'interdiction de devenir membre était fondée sur le motif analogue d'inscription à titre d'Indien. Elle a toutefois conclu que la *MSA* n'a pas porté atteinte au droit à l'égalité garanti au par. 15(1) de la *Charte* parce que les

not establish that ss. 75 and 90 resulted in the stereotyping or disadvantage required to show discrimination. She accepted that the provisions might cause the claimants to lose their right to reside on the Peavine settlement without having obtained corresponding benefits under the *Indian Act*, and that even if they were able to continue to reside on the land under s. 92, as it appeared they currently did, they would have no say in settlement governance or the right to vote. However, they would have acquired benefits available to them under the *Indian Act* as status Indians.

[28] Although she did not conduct an analysis under s. 15(2) of the *Charter* (her decision was before *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, which clarified the steps of the s. 15(2) analysis), the chambers judge concluded that the ameliorative purpose and effect of the *MSA* supported the exclusion under ss. 75 and 90 of Métis who registered as status Indians. In her view, the purposes of enhancing Métis culture and identity, as well as the preservation of land rights and self-governance, were furthered by the exclusion of status Indians, subject to any General Council Policy. While the loss of the right to participate in the governance of the Métis community with which they had been associated on a long-term basis was a severe consequence, this was offset by the fact that by registering as Indians under the *Indian Act*, the claimants had chosen to receive other rights and benefits.

[29] The chambers judge also dismissed the Cunninghams' s. 2(d) claim for breach of freedom of association. Section 2(d) of the *Charter*, she held, protects association only for the purpose of protecting fundamental freedoms, not access to a particular statutory regime. The privilege of membership does not exist independently of the legislative regime established by the *MSA*. Moreover, the claimants had not shown substantial interference with their associational right, in the sense that the *MSA* made it next to impossible for them to pursue

facteurs contextuels pertinents n'ont pas établi que les art. 75 et 90 ont entraîné le stéréotype ou désavantage requis pour établir l'existence d'une discrimination. Elle a convenu que ces dispositions pouvaient faire perdre aux demandeurs leur droit de résider dans l'établissement de Peavine sans pour autant que la *Loi sur les Indiens* ne leur confère d'avantages correspondants, et que même s'ils pouvaient continuer de résider sur les terres en vertu de l'art. 92, comme cela semblait déjà être le cas, ils n'auraient pas leur mot à dire sur le plan de l'administration de l'établissement non plus que le droit de vote. Cependant, ils pourraient se prévaloir des avantages que leur confère la *Loi sur les Indiens* à titre d'Indiens inscrits.

[28] Bien qu'elle n'ait pas effectué d'analyse relative au par. 15(2) de la *Charte* (sa décision a précédé l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, qui en précisait les étapes), la juge en cabinet a conclu que l'objet et l'effet améliorateurs de la *MSA* appuyaient l'exclusion des Métis qui étaient inscrits comme Indiens prévue aux art. 75 et 90. À son avis, les objectifs qui consistent à enrichir la culture et l'identité des Métis ainsi qu'à préserver les droits fonciers et l'autonomie gouvernementale ont été atteints en partie grâce à l'exclusion des Indiens inscrits, sous réserve de toute politique générale du conseil. Certes, la perte du droit de participer à l'administration de la communauté métisse à laquelle ils avaient été associés pendant longtemps était une grave conséquence, mais cela était compensé par le fait que, en s'inscrivant à titre d'Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens*, les demandeurs avaient choisi de recevoir d'autres droits et avantages.

[29] La juge en cabinet a aussi rejeté la prétention des Cunningham concernant la violation de la liberté d'association garantie à l'al. 2d). Elle a affirmé que cette disposition de la *Charte* protège l'association dans l'unique but de protéger les libertés fondamentales, et non l'accès à un régime légal en particulier. Le privilège d'être membre d'un établissement n'existe pas indépendamment du régime législatif établi par la *MSA*. En outre, les demandeurs n'avaient pas établi l'existence d'une entrave substantielle à leur droit d'association, en ce sens

common goals. It was their decision to register as Indians, not state action, that resulted in any inability to exercise fundamental freedoms.

[30] Finally, the chambers judge found no violation of s. 7 of the *Charter*. Even if the *MSA* limited the claimants' liberty by jeopardizing their right to reside on the Peavine settlement, the deprivation was not arbitrary or grossly disproportionate, and hence not contrary to the principles of fundamental justice, as required by s. 7. She found that "[r]equiring aboriginal adults who might otherwise meet the definition of both Indian and Métis to choose which legislative scheme they wish to fall under — the *Indian Act* or the *MSA* — is not a requirement which is grossly disproportionate to the interest of Alberta in securing a land base for the Métis" (para. 130).

#### B. *The Court of Appeal*

[31] The Court of Appeal concluded that ss. 75 and 90 were inconsistent with the equality guarantee in s. 15 of the *Charter* and thus invalid, and directed registration of the claimants as members of the Peavine settlement (2009 ABCA 239, 8 Alta. L.R. (5th) 16).

[32] As there was no dispute that registration as a status Indian was an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter*, the court, proceeding post-*Kapp*, moved to s. 15(2), which provides that governments may adopt ameliorative programs that might otherwise be viewed as conferring benefits unequally without violating s. 15. It held that, for the exclusion of status Indians to be saved by s. 15(2) by virtue of having an ameliorative or remedial purpose, it must be rationally connected to the enhancement and preservation of Métis culture and self-governance and the securing of a Métis land base. This was not established, in the court's view. Noting that the exclusion from membership of people who had identified with and lived in the Métis culture for all or most of their lives was

que la *MSA* faisait en sorte qu'il leur était quasi impossible de réaliser des objectifs communs. C'était leur décision de s'inscrire à titre d'Indiens, et non un acte de l'État, qui a eu pour effet de les empêcher d'exercer leurs libertés fondamentales.

[30] Enfin, la juge en cabinet a conclu à l'absence d'atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Même si la *MSA* a restreint la liberté des demandeurs en compromettant leur droit de résider dans l'établissement de Peavine, l'atteinte n'était ni arbitraire ni exagérément disproportionnée, et par conséquent, elle n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale visés par l'art. 7. Selon elle, [TRADUCTION] « [o]bliger les adultes autochtones qui pourraient autrement répondre à la fois à la définition d'Indien et à celle de Métis à choisir à quel régime législatif ils souhaitent être assujettis — la *Loi sur les Indiens* ou la *MSA* — n'est pas exagérément disproportionné par rapport à l'intérêt qu'a l'Alberta à garantir une assise territoriale aux Métis » (par. 130).

#### B. *La Cour d'appel*

[31] La Cour d'appel a conclu que les art. 75 et 90 étaient incompatibles avec le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*, et par conséquent invalides, et a ordonné l'inscription des demandeurs en tant que membres de l'établissement de Peavine (2009 ABCA 239, 8 Alta. L.R. (5th) 16).

[32] Comme la question de savoir si l'inscription à titre d'Indien constituait un motif de discrimination analogue à ceux énoncés au par. 15(1) de la *Charte* n'était pas contestée, la Cour d'appel, qui a rendu sa décision après le prononcé de l'arrêt *Kapp*, s'est ensuite penchée sur le par. 15(2) qui prévoit que les gouvernements peuvent adopter, et ce, sans violer l'art. 15, des programmes améliorateurs qui pourraient autrement être considérés comme conférant des avantages de façon inégale. Selon la cour, pour que l'exclusion des Indiens inscrits soit justifiée au sens où il faut l'entendre pour l'application du par. 15(2) du fait qu'elle a un objet améliorateur ou réparateur, elle doit être rationnellement liée à l'enrichissement et à la préservation de la culture et de l'autonomie gouvernementale des Métis ainsi

“relatively arbitrary”, the court concluded that “[i]t is difficult to imagine that such exclusion is in furtherance of the enhancement and preservation of Métis culture, identity and self-governance” (para. 28). Moreover, since Métis membership is rooted in Aboriginal ancestry, removal of membership is at odds with the goal of enhancing Métis culture. There was no evidence that settlements were being overrun by status Indians or that the number of status Indians seeking settlement membership would impair the aims of the *MSA*. Finally, denying status Indians membership because of registration under the *Indian Act* constituted a punishment for behaviour — registering as status Indians — which should not be protected by s. 15(2). The court concluded that exclusion was not rationally connected to advancing a legislative purpose, and was not saved by s. 15(2).

[33] Returning to s. 15(1), the Court of Appeal held that the law stereotyped people like the claimants as being “less Métis” because of their registration under the *Indian Act* in a way that did not correspond to their actual circumstances (para. 43). The court concluded that they “are vulnerable to both a unique disadvantage and to stereotyping . . . resulting in differential treatment and discrimination” (para. 45).

[34] The Court of Appeal declined to rule on whether freedom of association under s. 2(d) was violated, as there was insufficient evidence and argument on the issue. It also declined to rule on the s. 7 claim.

[35] Accepting the government’s claimed purpose — promoting the Métis culture, protecting

qu’à l’obtention d’une assise territoriale pour ces derniers. Elle est d’avis que cela n’a pas été établi. Après avoir souligné que le fait de refuser le statut de membre à des personnes qui se sont identifiées à la culture métisse et qui ont vécu dans cette culture pendant toute leur vie ou la plus grande partie de leur vie était [TRADUCTION] « relativement arbitraire », la cour a conclu qu’« [i] est difficile d’imaginer qu’une telle exclusion vise à enrichir et à préserver la culture, l’identité et l’autonomie gouvernementale des Métis » (par. 28). De plus, comme le statut des Métis repose sur l’ascendance autochtone, l’exclusion de membres va à l’encontre de l’objectif qui consiste à enrichir la culture métisse. Rien n’indiquait que les établissements étaient principalement occupés par des Indiens inscrits ou que le nombre d’Indiens inscrits tentant de devenir membres d’établissements porterait atteinte à l’objectif de la *MSA*. Enfin, le refus du statut de membre aux Indiens inscrits parce qu’ils se sont inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens* revenait à punir un comportement — s’inscrire à titre d’Indiens — ce qui ne devrait pas être protégé par le par. 15(2). La cour a conclu que l’exclusion n’était pas rationnellement liée à l’atteinte de l’objectif législatif et qu’elle n’était pas sauvegardée par le par. 15(2).

[33] Revenant au par. 15(1), la Cour d’appel a conclu que la loi établissait un stéréotype selon lequel les gens comme les demandeurs étaient [TRADUCTION] « moins métis » parce qu’ils étaient inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, d’une manière qui ne correspondait pas à leur situation véritable (par. 43). Elle a conclu que les demandeurs [TRADUCTION] « sont exposés à un désavantage unique et à des stéréotypes [. . .] ce qui donne lieu à une différence de traitement et à de la discrimination » (par. 45).

[34] La Cour d’appel a refusé de statuer sur la question de savoir si la liberté d’association garantie à l’al. 2d) avait été violée puisqu’il n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve et d’arguments sur la question. Elle a également refusé de trancher la prétention fondée sur l’art. 7.

[35] Ayant souscrit à la thèse du gouvernement quant à l’objet du programme — promouvoir la

and distinguishing it from Indian culture, furthering self-governance, and preserving a Métis land base — the court held that there was no pressing and substantial objective capable of justifying the infringement of s. 15(1) of the *Charter* caused by the exclusion of the claimants and other status Indians from settlement membership under ss. 75 and 90 of the *MSA*. The promotion of Métis culture could not serve as such an objective, since there was no evidence to support the view that the provisions were meant to help protect and distinguish Métis culture from Indian culture. Nor could the goal of furthering self-governance serve as an objective because there was no evidence that the provisions provide Métis settlements with means of controlling their membership.

[36] The Court of Appeal added that, had a pressing and substantial objective been established, exclusion would still not be justified under s. 1 because ss. 75 and 90 were neither rationally connected to the objective nor minimally impairing. The absolute removal of membership went beyond what was necessary to achieve the goals of distinguishing Métis culture from Indian culture and self-governance, in the court's view. Consequently, the membership provisions could not be saved by s. 1, and the appeal was allowed.

#### IV. The Equality Claim Under Section 15 of the Charter

[37] Section 15 of the *Charter* states:

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

culture métisse, la protéger et la distinguer de celle des Indiens, favoriser l'autonomie gouvernementale et protéger l'assise territoriale des Métis — la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait pas d'objectif urgent et réel justifiant la violation du par. 15(1) de la *Charte* causée par l'interdiction qui est faite aux demandeurs et aux autres Indiens inscrits de devenir membre de l'établissement aux termes des art. 75 et 90 de la *MSA*. La promotion de la culture métisse ne pouvait pas servir d'objectif de ce type puisqu'il n'y avait aucun élément de preuve appuyant la thèse selon laquelle les dispositions visaient à protéger la culture métisse et à la distinguer de la culture indienne. L'objectif consistant à favoriser l'autonomie gouvernementale ne pouvait pas non plus servir d'objet parce que rien n'indiquait que les dispositions offrent aux établissements métis les moyens de contrôler l'appartenance.

[36] La Cour d'appel a ajouté que, si l'existence d'un objectif réel et urgent avait été établie, l'exclusion ne serait tout de même pas sauvegardée au regard de l'article premier parce que les art. 75 et 90 n'étaient pas rationnellement liés à l'objectif et ne constituaient pas une atteinte minimale. Selon la cour, l'exclusion absolue allait au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre les objectifs consistant à distinguer la culture métisse de la culture indienne et à favoriser l'autonomie gouvernementale. Par conséquent, les dispositions relatives à l'appartenance ne pouvaient pas être sauvegardées au regard de l'article premier et l'appel a été accueilli.

#### IV. La prétention fondée sur le droit à l'égalité prévu à l'art. 15 de la Charte

[37] L'article 15 de la *Charte* est rédigé comme suit :

**15.** (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

A. *The Purpose of Section 15(2)*

[38] Section 15 of the *Charter* protects against discriminatory laws and government actions. Its goal is to enhance substantive equality. It does this in two ways.

[39] First, s. 15(1) is aimed at *preventing* discrimination on grounds such as race, age and sex. Laws and government acts that perpetuate disadvantage and prejudice, or that single out individuals or groups for adverse treatment on the basis of stereotypes, violate s. 15(1) and are invalid, subject to justification under s. 1 of the *Charter*: *Kapp; Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396.

[40] Second, s. 15(2) is aimed at permitting governments to *improve* the situation of members of disadvantaged groups that have suffered discrimination in the past, in order to enhance substantive equality. It does this by affirming the validity of ameliorative programs that target particular disadvantaged groups, which might otherwise run afoul of s. 15(1) by excluding other groups. It is unavoidable that ameliorative programs, in seeking to help one group, necessarily exclude others.

[41] The purpose of s. 15(2) is to save ameliorative programs from the charge of “reverse discrimination”. Ameliorative programs function by targeting specific disadvantaged groups for benefits, while excluding others. At the time the *Charter* was being drafted, affirmative action programs were being challenged in the United States as discriminatory — a phenomenon sometimes called reverse discrimination. The underlying rationale of s. 15(2) is that governments should be permitted to

(2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

A. *L’objet du par. 15(2)*

[38] L’article 15 de la *Charte* assure une protection contre les lois et les mesures gouvernementales discriminatoires. Son objectif est de renforcer l’égalité réelle, ce qu’il fait de deux manières.

[39] Premièrement, le par. 15(1) vise à *empêcher* la discrimination pour des motifs comme la race, l’âge et le sexe. Les lois et les actes gouvernementaux qui perpétuent un désavantage et un préjugé, ou qui imposent à certains individus ou groupes un traitement préjudiciable fondé sur des stéréotypes, violent le par. 15(1) et sont invalides, dans la mesure où ils ne sont pas justifiés au regard de l’article premier de la *Charte* : *Kapp; Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.

[40] Deuxièmement, le par. 15(2) vise à permettre aux gouvernements d’*améliorer* la situation des membres de groupes défavorisés ayant souffert de discrimination dans le passé dans le but de renforcer l’égalité réelle. Cet objectif est réalisé en confirmant la validité des programmes améliorateurs visant des groupes défavorisés particuliers, ce qui pourrait autrement contrevenir au par. 15(1) en excluant d’autres groupes. Il va de soi que ces programmes, en voulant aider un groupe, en excluent d’autres.

[41] Le paragraphe 15(2) a pour objet de prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de « discrimination à rebours ». Ces programmes ciblent des groupes défavorisés particuliers afin qu’ils soient admissibles à certains avantages, tout en en excluant d’autres. Au moment de la rédaction de la *Charte*, des programmes de promotion sociale étaient contestés aux États-Unis au motif qu’ils étaient discriminatoires — un phénomène parfois appelé « discrimination à rebours ».



target subsets of disadvantaged people on the basis of personal characteristics, while excluding others. It recognizes that governments may have particular goals related to advancing or improving the situation of particular subsets of groups. Section 15(2) affirms that governments may not be able to help all members of a disadvantaged group at the same time, and should be permitted to set priorities. If governments are obliged to benefit all disadvantaged people (or all subsets of disadvantaged people) equally, they may be precluded from using targeted programs to achieve specific goals relating to specific groups. The cost of identical treatment for all would be loss of real opportunities to lessen disadvantage and prejudice.

#### B. *The Steps Under Section 15(2)*

[42] This Court in *Kapp* set out the basic framework for cases where the government relies on s. 15(2).

[43] As in all s. 15 cases, the first question is whether the law makes an adverse distinction against the claimant group on the basis of one of the grounds set out in s. 15(1) or an analogous ground.

[44] If so, and if the government relies on s. 15(2) to defend the distinction, the analysis proceeds immediately to whether the distinction is saved by s. 15(2). To establish this, the government must show that the program is a genuinely ameliorative program directed at improving the situation of a group that is in need of ameliorative assistance in order to enhance substantive equality: *Kapp*, at para. 41. There must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group: *Kapp*, at para. 49. Courts must examine the program to determine whether, on the evidence, the declared purpose is genuine; a naked declaration of an ameliorative purpose will not attract s. 15(2) protection against a claim of discrimination: *Kapp*, at para. 49.

Le principe sous-jacent au par. 15(2) est que les gouvernements devraient pouvoir cibler certains membres d'un groupe défavorisé en raison de caractéristiques personnelles, tout en en excluant d'autres. Il reconnaît que les gouvernements peuvent avoir des objectifs particuliers qui consistent à améliorer la situation de certains membres du groupe. Le paragraphe 15(2) confirme, en outre, que les gouvernements ne sont peut-être pas en mesure d'aider tous les membres d'un groupe défavorisé en même temps et qu'ils devraient pouvoir établir des priorités. Si les gouvernements étaient tenus d'avantager également tous les groupes désavantagés (ou tous les sous-groupes de ceux-ci), ils pourraient alors ne pas pouvoir utiliser des programmes ciblés pour atteindre des objectifs précis à l'égard de groupes précis. Le coût d'un traitement identique pour tous entraînerait une perte d'occasions réelles de réduire les désavantages et les préjugés.

#### B. *Les étapes de l'analyse relative au par. 15(2)*

[42] Dans *Kapp*, la Cour a énoncé le cadre d'analyse de base applicable aux causes où le gouvernement s'appuie sur le par. 15(2).

[43] Comme dans toutes les causes fondées sur l'art. 15, la première question à trancher est celle de savoir si la loi crée une distinction préjudiciable à l'égard du groupe de demandeurs fondée sur un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

[44] Si oui, et si le gouvernement se fonde sur le par. 15(2) pour défendre la distinction, il faut ensuite immédiatement se demander si la distinction est justifiée au regard du par. 15(2). Pour l'établir, le gouvernement doit démontrer que le programme est du type qui vise véritablement à améliorer la situation d'un groupe qui a besoin d'une aide amélioratrice afin d'accroître l'égalité réelle : *Kapp*, par. 41. Il doit y avoir une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible : *Kapp*, par. 49. Les tribunaux doivent examiner le programme pour déterminer si, au vu de la preuve, l'objet déclaré est véritable; une déclaration d'objet améliorateur sans plus ne saurait donner ouverture à la protection que confère le par. 15(2) contre une allégation de discrimination : *Kapp*, par. 49.

[45] If these conditions are met, s. 15(2) protects all distinctions drawn on enumerated or analogous grounds that “serve and are necessary to” the ameliorative purpose: *Kapp*, at para. 52. In this phrase, “necessary” should not be understood as requiring proof that the exclusion is essential to realizing the object of the ameliorative program. What is required is that the impugned distinction in a general sense serves or advances the object of the program, thus supporting the overall s. 15 goal of substantive equality. A purposive approach to s. 15(2) focussed on substantive equality suggests that distinctions that might otherwise be claimed to be discriminatory are permitted, to the extent that they go no further than is justified by the object of the ameliorative program. To be protected, the distinction must in a real sense serve or advance the ameliorative goal, consistent with s. 15’s purpose of promoting substantive equality.

[46] The fundamental question is this: up to what point does s. 15(2) protect against a claim of discrimination? The tentative answer suggested by *Kapp*, as discussed above, is that the distinction must serve or advance the ameliorative goal. This will not be the case, for instance, if the state chooses irrational means to pursue its ameliorative goal. This criterion may be refined and developed as different cases emerge. But for our purposes, it suffices.

[47] If s. 15(2) does not protect the impugned distinction, the analysis returns to s. 15(1) to determine whether the distinction constitutes substantive discrimination by perpetuating disadvantage or prejudice or by inappropriately stereotyping the excluded group.

[48] If substantive discrimination is established under s. 15(1), the final question is whether the government has shown it to be justified under s. 1 of the *Charter*.

[45] S’il est satisfait à ces conditions, le par. 15(2) protège toutes les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue qui « tendent et sont nécessaires » à la réalisation de l’objet améliorateur : *Kapp*, par. 52. Il ne faudrait pas interpréter le terme « nécessaires » qui figure dans cette phrase comme l’expression de l’exigence d’une preuve que l’exclusion est essentielle pour réaliser l’objet du programme améliorateur. Ce qu’il faut, c’est que, dans un sens général, la distinction contestée tende à la réalisation de l’objet du programme ou y contribue et que, en conséquence, elle favorise l’atteinte de l’objet d’ensemble de l’art. 15, soit l’égalité réelle. Une interprétation téléologique du par. 15(2) qui met l’accent sur l’égalité réelle suggère que des distinctions potentiellement discriminatoires sont permises dans la mesure où elles n’outrepassent pas l’objet du programme améliorateur. Pour qu’elle soit protégée, la distinction doit réellement tendre à la réalisation de l’objet améliorateur ou y contribuer, et ainsi être compatible avec l’objet de l’art. 15, soit de promouvoir l’égalité réelle.

[46] La question fondamentale est la suivante : jusqu’à quel point le par. 15(2) offre-t-il une protection contre une allégation de discrimination? Selon la réponse provisoire suggérée par *Kapp* et dont il a été question précédemment, la distinction doit tendre à la réalisation de l’objet améliorateur ou y contribuer. Ce ne sera pas le cas, par exemple, si l’État choisit des moyens irrationnels pour atteindre l’objet améliorateur. Ce critère pourra être peaufiné et étoffé au fur et à mesure que des causes se présenteront. Cela dit, aux fins du présent litige, cette réponse suffit.

[47] Si la distinction contestée n’est pas justifiée au regard du par. 15(2), l’analyse reprend quant au par. 15(1) pour déterminer si la distinction constitue une discrimination réelle, en perpétuant un désavantage ou un préjugé à l’égard du groupe exclu ou en lui appliquant des stéréotypes.

[48] S’il est établi au regard du par. 15(1) qu’il existe une discrimination réelle, la dernière question à trancher est celle de savoir si le gouvernement a démontré qu’elle est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

[49] Section 15(2), understood in this way, permits governments to assist one group without being paralyzed by the necessity to assist all, and to tailor programs in a way that will enhance the benefits they confer while ensuring that the protection that s. 15(2) provides against the charge of discrimination is not abused for purposes unrelated to an ameliorative program's object and the goal of substantive equality.

[50] This understanding of s. 15(2) is consistent with the approach to an ameliorative program taken in the earlier case of *Lovelace v. Ontario* (1997), 33 O.R. (3d) 735 (Ont. C.A.), aff'd 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950, which upheld a similar distinction from a benefit under an ameliorative program. The ameliorative program at issue in *Lovelace*, as here, involved different groups of Aboriginal people — registered Indian bands, who have reserves, and unregistered Indian bands and the Métis, who do not have reserves. It sought to enhance the situation of one of these groups, on-reserve Indians, by permitting the establishment of a reserve-based casino. As here, the excluded group of off-reserve Ontario Aboriginals claimed that the distinction discriminated against them contrary to s. 15 of the *Charter*.

[51] While *Lovelace* pre-dated *Kapp*, the Ontario Court of Appeal's analysis followed a broadly similar template. The court first examined whether the program was a genuinely ameliorative program. Having confirmed that it was, it then asked whether restriction of the benefits of the casino program to on-reserve Indians (members of registered reserve bands) conformed to the object of the program. It concluded that it did. The object of the scheme was to benefit on-reserve Indians. The narrow focus of the program corresponded to historic, social and governance differences between the targeted groups and other Aboriginal groups. It also supported the program's object of enhancing the situation of on-reserve Indians; the court observed that if the program were extended to all Ontario Aboriginals, it would not achieve its goal.

[49] Le paragraphe 15(2), interprété de cette manière, permet aux gouvernements d'aider un groupe — sans être paralysés par l'obligation de tous les aider — et d'adapter les programmes de façon à renforcer les avantages qu'ils confèrent, tout en veillant à ce que la protection offerte par le par. 15(2) contre l'accusation de discrimination ne soit pas utilisée de manière abusive à des fins étrangères à l'objet du programme améliorateur et à l'objectif d'égalité réelle.

[50] Cette interprétation du par. 15(2) cadre bien avec l'approche relative au programme améliorateur adoptée dans l'arrêt antérieur *Lovelace c. Ontario* (1997), 33 O.R. (3d) 735 (C.A. Ont.), conf. par 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950, qui a confirmé une distinction semblable quant à un avantage prévu par un programme améliorateur. Le programme améliorateur en cause dans *Lovelace*, comme en l'espèce, visait deux groupes autochtones différents — les bandes d'Indiens inscrits qui disposent de réserves d'une part, et les bandes d'Indiens non inscrits et les Métis qui ne disposent pas de réserves d'autre part. Il visait à améliorer la situation de l'un de ces groupes, les Indiens vivant sur les réserves, en y permettant l'établissement d'un casino. Comme en l'espèce, le groupe exclu — les Autochtones ontariens vivant hors réserve — a soutenu avoir été victime de discrimination contrairement à l'art. 15 de la *Charte*.

[51] Bien que l'arrêt *Lovelace* ait été rendu avant *Kapp*, la Cour d'appel de l'Ontario a effectué une analyse semblable pour l'essentiel à celle établie dans cette dernière affaire. La cour s'est d'abord demandé si le programme était un programme véritablement améliorateur. Après avoir confirmé qu'il l'était, elle s'est ensuite demandé si le fait de restreindre la participation aux profits tirés du programme relatif au casino aux Indiens vivant sur la réserve (membres des bandes inscrites de la réserve) était conforme à l'objet du programme. Elle a conclu qu'il l'était. L'objet du programme consistait à favoriser les Indiens vivant sur la réserve. Cet objet restreint correspondait aux différences historiques et sociales ainsi qu'en matière de gestion entre les groupes ciblés et les autres groupes autochtones. Il appuyait aussi l'objet du

Those factors, along with the magnitude of the project, its attendant social risks and its status as a pilot project, supported the claim that the true purpose of the program was to ameliorate the social and economic conditions of the targeted group — the registered bands. No further proof was needed to show that the program was authorized by s. 15(2) (pp. 758-63).

[52] On further appeal, this Court (albeit proceeding under s. 15(1) and using s. 15(2) as an interpretive guide only) confirmed that conclusion, emphasizing that the distinction made by the program between members of the registered reserve bands and off-reserve Aboriginals was consistent with the purpose of securing substantive equality that underlies s. 15 as a whole. Despite the shared disadvantage of the included and excluded groups, this Court in *Lovelace* concluded that social and historic differences between the two groups, as well as realization of the object of the program, supported the distinction between on-reserve and off-reserve Indians and Métis. The exclusion from the casino program of Aboriginal communities not benefitting from band status under the *Indian Act* was thus upheld.

[53] This brings us to the following propositions. Ameliorative programs, by their nature, confer benefits on one group that are not conferred on others. These distinctions are generally protected if they serve or advance the object of the program, thus promoting substantive equality. This is so even where the included and excluded groups are aboriginals who share a similar history of disadvantage and marginalization: *Lovelace*.

[54] These propositions, as discussed more fully below, suffice to resolve the issue that arises in this case. What is at issue here is a special type of ameliorative program — one designed to enhance and

programme en améliorant la situation des Indiens vivant sur la réserve; la cour a fait remarquer que si le programme s'appliquait à tous les Autochtones ontariens, il n'atteindrait pas son objectif. Ces facteurs, conjugués à l'ampleur du projet, aux risques sociaux qui y sont inhérents ainsi qu'à son statut de projet pilote soutenaient la thèse selon laquelle l'objectif réel du programme consistait à améliorer la situation sociale et les conditions économiques du groupe ciblé — les bandes inscrites. Il n'a rien fallu prouver d'autre pour démontrer que le programme était autorisé par le par. 15(2) (p. 758-763).

[52] Dans le cadre d'un appel subséquent, la Cour (bien qu'elle ait analysé la question sous l'angle du par. 15(1) et utilisé le par. 15(2) comme guide d'interprétation seulement) a confirmé cette conclusion, soulignant que la distinction établie par le programme entre les membres de bandes inscrites dotées de réserves et les autochtones vivant hors réserve était conforme à l'objet qui sous-tend l'art. 15 dans son ensemble, soit de garantir une égalité réelle. Malgré le désavantage commun des groupes inclus et exclus, la Cour a conclu dans *Lovelace* que les différences sociales et historiques entre les deux groupes, ainsi que la réalisation de l'objet du programme, appuyaient la distinction entre les Indiens et les Métis vivant hors réserve et ceux vivant dans la réserve. L'exclusion du programme relatif au casino des communautés autochtones qui ne sont pas des bandes inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens* a donc été confirmée.

[53] Cela nous amène aux propositions suivantes. De par leur nature, les programmes améliorateurs confèrent à un groupe des avantages qui ne sont pas conférés à d'autres. Ces distinctions sont généralement protégées si elles tendent à la réalisation de l'objet du programme ou y contribuent, faisant ainsi la promotion de l'égalité réelle. Il en est ainsi même lorsque les groupes inclus et exclus sont des groupes autochtones ayant une histoire semblable de désavantages et de marginalisation : *Lovelace*.

[54] Ces propositions, sur lesquelles nous reviendrons plus en détail ultérieurement, sont suffisantes pour trancher la question soulevée dans la présente affaire. Le litige en l'espèce porte sur un type

preserve the identity, culture and self-governance of a constitutionally recognized group. The group targeted by the program precisely corresponds to a group that is identified as one of the groups that make up the “aboriginal peoples of Canada” in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The object of enhancing the identity, culture and self-governance of the Métis as a s. 35 group, of necessity, must permit the exclusion of other s. 35 groups since an essential part of their unique identity is that they are “not Indian” and “not Inuit”.

[55] It is therefore unnecessary to embark on a lengthy consideration of precisely what considerations may enter into the issue of how distinctions are made for ameliorative programs in different types of cases. The law is best left to develop on an incremental basis.

### C. Application

#### 1. Is the Distinction Based on an Enumerated or Analogous Ground of Discrimination?

[56] Following the analysis set out in *Kapp*, the first question is whether the distinction between Métis and status Indians in the *MSA* constitutes a distinction on an enumerated or analogous ground, thereby attracting s. 15 protection. Absent such a distinction, no claim lies under s. 15.

[57] The ground advanced and applied in the courts below is registration as a status Indian, as distinguished from non-status Indians or Métis. This ground was accepted as analogous without much discussion below.

[58] I refrain from making a determination as to whether registration as a status Indian constitutes an analogous ground of discrimination. The trial

particulier de programme améliorateur — un programme destiné à enrichir et à préserver l’identité, la culture et l’autonomie gouvernementale d’un groupe reconnu par la Constitution. Le groupe ciblé par le programme correspond précisément à un groupe identifié comme un des groupes qui forment les « peuples autochtones du Canada » définis à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’objet qui consiste à enrichir l’identité, la culture et l’autonomie gouvernementale des Métis à titre de groupe visé à l’art. 35 doit nécessairement permettre l’exclusion d’autres groupes visés par cette disposition puisqu’un élément essentiel de leur identité unique est qu’ils ne sont pas des « Indiens » ou des « Inuit ».

[55] Il est donc inutile que la Cour se penche longuement sur ce que devraient être les considérations qui entrent en ligne de compte pour juger de la façon dont les distinctions sont faites aux fins des programmes améliorateurs dans différents types de causes. Il est préférable que le droit évolue progressivement.

### C. Application

#### 1. La distinction est-elle fondée sur un motif de discrimination énuméré ou analogue?

[56] Suivant le cadre d’analyse dans *Kapp*, il faut d’abord se demander si la distinction établie par la *MSA* entre les Métis et les Indiens inscrits constitue une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, donnant ainsi ouverture à la protection de l’art. 15. En l’absence d’une telle distinction, aucune demande fondée sur l’art. 15 ne peut être présentée.

[57] Le motif invoqué et appliqué par les instances inférieures est celui du statut d’Indien inscrit par opposition à celui d’Indien non inscrit ou de Métis. Ces instances ont jugé, sans se pencher très longuement sur la question, que ce motif était un motif analogue.

[58] Je m’abstiens de décider si l’inscription à titre d’Indien constitue un motif de discrimination analogue. La conclusion en ce sens de la juge

judge's conclusion that it did constitute an analogous ground was not challenged by the Crown in Right of Alberta before the Court of Appeal and the parties have not thoroughly canvassed the issue before this Court. Since the case has proceeded on the assumption that an analogous ground was made out, I will assume that it has been, and consider the remaining aspects of s. 15 as they apply in this case.

2. Is the Program a Genuinely Ameliorative Program?

[59] To qualify as a genuinely ameliorative program, the program must be directed at improving the situation of a group that is in need of ameliorative assistance: *Kapp*, at para. 41. There must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group: *Kapp*, at para. 49. The goal is to promote the substantive equality of the group: *Kapp*, at para. 16. To ascertain whether these conditions are met, one looks first to the object of the program, and then asks whether it correlates to actual disadvantage suffered by the target group.

[60] I begin with the object of the *MSA* program. The discussion that follows establishes that the object of the program is to enhance Métis identity, culture and self-government through the establishment of a Métis land base. This is a special type of ameliorative program. Unlike many ameliorative programs, the object of the program is not the direct conferral of benefits onto individuals within a particular group, but the strengthening of the identity of Métis as a group — one of three aboriginal groups recognized in the Constitution.

[61] The object of an ameliorative program must be determined as a matter of statutory interpretation, having regard to the words of the enactment, expressions of legislative intent, the legislative history, and the history and social situation of the affected groups. Defining the objective of the ameliorative program too broadly or too narrowly will skew the analysis.

de première instance n'a pas été contestée par la Couronne du chef de l'Alberta devant la Cour d'appel et les parties n'ont pas présenté la question en détail devant la Cour. Comme la cause a procédé suivant l'hypothèse que l'existence d'un motif analogue avait été établie, je tiendrai pour acquis que tel a été le cas et je vais examiner les autres aspects de l'art. 15 dans la mesure où ils s'appliquent en l'espèce.

2. Le programme est-il un programme véritablement améliorateur?

[59] Pour être véritablement améliorateur, un programme doit être destiné à améliorer la situation d'un groupe ayant besoin d'aide : *Kapp*, par. 41. Il doit y avoir une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible : *Kapp*, par. 49. Il faut que le programme vise à promouvoir l'égalité réelle du groupe : *Kapp*, par. 16. Pour déterminer si ces conditions sont remplies, il faut d'abord examiner l'objet du programme et ensuite se demander s'il est en corrélation avec le désavantage dont est réellement victime le groupe cible.

[60] Je commence par l'objet du programme créé par la *MSA*. L'analyse qui suit établit que le programme vise à enrichir l'identité et la culture des Métis ainsi qu'à favoriser leur autonomie gouvernementale en créant pour eux une assise territoriale. Il s'agit d'un type particulier de programme améliorateur. En effet, contrairement à un grand nombre de programmes améliorateurs, celui-ci ne vise pas à conférer directement des avantages aux membres d'un groupe, mais à renforcer l'identité des Métis en tant que groupe — un des trois groupes autochtones reconnus par la Constitution.

[61] L'objet d'un programme améliorateur doit être déterminé selon les règles d'interprétation législative, en fonction du libellé du texte législatif, de l'expression de l'intention du législateur, de l'historique législatif et de la situation historique et sociale des groupes touchés. Définir l'objectif du programme améliorateur de façon trop large ou trop restreinte fera dévier l'analyse.

[62] Applying this approach, I conclude that the object of the *MSA* program is not the broad goal of benefiting all Alberta Métis, as the claimants contend, but the narrower goal of establishing a Métis land base to preserve and enhance Métis identity, culture and self-governance, as distinct from surrounding Indian cultures and from other cultures in the province.

[63] I turn first to the words of the enactment. The preamble to the amendments to the *Constitution of Alberta Amendment Act* emphasizes the desire to preserve the “unique” Métis culture and identity. It refers to the land set aside for Métis use as forming “a unique part of the history and culture of the Province”. It states that it is desirable “that the Metis should continue to have a land base to provide for the preservation and enhancement of Metis culture and identity and to enable the Metis to attain self-governance”.

[64] The *MSA* echoes these objects in its Recital, which proclaims that “the Metis should continue to have a land base to provide for the preservation and enhancement of Metis culture and identity and to enable the Metis to attain self-governance under the laws of Alberta”.

[65] The wording of the *MSA*’s provisions supports the view that the object of the ameliorative program was to benefit Métis, as distinct from Indians, by setting up a land base that would strengthen an independent Métis identity, culture and desire for self-governance. The title of the statute, the “*Metis Settlements Act*”, suggests that the focus is not on benefiting the Métis generally, but on establishing land-based settlements. The enactment sets out detailed provisions for the establishment of a Métis land base and governance of the land base by Métis members.

[62] Suivant cette approche, je conclus que l’objet du programme établi par la *MSA* ne poursuit pas l’objectif général qui consiste à favoriser tous les Métis de l’Alberta, comme les demandeurs le prétendent, mais un objectif plus restreint qui consiste à créer une assise territoriale pour les Métis dans le but de préserver et d’enrichir leur identité, leur culture et leur autonomie gouvernementale, par opposition aux autres cultures indiennes environnantes et aux autres cultures qui rayonnent dans la province.

[63] Je vais d’abord examiner le libellé du texte législatif. Le préambule de la modification de la *Constitution of Alberta Amendment Act* souligne le désir de préserver la culture et l’identité [TRADUCTION] « propre[s] » aux Métis. Il y est indiqué que les terres mises de côté et destinées à être utilisées par les Métis constituent « un aspect propre à l’histoire et à la culture de la province ». Il stipule en outre qu’il est souhaitable « que les Métis continuent d’avoir une assise territoriale pour assurer la préservation et l’enrichissement de leur culture et de leur identité et pour leur permettre d’atteindre une autonomie gouvernementale ».

[64] La *MSA* reprend ces objectifs dans son préambule, lequel proclame que [TRADUCTION] « les Métis [devraient continuer] d’avoir une assise territoriale pour assurer la préservation et l’enrichissement de leur culture et de leur identité et pour leur permettre d’atteindre une autonomie gouvernementale en application des lois de l’Alberta ».

[65] Le libellé des dispositions de la *MSA* étaye le point de vue selon lequel l’objet du programme améliorateur consistait à favoriser les Métis, distincts des Indiens, en créant une assise territoriale qui permettrait de renforcer leur identité et leur culture propres ainsi que leur désir d’atteindre l’autonomie gouvernementale. Le titre de la loi, la « *Metis Settlements Act* », donne à penser que la loi ne vise pas à favoriser les Métis en général, mais à ériger des établissements (*settlements* en anglais). La loi comporte des dispositions détaillées régissant l’établissement d’une assise territoriale métisse et la gestion de cette dernière par les Métis.

[66] The history of the struggle that culminated in the *MSA* supports this view of the object of the challenged legislation. The *MSA*, as discussed earlier, is the result of a negotiation process between the Métis of Alberta and the Province and the outcome of an ongoing struggle for self-preservation. The Métis considered themselves as one of three Aboriginal groups in Canada, but this was not recognized until the *Constitution Act, 1982*. Unlike Indians, however, they enjoyed no land base from which to strengthen their identity and culture or govern themselves. Nor did they enjoy the protection of an equivalent to the *Indian Act*. Their aboriginality, in a word, was not legally acknowledged or protected. Viewed in this perspective, the ameliorative program embodied in the *MSA* emerges as an attempt to provide to Alberta's Métis settlements similar protections to those which various Indian bands have enjoyed since early times.

[67] From the beginning, the quest that led to the *MSA* was premised on the view that the Métis, while Aboriginals, were unique — that they were different from Indians. The first step was the Ewing Commission in 1934, which led to the recognition that the Métis were distinct from other Aboriginal groups, notably Indians, in *The Metis Population Betterment Act* of 1938. The *MSA*, which was the result of a review of *The Metis Betterment Act*, which was in turn prompted by the recognition of the Métis as a distinct Aboriginal group in the *Constitution Act, 1982*, maintains the historic insistence on the need to exclude Indians from membership in Métis settlements. The current membership provision is less exclusionary and arbitrary than the earlier statutes, which absolutely excluded all actual and potential status Indians, but the *MSA* maintains the requirement for a distinct Métis settlement which, subject to limited exceptions, excludes status Indians from living on settlement lands.

[66] L'histoire de la lutte ayant mené à la *MSA* appuie cette interprétation de l'objet de la loi contestée. En effet, comme nous l'avons vu, cette dernière découle du processus de négociation entre les Métis de l'Alberta et la province et est l'aboutissement d'une lutte incessante visant à assurer la préservation des Métis. Ces derniers estimaient former l'un des trois groupes autochtones du Canada, mais cela n'a pas été reconnu avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, contrairement aux Indiens, ils ne jouissaient d'aucune terre leur permettant de renforcer leur identité et leur culture ou de se gouverner eux-mêmes. Ils ne bénéficiaient pas non plus d'une protection conférée par une loi équivalente à la *Loi sur les Indiens*. En un mot, leur autochtonie n'était légalement ni reconnue ni protégée. Dans ce contexte, le programme améliorateur établi par la *MSA* apparaît comme une tentative d'offrir aux établissements métis de l'Alberta des protections semblables à celles dont bénéficient les diverses bandes indiennes depuis très longtemps.

[67] Depuis le début, la démarche qui a mené à l'adoption de la *MSA* reposait sur l'idée que les Métis, bien qu'ils soient autochtones, sont particuliers, différents des Indiens. La Commission Ewing créée en 1934 a été la première étape de cette démarche. Elle a été à l'origine de la reconnaissance du fait que les Métis sont distincts des autres groupes autochtones, notamment des Indiens, dans la *Metis Population Betterment Act* de 1938. La *MSA*, qui a été le fruit d'un examen de la *Metis Betterment Act*, elle-même une conséquence de la reconnaissance du caractère distinct des Métis parmi les groupes autochtones par la *Loi constitutionnelle de 1982*, maintient l'insistance historique sur la nécessité de refuser aux Indiens le statut de membres dans les établissements métis. La disposition actuelle relative à l'accession au statut de membre tend moins à l'exclusion et est moins arbitraire que les dispositions équivalentes des lois précédentes, qui excluaient absolument tous les Indiens qui étaient inscrits et qui pouvaient s'inscrire. Cependant, la *MSA* maintient l'exigence d'un établissement métis distinct où, sous réserve de certaines exceptions limitées, les Indiens inscrits ne sont pas autorisés à vivre.



[68] The *Constitution Act, 1982*, gave constitutional recognition to the Métis as one of three distinct Aboriginal groups, provoking review of *The Metis Betterment Act* and Regulations. The MacEwan Committee was conceived as a partnership, composed of a jointly chosen chair and an equal number of Métis and non-Métis Commissioners. The *MSA* was the ultimate result of the Committee's work and the negotiations that followed over the next five years.

[69] In summary, the preamble, wording, legislative history, and social context of the *MSA* combine to support the conclusion that the *MSA* is not a general benefit program, but a unique scheme that seeks to establish a Métis land base to preserve and enhance Métis identity, culture and self-government, as distinct from Indian identity, culture and modes of governance. In seeking this objective, it reflects the constitutional scheme, which endorses Indians, Métis and Inuit as distinct Aboriginal groups with distinct identities, cultures and rights.

[70] Finally, as required by *Kapp*, there is a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group. In this case, the correlation is manifest. The history of the Métis is one of struggle for recognition of their unique identity as the mixed race descendants of Europeans and Indians. Caught between two larger identities and cultures, the Métis have struggled for more than two centuries for recognition of their own unique identity, culture and governance. The constitutional amendments of 1982 and, in their wake, the enactment of the *MSA*, signal that the time has finally come for recognition of the Métis as a unique and distinct people.

[71] I conclude that the *MSA*, while unique, is a genuinely ameliorative program. Provided that the means of implementation chosen by the legislature serves or advances this end, s. 15(2) protects the *MSA* against the charge of discrimination.

[68] La *Loi constitutionnelle de 1982* a reconnu que les Métis forment un des trois groupes autochtones distincts, provoquant l'examen de la *Metis Betterment Act* et de la réglementation. Le comité MacEwan avait été conçu comme un partenariat, composé d'un président choisi conjointement et d'autant de commissaires métis que de commissaires non métis. La *MSA* était l'aboutissement des travaux du comité et des négociations qui se sont déroulées au cours des cinq années suivantes.

[69] En somme, le préambule, le libellé, l'histoire législative et le contexte social de la *MSA* ont pour effet conjugué d'étayer la conclusion selon laquelle la *MSA* n'est pas un programme d'avantages général, mais un régime unique qui vise à créer une assise territoriale pour les Métis dans le but de préserver et d'enrichir leur identité, leur culture et leur autonomie gouvernementale, par opposition à l'identité, à la culture et au mode de gouvernance des Indiens. En cherchant à atteindre cet objectif, la loi reflète le régime constitutionnel, qui reconnaît les Indiens, les Métis et les Inuit comme des groupes autochtones distincts avec des identités, des cultures et des droits distincts.

[70] Finalement, comme l'exige l'arrêt *Kapp*, il existe une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible. En l'espèce, la corrélation est manifeste. L'histoire des Métis en est une de lutte pour la reconnaissance de leur identité particulière, en tant que descendants mixtes d'Européens et d'Indiens. Pris entre deux identités et cultures dominantes, ils ont lutté pendant plus de deux siècles pour que leur identité, leur culture et leur autonomie gouvernementale particulières soient reconnues. Les modifications constitutionnelles de 1982 et, ensuite, l'adoption de la *MSA* indiquent qu'il est finalement temps de reconnaître que le peuple métis est un peuple particulier et distinct.

[71] Je conclus que la *MSA*, bien qu'elle soit particulière, constitue un programme véritablement améliorateur. Dans la mesure où les moyens pour réaliser l'objet choisi par le législateur tendent ou contribuent à la réalisation de cette fin, le par. 15(2) protège la *MSA* contre une allégation de discrimination.

3. Does the Distinction Serve or Advance the Object of the Ameliorative Program?

[72] The object of the *MSA* is to benefit the members of a constitutionally identified and protected group by enhancing the identity, culture and self-governance of the group. In order to achieve this object, the legislature has excluded Métis who are also status Indians from membership in the settlement for purposes of establishing a Métis land base. The question is whether this distinction serves or advances its object.

[73] In my view, the line drawn by the *MSA* between Métis and Métis who are also status Indians with respect to membership, serves and advances the object of the program. It is supported by historic distinctions between Métis and Indian culture; by the fact that, without the distinction, achieving the object of the program would be more difficult; and by the role of the Métis settlement in defining its membership.

[74] Before discussing these matters in more detail, I note that the chambers judge concluded that exclusion of status Indians from membership in the Peavine Métis Settlement furthered the object of enhancing Métis culture, identity and governance. The Court of Appeal, while accepting that the *MSA* was a genuinely ameliorative program, overturned this finding on the basis there was “no evidence” that the exclusion would enhance those goals. In my view, the Court of Appeal erred in demanding positive proof that an impugned distinction will in the future have a particular impact. As *Kapp* makes clear, all the government need show is that it was “rational for the state to conclude that the means chosen to reach its ameliorative goal would contribute to [its ameliorative] purpose”: *Kapp*, at para. 49.

3. La distinction tend-elle ou contribue-t-elle à l’objet du programme améliorateur?

[72] L’objet de la *MSA* est de favoriser les membres d’un groupe reconnu et protégé par la Constitution, en valorisant son identité, sa culture et son autonomie gouvernementale. Pour réaliser cet objet, le législateur a empêché les Métis qui sont aussi des Indiens inscrits de devenir membres de l’établissement afin d’établir une assise territoriale métisse. La question est de savoir si cette distinction est rationnellement liée au programme, en ce sens qu’elle tend ou contribue à son objet.

[73] À mon avis, la distinction établie par la *MSA* en ce qui concerne le statut de membre entre les Métis et les Métis qui sont aussi des Indiens inscrits tend et contribue à l’objet du programme. Elle est étayée par des distinctions historiques entre la culture métisse et la culture indienne, par le fait que sans la distinction, il serait plus difficile de réaliser l’objet du programme, et par le rôle de l’établissement métis dans la définition de ceux qui peuvent accéder au statut de membre.

[74] Avant d’examiner ces questions de manière plus détaillée, je souligne que la juge en cabinet a conclu que l’exclusion des Indiens inscrits de l’établissement métis de Peavine favorisait la réalisation de l’objet qui consiste à enrichir la culture, l’identité et l’autonomie gouvernementale des Métis. La Cour d’appel, bien qu’elle ait accepté que la *MSA* constitue un programme véritablement améliorateur, a infirmé cette conclusion au motif qu’il n’y avait « aucune preuve » selon laquelle l’exclusion permettrait d’atteindre ces objectifs. À mon avis, la Cour d’appel a commis une erreur en demandant la preuve positive que la distinction contestée aura une incidence particulière. Comme il ressort clairement de l’arrêt *Kapp*, le gouvernement doit seulement démontrer qu’il était « raisonnable que l’État conclue que les moyens choisis pour réaliser son objectif améliorateur permettraient d’atteindre cet objectif » : *Kapp*, par. 49.

(a) *The Program Recognizes the Historic Uniqueness of the Métis*

[75] The object of the *MSA*, as we have seen, is to promote Métis identity, culture and self-governance in recognition of their unique status — aboriginal, yet neither Indian nor Inuit. This object corresponds to historic differences between the Métis and Indians. Since their emergence as a distinct people on the Canadian prairies in the 1700s, the Métis have claimed an identity based on non-Indianness. They have persistently distinguished themselves as a people from the other dominant Aboriginal group in their territory — Indians. The obverse side of the struggle of the Métis to preserve their distinct identity and culture is the fear that overlap and confusion with the larger Indian cultures would put their identity and culture at risk. The right of the Métis to their own non-Indian culture is confirmed by the *Constitution Act, 1982*, s. 35. Line drawing on this basis, far from being irrational, simply reflects the Constitution and serves the legitimate expectations of the Métis.

[76] The distinction in the *MSA* between Métis and status Indians conforms, in general terms, to the different identities and protections enjoyed by each group and recognized in the Constitution. It thus serves to enhance Métis identity and to further the goal of the ameliorative program. The fact that some people may identify as both Métis and Indian does not negate the general correspondence underlying the distinction between the two groups.

(b) *Realizing the Object of the Program*

[77] To accord membership in the *MSA* communities to Métis who are also status Indians would undermine the object of the program of enhancing Métis identity, culture and governance, and would potentially hollow out the goal of the *MSA* of preserving and enhancing a distinct Métis culture, identity and governance.

a) *Correspondance entre la distinction et les différences historiques*

[75] L'objet de la *MSA*, comme nous l'avons vu, est de promouvoir l'identité, la culture et l'autonomie gouvernementale des Métis en reconnaissance de leur statut particulier — ils sont des Autochtones, et pourtant, ils ne sont ni Indiens ni Inuit. Cet objet correspond aux différences historiques entre les Métis et les Indiens. Depuis leur émergence comme peuple distinct dans les Prairies canadiennes durant les années 1700, les Métis ont réclamé une identité fondée sur leur non-indianité. Ils se sont toujours distingués des Indiens, l'autre groupe autochtone dominant dans leur territoire. Cependant, dans leur lutte pour préserver leur identité et leur culture particulières, les Métis craignent que le chevauchement et la confusion avec les cultures indiennes dominantes compromettent cette identité et cette culture. Leur droit d'avoir leur culture propre, distincte de la culture indienne, est confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ainsi, le fait d'établir une distinction sur cette base, loin d'être irrationnel, reflète simplement la Constitution et répond aux attentes légitimes des Métis.

[76] La distinction faite dans la *MSA* entre les Métis et les Indiens inscrits respecte donc, en termes généraux, les différentes identités et protections dont jouit chacun des groupes que reconnaît la Constitution. Elle sert donc à enrichir l'identité métisse et à favoriser l'atteinte de l'objet du programme améliorateur. Le fait que certaines personnes peuvent s'identifier tant aux Métis qu'aux Indiens n'écarte pas la correspondance générale sous-jacente à la distinction entre les deux groupes.

b) *Réalisation de l'objet du programme*

[77] Accorder aux Métis qui sont aussi des Indiens inscrits le droit d'être membres des communautés établies en vertu de la *MSA* compromettrait l'objet du programme qui consiste à enrichir l'identité, la culture et l'autonomie gouvernementale des Métis et pourrait potentiellement vider de son sens l'objectif de la *MSA* qui consiste à préserver et à enrichir la culture, l'identité et l'autonomie gouvernementale distinctes des Métis.

[78] Extending membership to significant numbers of people with Indian status may undercut the goals of preserving and enhancing the distinctive Métis culture, identity and self-governance into the future. To the extent that status Indians are members of Métis settlements, the distinctive Métis identity, with its historic emphasis on being distinct from Indian identity, would be compromised. And to the extent that status Indians are members of Métis settlements, the goal of self-governance is hampered. For example, Indians who already enjoy the right to hunt off-reserve may have little interest in promoting the right of Métis to hunt outside settlement lands. The same may be ventured for other benefits and privileges. Because the *Indian Act* provides a scheme of benefits to status Indians, ranging from medical care to housing to tax-free status, status Indian members of Métis settlements may have less interest in fighting for similar benefits than Métis without Indian status.

(c) *The Role of the Métis in Defining Their Community*

[79] The exclusion of status Indians from membership in the new land-based Métis settlements was the product of a long period of consultation between the government and the Métis. According a measure of respect to this role serves and advances the object of the ameliorative program. It does not insulate the selection of beneficiaries from *Charter* review, to be sure, but it supports the connection between the object of the program and the means chosen to achieve it.

[80] In *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, this Court was seized with the task of developing a test for identifying Métis aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and identifying the holders of such rights. We recognized that the term “Métis” used in s. 35 “refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed

[78] Accepter comme membres un grand nombre de Métis qui sont des Indiens inscrits pourrait compromettre les objectifs de préservation et d’enrichissement de la culture, de l’identité et de l’autonomie gouvernementale distinctives des Métis. Si les Indiens inscrits étaient membres des établissements métis, l’identité distinctive des Métis, avec l’importance historique accordée à la distinction qui existe entre leur identité et l’identité indienne, serait compromise. En outre, si les Indiens inscrits étaient membres des établissements métis, l’objectif qui consiste à atteindre une autonomie gouvernementale risquerait de ne pas se réaliser. Par exemple, les Indiens qui jouissent déjà du droit de chasser à l’extérieur des réserves pourraient avoir peu d’intérêt à promouvoir le droit des Métis de chasser à l’extérieur des terres désignées. Il en va de même pour d’autres avantages et privilèges. Comme la *Loi sur les Indiens* prévoit un régime d’avantages conférés aux Indiens inscrits, qu’il s’agisse des soins médicaux, du logement ou de l’exemption d’impôt, les Indiens inscrits qui sont membres d’établissements métis risquent d’être moins intéressés que les Métis n’ayant pas le statut d’Indien à se battre pour obtenir des avantages semblables.

c) *Le rôle des Métis dans la définition de leur communauté*

[79] L’exclusion des Indiens inscrits des nouveaux établissements métis dotés d’assises territoriales était l’aboutissement d’une longue période de consultation entre le gouvernement et les Métis. Accorder un certain respect au rôle des Métis tend à la réalisation de l’objet du programme améliorateur et y contribue. Certes, cela n’a pas pour effet de soustraire la sélection des bénéficiaires à l’examen fondé sur la *Charte*, mais cela vient appuyer l’existence d’un lien entre l’objet du programme et les moyens choisis pour le réaliser.

[80] Dans *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, la Cour a été saisie de la tâche d’élaborer un test permettant d’identifier les droits des Autochtones métis visés à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que les titulaires de ces droits. Nous avons reconnu que le mot « Métis » à l’art. 35 « ne vise pas toutes les personnes

ancestry, developed their own customs, way of life, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears” (para. 10; see also para. 11). We further held that “[t]he inclusion of the Métis in s. 35 is based on a commitment to recognizing the Métis and enhancing their survival as distinctive communities” (para. 13).

[81] While this case is not about defining entitlement to s. 35 rights, it is about the identification of membership requirements for Métis settlements for the purpose of establishing a Métis land base. The Court’s reasons in *Powley* suggest that Métis communities themselves have a significant role to play in this exercise. We wrote, at para. 29:

As Métis communities continue to organize themselves more formally and to assert their constitutional rights, it is imperative that membership requirements become more standardized so that legitimate rights-holders can be identified.

[82] The self-organization and standardization of the Métis community in Alberta is precisely what the Alberta legislature and the Alberta Métis have together sought to achieve in developing, agreeing upon and enacting the membership requirements found in the *MSA* and challenged here. The significant role that the Métis must play in defining settlement membership requirements does not mean that this exercise is exempt from *Charter* scrutiny. Nevertheless, it does suggest that the courts must approach the task of reviewing membership requirements with prudence and due regard to the Métis’s own conception of the distinct features of their community.

(d) *Conclusion: The Distinction Serves and Advances the Object of the Ameliorative Program*

[83] I conclude that the exclusion from membership in any Métis settlement, including the Peavine

d’ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes, façons de vivre et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d’une part et de leurs ancêtres européens d’autre part » (par. 10; voir aussi par. 11). Nous avons aussi conclu que « [l]’inclusion des Métis à l’art. 35 traduit un engagement à reconnaître les Métis et à favoriser leur survie en tant que communautés distinctes » (par. 13).

[81] Bien que la présente affaire ne porte pas sur la définition des droits visés à l’art. 35, elle porte sur l’identification des conditions d’appartenance aux établissements métis afin d’établir une assise territoriale métisse. Les motifs de la Cour dans *Powley* laissent entendre que les communautés métisses elles-mêmes ont un rôle important à jouer dans cet exercice. Nous avons écrit ce qui suit au par. 29 :

Étant donné que les communautés métisses continuent de s’organiser plus formellement et de revendiquer leurs droits constitutionnels, il est essentiel que les conditions d’appartenance aux communautés deviennent plus uniformes, de façon à permettre l’identification des titulaires de droits.

[82] L’auto-organisation et l’uniformisation de la communauté métisse en Alberta, voilà précisément ce que l’Assemblée législative albertaine et les Métis de la province ont voulu obtenir en élaborant, en acceptant et en adoptant les conditions d’appartenance énoncées dans la *MSA* et contestées en l’espèce. Le rôle important que doivent jouer les Métis dans la définition des conditions d’appartenance à leur établissement ne signifie pas que cet exercice ne fera pas l’objet d’un examen au regard de la *Charte*. Cependant, il donne à entendre que les tribunaux doivent faire preuve de prudence et tenir dûment compte de la conception qu’ont les Métis des traits distincts de leur communauté en examinant les conditions d’appartenance en question.

d) *Conclusion : la distinction tend à la réalisation de l’objet du programme améliorateur et y contribue*

[83] J’estime que l’exclusion des Métis qui sont aussi des Indiens inscrits de quelque établissement

Settlement, of Métis who are also status Indians serves and advances the object of the ameliorative program. It corresponds to the historic and social distinction between the Métis and Indians, furthers realization of the object of enhancing Métis identity, culture and governance, and respects the role of the Métis in defining themselves as a people.

[84] It follows that the distinction between Métis and status Indians in the *MSA* does not fall outside the protective reach of s. 15(2). Rather, the distinction is the type of targeted ameliorative program s. 15 was intended to allow legislatures to adopt. Section 15(2) applies, and the exclusion of the claimants from membership in a Métis settlement does not constitute discrimination.

[85] The argument advanced by the claimants in favour of recognition of the multiple identities of many aboriginal individuals does not undermine this conclusion. The claimants argue that people — particularly Aboriginal people — may, for historical reasons, have multiple identities and that the law should respect those identities in all their complexity.

[86] That people, including many Métis, include mixed ethnic and cultural strands in their particular individual identity is clear. However, this does not mean that every program must recognize everyone who holds some claim to a group targeted by an ameliorative program. Mixed identity is a recurrent theme in Canada's ongoing exercise of achieving reconciliation between its Aboriginal peoples and the broader population. It figures, for example, in land claims negotiations between particular Indian groups and the government. Residents of one Indian group frequently also identify themselves with other Indian groups for historical and cultural reasons. Yet lines must be drawn if agreements are to be achieved. The situation of Métis settlements is similar. In order to preserve the unique Métis culture and identity and to assure effective self-governance through a dedicated Métis land base, some line drawing will be required. It follows of necessity that not every person who is a Métis in

que ce soit, dont celui de Peavine, tend et contribue à la réalisation de l'objet du programme améliorateur. Elle correspond aux distinctions historiques et sociales entre les Métis et les Indiens, elle appuie la réalisation de l'objet qui consiste à enrichir l'identité, la culture et l'autonomie gouvernementale des Métis et respecte le rôle des Métis en ce qui a trait à la définition du peuple qu'ils forment.

[84] Par conséquent, la distinction établie par la *MSA* entre les Métis et les Indiens inscrits n'outrepasse pas l'étendue de la protection offerte par le par. 15(2). Cette distinction correspond plutôt au type de programme améliorateur ciblé que les législatures devaient être autorisées à adopter grâce à l'art. 15. Le paragraphe 15(2) s'applique et l'exclusion des demandeurs d'un établissement métis n'est pas discriminatoire.

[85] L'argument avancé par les demandeurs pour la reconnaissance des identités multiples de nombreux Autochtones ne porte pas atteinte à cette conclusion. Les demandeurs prétendent que les peuples — particulièrement les peuples autochtones — peuvent, pour des raisons historiques, avoir des identités multiples et que la loi devrait respecter ces identités dans toute leur complexité.

[86] Il est clair que l'identité particulière de ces peuples, y compris celle de nombreux Métis, regroupe des éléments ethniques et culturels mixtes. Cependant, cela ne signifie pas que chaque programme doit reconnaître tous ceux qui prétendent faire partie d'un groupe ciblé par un programme améliorateur. La notion d'identité mixte est un thème récurrent de l'effort permanent de réconciliation des peuples autochtones et de la population générale au Canada. Cette notion est notamment évoquée dans les négociations sur les revendications territoriales entre des groupes indiens particuliers et le gouvernement. Les membres d'un groupe indien s'identifient souvent à d'autres groupes indiens pour des raisons historiques et culturelles. Il faut toutefois établir des distinctions pour arriver à des ententes. La situation des établissements métis est semblable. Pour préserver la culture et l'identité particulières des Métis et pour garantir l'efficacité de l'autonomie

the broad sense of having Indian-European ancestry and self-identifying with the Métis community, as discussed in *Powley*, may be entitled to the benefit of membership under the *MSA*.

[87] The conclusion of this Court in *Lovelace*, per Iacobucci J., is apposite:

There are important differences among First Nations bands, Métis communities and non-band First Nations, and as stated by L'Heureux-Dubé J. in *Corbiere*, *supra*, at para. 94, “[t]aking into account, recognizing, and affirming differences between groups in a manner that respects and values their dignity and difference are not only legitimate, but necessary considerations in ensuring that substantive equality is present in Canadian society.” [para. 90]

[88] I conclude that the *MSA* is an ameliorative program protected by s. 15(2) of the *Charter*. It follows that the claimants’ s. 15 claim must be dismissed.

#### V. The Freedom of Association Claim Under Section 2(d) of the Charter

[89] Freedom of association is guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*, which holds:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(d) freedom of association.

[90] The claimants assert that ss. 75 and 90 of the *MSA*, which prevent the reinstatement of their membership in the Peavine Métis Settlement, interfere with their freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*.

gouvernementale au moyen d’une assise territoriale pour les Métis, il est nécessaire de tracer une ligne de démarcation. Il en découle nécessairement que ce ne sont pas toutes les personnes qui sont des Métis au sens large — soit des personnes qui ont des ancêtres à la fois européens et indiens et qui s’identifient comme appartenant à la communauté métisse, comme l’envisage l’arrêt *Powley* — qui peuvent demander le statut de membre dans une communauté métisse en vertu de la *MSA*.

[87] Il convient ici de reprendre la conclusion formulée par le juge Iacobucci de la Cour dans *Lovelace* :

Il existe d’importantes différences entre les Premières nations constituées en bandes, les communautés métisses et les Premières nations non constituées en bandes, et, comme a dit le juge L’Heureux-Dubé dans *Corbiere*, précité, au par. 94, « [l]a prise en compte, la reconnaissance et la confirmation des différences qui existent entre divers groupes d’une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence sont des considérations non seulement légitimes, mais également nécessaires afin de garantir l’égalité réelle des droits dans la société canadienne. » [par. 90]

[88] Je conclus que la *MSA* constitue un programme améliorateur protégé par le par. 15(2) de la *Charte*. Par conséquent, la demande formulée par les demandeurs et fondée sur l’art. 15 doit être rejetée.

#### V. La prétention fondée sur la liberté d’association prévue à l’al. 2d) de la Charte

[89] La liberté d’association est garantie par l’al. 2d) de la *Charte*, qui est ainsi libellé :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

d) liberté d’association.

[90] Les demandeurs soutiennent que les art. 75 et 90 de la *MSA*, qui empêchent leur réintégration à titre de membres de l’établissement métis de Peavine, portent atteinte à leur liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*.

[91] The record does not provide an adequate basis to assess the claimants' s. 2(d) argument. As noted by the Alberta Court of Appeal, at para. 57:

A substantial body of proof was not before the chambers judge on this issue and, more troubling, at the hearing before the chambers judge this issue was only argued in the most oblique terms.

I conclude that, on the record before us, no viable claim has been raised under s. 2(d) of the *Charter*.

#### VI. The Right to Liberty Claim Under Section 7 of the *Charter*

[92] The claimants' right to reside on the Peavine settlement, though not eliminated, has been circumscribed. They could, in future, find themselves excluded from residence on the settlement. The claimants allege that this violates their right to liberty under s. 7 of the *Charter*, which provides:

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.

[93] It is not clear that place of residence is a protected liberty interest under s. 7 of the *Charter*. In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, La Forest J., writing for himself and two other members of the Court, suggested that it was, but the issue remains unsettled.

[94] It is not necessary to decide whether place of residence is protected by s. 7 because, as found by the chambers judge, any impact on liberty has not been shown to be contrary to the principles of fundamental justice, as required for a s. 7 claim. The deprivation is neither arbitrary nor grossly disproportionate, for the reasons discussed in connection with the s. 15 claim. As the chambers judge put it, "[r]equiring aboriginal adults who might otherwise meet the definition of both Indian and Métis

[91] Le dossier ne fournit pas un fondement adéquat pour évaluer l'argument fondé sur l'al. 2d) invoqué par les demandeurs. Comme l'a indiqué la Cour d'appel de l'Alberta au par. 57 :

[TRADUCTION] La juge en cabinet ne disposait pas d'une preuve abondante sur cette question et, plus troublant encore est le fait que, à l'audience devant la juge en cabinet, cette question a seulement été soulevée en passant.

J'estime que, au vu du dossier dont nous disposons, aucune prétention valable fondée sur l'al. 2d) de la *Charte* n'a été soulevée.

#### VI. La prétention fondée sur le droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte*

[92] Le droit des demandeurs de résider dans l'établissement de Peavine, bien qu'il ne soit pas aboli, a été restreint. Ils pourraient, à l'avenir, se voir refuser le droit de résider dans l'établissement. Les demandeurs soutiennent que cela porte atteinte à leur droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte*, qui prévoit ce qui suit :

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.

[93] Il n'est pas évident que le droit de choisir son lieu de résidence soit visé par le droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Dans *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, le juge La Forest, s'exprimant en son nom et en celui de deux autres juges de la Cour, a laissé entendre que ce l'était. Cependant, la question n'est toujours pas résolue.

[94] Il n'est pas nécessaire de décider si le lieu de résidence est protégé par l'art. 7, car, comme l'a conclu la juge en cabinet, il n'a pas été démontré que les répercussions sur le droit à la liberté étaient contraires aux principes de justice fondamentale, tel qu'il est exigé dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 7. L'atteinte n'est ni arbitraire ni exagérément disproportionnée, pour les motifs exposés dans le contexte de la demande fondée sur l'art. 15. Comme l'a dit la juge en cabinet,



to choose which legislative scheme they wish to fall under — the *Indian Act* or the *MSA* — is not a requirement which is grossly disproportionate to the interest of Alberta in securing a land base for the Métis” (para. 130).

[95] The s. 7 claim therefore fails.

## VII. Conclusion

[96] I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and affirm the decision of the chambers judge. The appellants have not sought their costs before this Court, so I would not award them. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 75 and/or 90 of the *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The record does not provide an adequate basis to assess the claimants’ s. 2(d) argument and the Court therefore declines to answer this question.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 75 and/or 90 of the *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified

[TRADUCTION] « [o]bliger les adultes autochtones qui pourraient autrement répondre à la fois à la définition d’Indien et à celle de Métis à choisir à quel régime législatif ils souhaitent être assujettis — la *Loi sur les Indiens* ou la *MSA* — n’est pas exagérément disproportionné par rapport à l’intérêt qu’a l’Alberta à garantir une assise territoriale aux Métis » (par. 130).

[95] La demande fondée sur l’art. 7 est donc rejetée.

## VII. Conclusion

[96] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’infirmier la décision de la Cour d’appel et de confirmer la décision de la juge en cabinet. Les appelants n’ont pas sollicité d’ordonnance quant à leurs dépens devant la Cour, je ne les leur octroierais donc pas. Je suis d’avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Est-ce que l’art. 75 ou l’art. 90 de la loi intitulée *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, ch. M-14, ou ces deux articles, violent l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Le dossier ne fournit pas le fondement nécessaire à l’examen de l’allégation des demandeurs relative à l’al. 2d); la Cour refuse donc de répondre à cette question.

2. Dans l’affirmative, cette violation constitue-t-elle, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que l’art. 75 ou l’art. 90 de la loi intitulée *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, ch. M-14, ou ces deux articles, violent l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Dans l’affirmative, cette violation constitue-t-elle, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne*

in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

*des droits et libertés*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

It is not necessary to answer this question.

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Do ss. 75 and/or 90 of the *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

5. Est-ce que l'art. 75 ou l'art. 90 de la loi intitulée *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, ch. M-14, ou ces deux articles, violent l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

No.

Non.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

6. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

It is not necessary to answer this question.

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Appeal allowed.*

*Pourvoi accueilli.*

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

*Procureur des appelants : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the respondents: Field, Edmonton.*

*Procureurs des intimés : Field, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener the East Prairie Métis Settlement: Hajduk Gibbs, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant East Prairie Métis Settlement : Hajduk Gibbs, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Elizabeth Métis Settlement: Owen Law, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant Elizabeth Métis Settlement : Owen Law, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Métis Nation of Alberta: Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Métis Nation of Alberta : Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Métis National Council: JTM Law, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Ralliement national des Métis : JTM Law, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Métis Settlements General Council: Witten, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association for Community Living: ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Gift Lake Métis Settlement: Field, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Native Women's Association of Canada: Law Office of Mary Eberts, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Métis Settlements General Council : Witten, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Gift Lake Métis Settlement : Field, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada : Law Office of Mary Eberts, Toronto.*

**Estate of Rolland Bastien** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Huron-Wendat Nation, Assembly of Manitoba Chiefs, Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority, Assembly of First Nations, Chiefs of Ontario and Union of Nova Scotia Indians** *Interveners*

INDEXED AS: BASTIEN ÉTATÉ V. CANADA

2011 SCC 38

File No.: 33196.

2010: May 20; 2011: July 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Aboriginal law — Taxation — Exemptions — Interest income — Status Indian living on reserve investing income in term deposits with caisse populaire on same reserve — Interest income earned on term deposits paid and deposited in savings account — Whether interest income exempt from income taxation as personal property “situated on a reserve” — Connecting factors approach to determining location of intangible personal property — Whether caisse’s economic activity in “commercial mainstream” off reserve is potentially relevant factor — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).*

*Taxation — Income tax — Exemptions — Income from property — Interest income earned on term deposits deposited in status Indian’s savings account on reserve — Whether interest income exempt from tax as “personal property of an Indian situated on a reserve” — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), ss. 3, 9 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).*

**Succession Rolland Bastien** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Nation huronne-wendat, Assembly of Manitoba Chiefs, Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie, Assemblée des Premières Nations, Chiefs of Ontario et Union of Nova Scotia Indians** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BASTIEN (SUCCESSION) c. CANADA

2011 CSC 38

N<sup>o</sup> du greffe : 33196.

2010 : 20 mai; 2011 : 22 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit des Autochtones — Droit fiscal — Exemptions — Revenu en intérêts — Indien inscrit vivant dans une réserve ayant placé un revenu dans des dépôts à terme d’une caisse populaire située sur la même réserve — Revenu en intérêts tiré des dépôts à terme versé et déposé dans un compte d’épargne — Le revenu en intérêts était-il exempté de l’impôt sur le revenu à titre de bien meuble « situé sur une réserve »? — Méthode des facteurs de rattachement pour la détermination de l’emplacement d’un bien meuble immatériel — Les activités économiques hors réserve de la caisse dans le « marché ordinaire » constituent-elles un facteur potentiellement pertinent? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)(b).*

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exemptions — Revenu d’un bien — Revenu en intérêts tiré de dépôts à terme par un Indien inscrit déposé dans un compte d’épargne sur une réserve — Le revenu en intérêts était-il exempté de taxation à titre de « bien meuble d’un Indien situé sur une réserve »? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)(b).*

B was a status Indian who belonged to the Huron-Wendat Nation. He was born and died on the Wendake Reserve near Quebec City. From 1970 until 1997, B operated a moccasin manufacturing business on that reserve. He invested some of the income from the operation and sale of his business in term deposits with the Caisse populaire Desjardins du Village Huron. The Caisse has since its founding had its head office, its only place of business and its sole fixed asset on the Wendake Reserve. In 2001, the certificates of deposit paid interest that was deposited in B's transaction savings account at the Caisse. B considered this income to be property exempt from taxation under the *Indian Act*. However, in 2003, the Minister of National Revenue made an assessment in which he added the investment income to B's income for the 2001 taxation year. The assessment was confirmed and B's estate appealed unsuccessfully to the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal. Both courts held that the Caisse generated its revenues in the "economic mainstream", not on the reserve, and therefore that the interest it paid to B was not situated on the reserve.

*Held*: The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The phrase "on a reserve" in s. 87 of the *Indian Act* should be interpreted having regard to the substance and the plain and ordinary meaning of the language used. Where, because of its nature or the type of exemption in question, the location of property is not objectively easy to determine, the connecting factors approach set out in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, must be applied: First, the court identifies potentially relevant factors connecting the intangible personal property to a location. Second, the court analyses these factors purposively in order to assess what weight should be given to them. This analysis considers the purpose of the exemption under the *Indian Act*, the type of property in question and the nature of the taxation of that property. The *Williams* approach applies here, since the location of a transaction — the payment of interest pursuant to a contract — for the purposes of taxation has to be determined.

The purpose of the tax exemption is to preserve Indian property on a reserve. While the relationship between the property and life on the reserve may in some cases be a factor tending to strengthen or weaken

B était un Indien inscrit qui appartenait à la Nation huronne-wendat. Il est né et décédé dans la réserve de Wendake, près de Québec. De 1970 à 1997, B a exploité une entreprise de fabrication de mocassins sur cette réserve. Il a investi une partie des revenus provenant de l'exploitation et de la vente de son entreprise dans des dépôts à terme à la Caisse populaire Desjardins du Village Huron. Depuis la fondation de la Caisse, son siège social, son seul établissement et son seul bien immobilisé corporel sont situés sur la réserve de Wendake. En 2001, les certificats de dépôts ont produit des intérêts qui ont été déposés dans le compte d'épargne avec opérations de B à la Caisse. B considérait ce revenu comme un bien exempté de taxation en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, en 2003, le ministre du Revenu national a établi un avis de cotisation qui incluait le revenu de placements dans le calcul du revenu de B pour l'année d'imposition 2001. L'avis de cotisation a été confirmé et la succession de B a été déboutée en appel à la Cour canadienne de l'impôt et à la Cour d'appel fédérale. Ces deux cours ont conclu que les revenus de la Caisse étaient générés hors réserve, sur le « marché ordinaire », et par conséquent que les intérêts qu'elle avait versés à B n'étaient pas situés sur la réserve.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell : Il faut interpréter les mots « sur une réserve » figurant dans l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* en tenant dûment compte du fond et du sens manifeste et ordinaire des termes employés. Lorsque l'emplacement d'un bien n'est pas facile à déterminer d'un point de vue objectif, en raison de la nature du bien ou du type d'exemption dont il est question, les tribunaux doivent appliquer la méthode des facteurs de rattachement décrite dans *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877 : à la première étape, le tribunal détermine quels facteurs de rattachement du bien meuble immatériel à un emplacement peuvent être pertinents; à la deuxième étape, il procède à une analyse téléologique de ces facteurs dans le but de déterminer quel poids accorder à chacun. Dans le cadre de cette analyse, il prend en considération l'objet de l'exemption prévue par la *Loi sur les Indiens*, le genre de bien en cause et la nature de l'imposition du bien. La démarche suivie dans *Williams* s'applique ici parce qu'il s'agit de déterminer l'emplacement d'une opération — le versement d'intérêts en vertu d'un contrat — aux fins d'imposition.

L'objet de l'exemption fiscale est de protéger les biens des Indiens situés sur une réserve. Bien que la relation entre le bien et la vie sur la réserve puisse, dans certains cas, être un facteur qui tend à renforcer

the connection between the property and the reserve, the availability of the exemption does not depend on whether the property is integral to the life of the reserve or to the preservation of the traditional Indian way of life. The property in issue here is investment income derived from term deposits, which are a basic investment vehicle evidenced by a certificate of deposit. The investor, as the holder of a certificate of deposit, is not a participant in the equity markets but rather is simply entitled to be paid the agreed-upon rate of interest over the agreed-upon period of time in addition to having the capital returned at the end of that period. This investment income is personal property for the purposes of s. 87 of the *Indian Act*. The contract provides for a right to a sum of money payable under certain conditions. But for the tax exemption, B's interest income earned from term deposits would be income from property to be added to his yearly income pursuant to ss. 3, 9 and 12(1)(c) of the *Income Tax Act*.

The relevant connecting factors identified in *Williams* include: the residence of the debtor, the residence of the person receiving the benefits, the place the benefits are paid, and the location of the employment income which gave rise to the qualification for benefits. General legal rules about the location of property are relevant for the purposes of the *Indian Act*. Thus, provisions and jurisprudence relating to the location of income may prove helpful in deciding whether income is located on a reserve. While these rules cannot be imported from one context into another without due consideration, they ought to be considered and given appropriate weight in light of the purpose of the exemption, the type of property and the nature of the taxation in issue.

Here, the connecting factors identified in *Williams* are potentially relevant. When they are considered and weighed in light of the purpose of the exemption, the type of property and the nature of the taxation of that property, all point to the reserve as the location of the interest income. The location of the debtor, the Caisse, and the place where payment must be made, both under the contract between B and the Caisse and under art. 1566 of the *Civil Code of Québec*, are clearly on the reserve. The income arises from a contractual obligation which was entered into on the reserve. These connecting factors should weigh heavily in attributing a location to the interest income. Other potentially relevant connecting factors reinforce rather than detract from the conclusion that the interest income is property situated on the reserve. The residence of the payee, B, was on the reserve. As for the source of the capital

ou à affaiblir le lien entre le bien et la réserve, l'application de l'exemption ne dépend pas de la question de savoir si le bien fait partie intégrante de la vie sur la réserve ou de la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Le bien en cause en l'espèce est un revenu de placements tiré de dépôts à terme, un véhicule de placement de base dont l'existence est attestée par un certificat de dépôt. Comme détenteur d'un certificat de dépôt, l'investisseur ne participe pas au marché des actions; il a simplement droit au versement des intérêts, au taux convenu, pendant la période convenue, et au remboursement de son capital à la fin de cette période. Ce revenu de placements constitue un bien meuble pour l'application de l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*. Le contrat prévoit un droit à une somme d'argent payable à certaines conditions. Si ce n'était de l'exemption fiscale, le revenu en intérêts que B a tiré de ses dépôts à terme serait un revenu tiré d'un bien qui devrait être ajouté à son revenu annuel conformément aux art. 3, 9 et 12(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les facteurs de rattachement potentiellement pertinents relevés dans *Williams* sont notamment la résidence du débiteur, la résidence de la personne qui reçoit les prestations, l'endroit où celles-ci sont versées et l'emplacement du revenu d'emploi ayant donné droit aux prestations. Les règles de droit générales concernant l'emplacement d'un bien sont pertinentes pour l'application de la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, les dispositions législatives et la jurisprudence relatives à l'emplacement d'un revenu peuvent s'avérer utiles pour décider s'il est situé sur une réserve. Bien que ces règles ne puissent pas être transposées machinalement d'un contexte à un autre, elles doivent être prises en compte et se voir accorder le poids qu'elles méritent, compte tenu de l'objet de l'exemption, du genre de bien et de la nature de l'imposition en cause.

Les facteurs de rattachement relevés dans *Williams* sont potentiellement pertinents en l'espèce. Examinés et appréciés en fonction de l'objet de l'exemption, du genre de bien et de la nature de l'imposition du bien, tous ces facteurs indiquent que le revenu en intérêts en l'espèce est situé sur la réserve. L'emplacement du débiteur, la Caisse, et le lieu où le paiement doit être fait, à la fois en vertu du contrat entre B et la Caisse et en vertu de l'art. 1566 du *Code civil du Québec*, sont manifestement situés sur la réserve. Le revenu découle d'une obligation prévue par un contrat conclu sur la réserve. Il faut accorder un poids important à ces facteurs de rattachement pour attribuer un emplacement au revenu en intérêts. D'autres facteurs de rattachement potentiellement pertinents renforcent, plutôt que de la contredire, la conclusion que le revenu en intérêts est un bien situé sur une réserve. La résidence de B, la personne

which was invested to produce the interest income, it too was earned on the reserve.

The fact that the Caisse produced its revenue in the “commercial mainstream” off the reserve is legally irrelevant to the nature of the income it was obliged to pay to B. This is true as to both form and substance. While that factor may have weight with respect to other types of investments, it has been given significantly too much weight by the lower courts with respect to the term deposits in issue here. B made a simple loan to the Caisse. The Caisse’s income-producing actions and contracts after B invested in term deposits cannot be deemed his own and do not diminish the many and clear connections between his interest income and the reserve. The question is the location of B’s interest income and not where the financial institution earns the profits to pay its contractual obligation to B. The exemption from taxation protects an Indian’s personal property situated on a reserve. Therefore, where the investment vehicle is, as in this case, a contractual debt obligation, the focus should be on the investment activity of the Indian investor and not on that of the debtor financial institution. When one focuses on the connecting factors relevant to the location of B’s interest income arising from his contractual relationship with the Caisse, it is apparent that the other commercial activities of the Caisse should have been given no weight in this case. B’s investment was in the nature of a debt owed to him by the Caisse and did not make him a participant in those wider commercial markets in which the Caisse itself was active. B’s investment income should therefore benefit from the s. 87 *Indian Act* exemption.

*Per Deschamps and Rothstein JJ.:* The identification of connecting factors for the purposes of the *Indian Act* must be focused on concrete and discernible links between the property and the reserve, regardless of whether the property is tangible or intangible.

In this case, the personal property whose location must be determined is the personal right whose legal existence is provided for in the investment contract, that is, a right to be paid interest, subject to certain conditions. For the purpose of determining the location of this intangible property, the debtor’s place of residence is a factor that can have some weight, but this factor cannot be paramount, since what must be done is not, as might be the case in a private international law

qui a reçu le paiement, était située sur la réserve. En ce qui concerne le capital qui a été investi en vue de produire les revenus en intérêts, il a aussi été gagné sur la réserve.

Le fait que la Caisse a généré ses revenus sur le « marché ordinaire », à l’extérieur de la réserve, n’a aucune pertinence sur le plan juridique quant à la nature du revenu qu’elle était tenue de verser à B. Cela vaut à la fois sur le plan de la forme et sur le plan du fond. Bien que ce facteur puisse avoir de l’importance relativement à d’autres types de placements, les juridictions inférieures lui ont accordé beaucoup trop d’importance en ce qui concerne les dépôts à terme en cause ici. B a consenti un simple prêt à la Caisse. Les actes et les contrats de la Caisse qui ont généré des revenus après que B a investi dans des dépôts à terme ne peuvent être imputés à celui-ci et n’affaiblissent en rien les nombreux liens manifestes entre son revenu en intérêts et la réserve. La question est celle de l’emplacement du revenu en intérêts de B, et non celle de savoir d’où l’institution financière tire les profits dont elle se sert pour s’acquitter de son obligation contractuelle envers B. L’exemption fiscale protège les biens meubles d’un Indien qui sont situés sur une réserve. Par conséquent, lorsque le véhicule de placement est, comme en l’espèce, une créance contractuelle, il faut mettre l’accent sur les activités de placement de l’investisseur indien et non sur celles de l’institution financière débitrice. Si on met l’accent sur les facteurs de rattachement pertinents quant à l’emplacement du revenu en intérêts que B a tiré de sa relation contractuelle avec la Caisse, on constate qu’il ne fallait pas accorder d’importance aux autres activités commerciales de la Caisse. Le placement de B faisait de lui un créancier de la Caisse et non un participant aux marchés ordinaires plus vastes dans lesquels la Caisse était active. Le revenu de placements de B devrait donc bénéficier de l’exemption fiscale prévue à l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens*.

*Les juges Deschamps et Rothstein :* La recherche de facteurs de rattachement aux fins d’application de la *Loi sur les Indiens* doit être centrée sur des éléments concrets et discernables qui lient le bien à la réserve, que le bien soit tangible ou intangible.

En l’espèce, le bien meuble dont il faut situer l’emplacement est le droit personnel dont l’existence juridique est constatée par le contrat de placement qui prévoit le paiement d’intérêts à certaines conditions. Pour déterminer l’emplacement de ce bien intangible, la résidence du débiteur est un facteur qui peut avoir un certain poids, mais ce facteur ne peut être prépondérant, car il ne s’agit pas, comme cela peut être le cas en droit international privé, de déterminer le lieu d’introduction

context, to determine the place where judicial proceedings should be introduced. The place of payment of the interest is not really relevant for the purpose of determining the place where the property is held, since the taxing provision that governs the tax treatment of interest income — s. 12(4) of the *Income Tax Act* — does not require that interest actually be paid to be included in the taxpayer's income. The fact that the creditor resides on a reserve is relevant. It is to the advantage of Indians living on a reserve to foster the economic development of the reserve, and income spent or invested on a reserve can only contribute to that development. Nevertheless, residence must not be considered a prerequisite for the exemption, since it ceased to be a statutory requirement more than a century ago. The place where the contract was signed does not on its own constitute a sufficiently objective legal basis for determining the location of a right to be paid interest, since it would be open to manipulation and could be artificial. To be compatible with the purpose of the exemption, the choice to sign the contract on a reserve must not have been based simply on obtaining a personal benefit for an Indian whose usual place of business was off the reserve. Lastly, in the case of a right to be paid interest, it is necessary to look beyond the investment contract and consider the source of the invested capital. Where the capital resulted from several different activities, the place where the greatest proportion of the activities were carried out should serve as a factor by analogy with the paramount location concept used in relation to tangible property.

In this case, the debtor's place of residence, that of the creditor, the place where the contract was signed and the activity that generated the capital that made it possible to enter into the investment contract all favour granting the exemption to B's estate.

There is agreement with the majority that it is not necessary to consider whether the property or the activity that generated it is connected with the traditional Aboriginal way of life. It is also agreed that the activity engaged in by a financial institution to fulfil its monetary obligations in the context of investment contracts providing for the payment of interest is not a valid factor for determining whether personal property held by an Indian is situated on a reserve. However, there is disagreement with the weight attached in the analysis to formal connections that, in certain circumstances, have a tenuous relationship with the reserve. The majority's approach disregards the provision that governs the tax treatment of interest income and is inconsistent with the historical purpose of the exemption.

de procédures judiciaires. Le lieu du paiement des intérêts n'est pas très pertinent pour fixer le lieu où le bien est détenu, car la disposition fiscale qui règle le traitement fiscal des revenus d'intérêts — c'est-à-dire le par. 12(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* — n'exige pas que les intérêts soient effectivement payés pour que ceux-ci soient inclus au revenu du contribuable. Le fait que le créancier réside sur une réserve est pertinent. Les Indiens vivant sur une réserve ont avantage à favoriser le développement économique de celle-ci, et les revenus dépensés ou investis sur la réserve ne peuvent que contribuer à ce développement. Toutefois, le critère de la résidence ne doit pas être vu comme un préalable à l'exemption, étant donné qu'il ne constitue plus une exigence législative depuis plus d'un siècle. Considéré isolément, le lieu de signature du contrat ne constitue pas une assise juridique suffisamment objective pour déterminer l'emplacement d'un droit à des intérêts, car il est susceptible de manipulations et pourrait avoir un caractère artificiel. Pour respecter l'objet de l'exemption, il faut que le choix de la réserve en tant que lieu de signature du contrat repose sur des motifs qui ne sont pas liés à la simple recherche d'un bénéfice personnel pour l'Indien qui aurait choisi de se livrer hors réserve à des activités commerciales ordinaires. Enfin, dans le cas d'un droit à des intérêts, il faut aller au-delà du contrat de placement et considérer la source du capital investi. Lorsque le capital résulte d'une variété d'activités, le lieu où celles-ci ont été exercées de façon prépondérante devrait servir comme critère, par analogie avec la notion d'emplacement prépondérant utilisée pour les biens tangibles.

En l'espèce, le lieu de résidence du débiteur, le lieu de résidence du créancier, le lieu de conclusion du contrat et l'activité ayant généré le capital qui a permis la conclusion du contrat de placement militent tous en faveur de la reconnaissance de l'exemption en faveur de la succession de B.

Il y a accord avec la majorité quant au fait qu'il n'y a pas lieu de vérifier si le bien ou l'activité qui l'a généré sont liés au mode de vie traditionnel autochtone. De même, l'activité qui permet à une institution financière de respecter ses obligations financières dans le cadre de contrats de placement prévoyant le paiement d'intérêts ne constitue pas un critère valable pour déterminer si un bien meuble détenu par un Indien est situé sur une réserve. Il y a cependant désaccord quant à l'importance que l'analyse accorde à des liens formels qui, dans certaines circonstances, ont une faible relation réelle avec la réserve. L'approche de la majorité ne tient pas compte de la disposition qui règle le traitement fiscal des revenus d'intérêts, et n'est pas compatible avec l'objet historique de l'exemption.



## Cases Cited

By Cromwell J.

**Applied:** *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; **disapproved:** *Recalma v. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59; **considered:** *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; **referred to:** *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Lewin v. The Queen*, 2002 FCA 461, 2003 D.T.C. 5476, aff'g 2001 D.T.C. 479; *Sero v. Canada*, 2004 FCA 6, [2004] 2 F.C.R. 613; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Canada v. Folster*, [1997] 3 F.C. 269; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Southwind v. Canada* (1998), 156 D.L.R. (4th) 87.

By Deschamps J.

**Referred to:** *Dubé v. Canada*, 2011 SCC 39, [2011] 2 S.C.R. 764, rev'g 2009 FCA 109, 393 N.R. 143, and 2007 TCC 393, 2008 D.T.C. 4022; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *The Queen v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Robinson v. The Queen*, 2010 TCC 649, [2011] 2 C.T.C. 2286; *Horn v. Canada*, 2007 FC 1052, [2008] 1 C.T.C. 140, aff'd 2008 FCA 352, 302 D.L.R. (4th) 472; *Shilling v. M.N.R.*, 2001 FCA 178, [2001] 4 F.C. 364; *Canada v. Monias*, 2001 FCA 239, [2002] 1 F.C. 51; *Southwind v. Canada* (1998), 156 D.L.R. (4th) 87; *Large v. The Queen*, 2006 TCC 509, 2006 D.T.C. 3558.

## Statutes and Regulations Cited

*An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., c. 74, s. 4.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1440, 1566.  
*Deposit Insurance Act*, R.S.Q., c. A-26.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 3, 9, 12(1)(c), (4), 56, 248(1) "property".  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 87, 89, 90.  
*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, s. 86.  
*Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18, ss. 64, 65.  
*Regulation respecting the application of the Deposit Insurance Act*, (1993) 125 G.O.Q. II, 3333, r. 1, s. 1.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt appliqué :** *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; **arrêt critiqué :** *Recalma c. Canada*, 1998 CanLII 7621; **arrêt examiné :** *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; **arrêts mentionnés :** *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Lewin c. Canada*, 2002 CAF 461 (CanLII), conf. 2001 CanLII 502; *Sero c. Canada*, 2004 CAF 6, [2004] 2 R.C.F. 613; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Canada c. Folster*, [1997] 3 C.F. 269; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Southwind c. Canada*, 1998 CanLII 7300.

Citée par le juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Dubé c. Canada*, 2011 CSC 39, [2011] 2 R.C.S. 764, inf. 2009 CAF 109, 393 N.R. 143, et 2007 CCI 393, 2008 D.T.C. 2204; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *La Reine c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Robinson c. La Reine*, 2010 CCI 649 (CanLII); *Horn c. Canada*, 2007 CF 1052 (CanLII), conf. par 2008 CAF 352 (CanLII); *Shilling c. M.R.N.*, 2001 CAF 178, [2001] 4 C.F. 364; *Canada c. Monias*, 2001 CAF 239, [2002] 1 C.F. 51; *Southwind c. Canada*, 1998 CanLII 7300; *Large c. La Reine*, 2006 CCI 509 (CanLII).

## Lois et règlements cités

*Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18, art. 64, 65.  
*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., ch. 74, art. 4.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1440, 1566.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9, 12(1)(c), (4), 56, 248(1) « biens ».  
*Loi sur l'assurance-dépôts*, L.R.Q., ch. A-26.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87, 89, 90.  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 86.  
*Proclamation royale (1763)*, L.R.C. 1985, app. II, n<sup>o</sup> 1.

*Royal Proclamation (1763)*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1. *Treaty No. 8 (1899)*.

### Authors Cited

- Bartlett, Richard H. “The Indian Act of Canada” (1977-1978), 27 *Buff. L. Rev.* 581.
- Biberdorf, Donald K. “Aboriginal Income and the ‘Economic Mainstream’”, in *Report of Proceedings of the Forty-Ninth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998, 25:1.
- Canada. Revenue Canada, Taxation. Interpretation Bulletin No. IT-62, “Paragraph 81(1)(a) (also subparagraph 110(1)(a)(iv) and paragraph 149(1)(c))”, August 18, 1972.
- Dockstator, Mark. “The Nowegijick Case: Implications for Indian Tax Planning Strategies”, [1985] 4 C.N.L.R. 1.
- L’Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.
- Lord, Guy, et autres. *Les principes de l'imposition au Canada*, 13<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
- MacIntosh, Constance. “From Judging Culture to Taxing ‘Indians’: Tracing the Legal Discourse of the ‘Indian Mode of Life’” (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 399.
- Maclagan, Bill. “Section 87 of the Indian Act: Recent Developments in the Taxation of Investment Income” (2000), 48 *Can. Tax J.* 1503.
- Marshall, Murray. “Business and Investment Income under Section 87 of the *Indian Act: Recalma v. Canada*” (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 528.
- McDonnell, Thomas E. “Taxation of an Indian’s Investment Income” (2001), 49 *Can. Tax J.* 954.
- O’Brien, Martha. “Income Tax, Investment Income, and the Indian Act: Getting Back on Track” (2002), 50 *Can. Tax J.* 1570.
- Slattery, Brian. “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Blais and Pelletier J.J.A.), 2009 FCA 108, 400 N.R. 349, 2010 DTC 5054 (p. 6740), [2009] F.C.J. No. 434 (QL), 2009 CarswellNat 5362, affirming a decision of Angers J., 2007 TCC 625, 2008 D.T.C. 4064, [2008] 5 C.T.C. 2533, [2007] T.C.J. No. 541 (QL), 2007 CarswellNat 5406. Appeal allowed.

Michel Beaupré and Michel Jolin, for the appellant.

*Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-dépôts*, (1993) 125 G.O.Q. II, 4243, r. 1, art. 1. *Traité n° 8 (1899)*.

### Doctrine citée

- Bartlett, Richard H. « The Indian Act of Canada » (1977-1978), 27 *Buff. L. Rev.* 581.
- Biberdorf, Donald K. « Aboriginal Income and the “Economic Mainstream” », in *Report of Proceedings of the Forty-Ninth Tax Conference*. Toronto: L’Association canadienne d’études fiscales, 1998, 25:1.
- Canada. Revenu Canada, Impôt. Bulletin d’interprétation n° IT-62, « Alinéa 81(1)a (aussi sous-alinéa 110(1)a(iv) et alinéa 149(1)c) », 18 août 1972.
- Dockstator, Mark. « The Nowegijick Case : Implications for Indian Tax Planning Strategies », [1985] 4 C.N.L.R. 1.
- L’Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.
- Lord, Guy, et autres. *Les principes de l'imposition au Canada*, 13<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.
- MacIntosh, Constance. « From Judging Culture to Taxing “Indians” : Tracing the Legal Discourse of the “Indian Mode of Life” » (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 399.
- Maclagan, Bill. « Section 87 of the Indian Act : Recent Developments in the Taxation of Investment Income » (2000), 48 *Rev. fisc. can.* 1503.
- Marshall, Murray. « Business and Investment Income under Section 87 of the *Indian Act : Recalma v. Canada* » (1998), 77 *R. du B. can.* 528.
- McDonnell, Thomas E. « Taxation of an Indian’s Investment Income » (2001), 49 *Rev. fisc. can.* 954.
- O’Brien, Martha. « Income Tax, Investment Income, and the Indian Act : Getting Back on Track » (2002), 50 *Rev. fisc. can.* 1570.
- Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Blais et Pelletier), 2009 CAF 108, 400 N.R. 349, 2009 DTC 5086 (p. 5851), [2009] A.C.F. n° 434 (QL), 2009 CarswellNat 849, qui a confirmé une décision du juge Angers, 2007 CCI 625, 2008 D.T.C. 2399, [2008] 5 C.T.C. 2533, [2007] A.C.I. n° 541 (QL), 2007 CarswellNat 5407. Pourvoi accueilli.

Michel Beaupré et Michel Jolin, pour l’appelante.

*Pierre Cossette and Bernard Letarte*, for the respondent.

*Peter W. Hutchins and Lysane Cree*, for the intervener the Huron-Wendat Nation.

*Jeffrey D. Pniowsky and Sacha R. Paul*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

*John Hurley and François Dandonneau*, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

*Maxime Faille and Graham Ragan*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*David C. Nahwegahbow and James Hopkins*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

*Brian A. Crane, Q.C.*, and *Guy Régimbald*, for the intervener the Union of Nova Scotia Indians.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

## I. Overview

[1] Under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, the late Rolland Bastien was exempt from taxation with respect to personal property situated on a reserve. He earned interest income on term deposits with an on-reserve caisse populaire, a Quebec savings and credit union. The income is admittedly personal property for the purposes of the tax exemption. At issue is whether this personal property — the interest income — was situated on a reserve so that the exemption from tax applies to it. The Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal held that the exemption did not apply. They reasoned that the caisse populaire generated its revenues in the “economic mainstream”, not on the reserve, and therefore that the interest it paid to Mr. Bastien was not situated on the reserve. Mr. Bastien’s estate challenges that conclusion.

*Pierre Cossette et Bernard Letarte*, pour l’intimée.

*Peter W. Hutchins et Lysane Cree*, pour l’intervenante la Nation huronne-wendat.

*Jeffrey D. Pniowsky et Sacha R. Paul*, pour l’intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

*John Hurley et François Dandonneau*, pour l’intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

*Maxime Faille et Graham Ragan*, pour l’intervenante l’Assemblée des Premières Nations.

*David C. Nahwegahbow et James Hopkins*, pour l’intervenant Chiefs of Ontario.

*Brian A. Crane, c.r.*, et *Guy Régimbald*, pour l’intervenante Union of Nova Scotia Indians.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell rendu par

LE JUGE CROMWELL —

## I. Aperçu

[1] Feu Rolland Bastien bénéficiait, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, d’une exemption fiscale à l’égard de ses biens meubles situés sur une réserve. Il a tiré un revenu en intérêts de dépôts à terme qu’il détenait auprès d’une caisse populaire (une coopérative d’épargne et de crédit québécoise) située sur une réserve. Il est admis que ce revenu constitue un bien meuble pour l’application de l’exemption fiscale. La question en litige consiste à savoir si ce bien meuble — le revenu en intérêts — était situé sur une réserve et, de ce fait, exempté de taxation. La Cour canadienne de l’impôt et la Cour d’appel fédérale ont conclu que l’exemption ne s’appliquait pas à ce bien. Selon elles, les revenus de la caisse populaire étaient générés hors réserve, sur le « marché ordinaire » (ou « marché commercial »), et les intérêts qu’elle a versés à M. Bastien n’étaient par conséquent pas situés sur la réserve. La succession de M. Bastien conteste cette conclusion.

[2] In my respectful view, the interest income paid to Mr. Bastien was situated on a reserve and was therefore exempt from taxation. One determines the location of intangible personal property such as the interest income in issue in this case by conducting a two-step analysis. First, one identifies potentially relevant factors tending to connect the property to a location and then determines what weight they should be given in identifying the location of the property in light of three considerations: the purpose of the exemption from taxation, the type of property and the nature of the taxation of that property. In this case, virtually every potentially relevant factor connects the interest income to the reserve: Mr. Bastien obtained the certificates of deposit on the reserve and the interest income was payable there; the caisse populaire which issued the certificates of deposit has its only place of business on the reserve. The principal that gave rise to the interest income was earned on the reserve and Mr. Bastien lived there. I would allow the appeal.

## II. Facts, Proceedings and Issue

### 1. *Facts*

[3] Under the *Indian Act*, the personal property of an Indian situated on a reserve is exempt from taxation. This includes exemption from income taxation: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at pp. 38-39. The relevant provisions are ss. 87(1)(b) and (2) of the *Indian Act*, as they read at the time the interest income was paid to Mr. Bastien:

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use

[2] Soit dit en toute déférence, le revenu en intérêts versé à M. Bastien était situé sur une réserve et, de ce fait, exempté de taxation. On détermine l'emplacement d'un bien meuble immatériel, comme le revenu en intérêts en cause en l'espèce, en effectuant une analyse en deux étapes. D'abord, on relève les facteurs potentiellement pertinents qui tendent à rattacher le bien à un emplacement, puis on détermine le poids qui doit leur être accordé pour établir l'emplacement du bien, en tenant compte de trois éléments : l'objet de l'exemption fiscale, le genre de bien et la nature de l'imposition du bien. En l'espèce, pratiquement tous les facteurs potentiellement pertinents rattachent le revenu en intérêts à la réserve. M. Bastien a obtenu les certificats de dépôt sur la réserve et c'est là que le paiement du revenu en intérêts devait être effectué; le seul établissement de la caisse populaire qui a émis les certificats de dépôt était situé sur la réserve. Le capital qui a généré le revenu en intérêts a été gagné sur la réserve, là où vivait M. Bastien. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## II. Les faits, l'historique judiciaire et la question en litige

### 1. *Les faits*

[3] La *Loi sur les Indiens* prévoit que les biens meubles d'un Indien situés sur une réserve sont exemptés de taxation. Cette exemption s'applique à l'égard de l'impôt sur le revenu : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 38-39. Les dispositions pertinentes sont l'al. 87(1)b) et le par. 87(2) de la *Loi sur les Indiens*, tels qu'ils étaient libellés à l'époque où le revenu en intérêts a été versé à M. Bastien :

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation :

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession

of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

[4] This exemption from taxation under s. 87 with respect to on-reserve property is part of a larger scheme of protections. Under s. 89, real and personal property of an Indian (or band) situated on a reserve is not subject to attachment or seizure. Thus, the location of the property on the reserve is relevant both to whether it is taxable and to whether it is exigible. The words “situated on a reserve” should be interpreted consistently throughout the Act to mean “within the boundaries of the reserve”: *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161, at para. 13; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, at pp. 955-59. Under s. 90, certain property is deemed to be situated on a reserve even though it may in fact be physically located elsewhere. The deeming provision applies, speaking generally, to personal property purchased for the use and benefit of Indians (with Indian funds or funds appropriated by Parliament) and to personal property given to Indians under a treaty or agreement with the Crown. There are no other provisions of the *Indian Act* specifying how the location of property is to be determined for the purposes of this protective scheme.

[5] The late Rolland Bastien was a status Indian and belonged to the Huron-Wendat Nation. He was born and died on the Wendake Reserve near Quebec City. His wife and children who succeed him are also Huron and live on the reserve. From 1970 until 1997 when he sold the business to his children, Mr. Bastien operated a moccasin manufacturing business on the Wendake Reserve: Les Industries Bastien enr. He invested some of the income from the operation and sale of his business in term deposits with two caisses populaires situated on Indian reserves, the Caisse populaire Desjardins du Village Huron (“Caisse”) situated on the Wendake Reserve and the Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue situated on the Mashteuiatsh Reserve. Only the income from the investments with the Caisse on the Wendake Reserve is

ou l’usage d’un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l’un de ces biens.

[4] Cette exemption fiscale prévue à l’art. 87 relativement aux biens situés sur une réserve fait partie d’un régime plus général de protection. Selon l’art. 89, les biens meubles et immeubles d’un Indien (ou d’une bande) situés sur une réserve sont insaisissables. Par conséquent, le fait qu’un bien soit situé ou non sur une réserve est pertinent à la fois quant à son assujettissement à l’impôt et quant à son exigibilité. Les mots « situés sur une réserve » devraient être interprétés uniformément dans toutes les dispositions de la Loi comme signifiant « à l’intérieur des limites de [la réserve] » : *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161, par. 13, *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, p. 955-959. Suivant l’art. 90, certains biens meubles sont réputés situés sur une réserve même si, physiquement, ils peuvent être situés ailleurs. Cette disposition s’applique, de façon générale, aux biens meubles achetés à l’usage et au profit d’Indiens (avec l’argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement) et aux biens meubles donnés aux Indiens en vertu d’un traité ou d’un accord avec Sa Majesté. Aucune autre disposition de la *Loi sur les Indiens* ne précise comment déterminer l’emplacement d’un bien pour l’application de ce régime de protection.

[5] Feu Rolland Bastien était un Indien inscrit qui appartenait à la Nation huronne-wendat. Il est né et décédé dans la réserve de Wendake, près de Québec. Son épouse et ses enfants qui lui ont succédé sont également des Hurons et vivent dans la réserve. De 1970 à 1997, année où il a vendu son entreprise à ses enfants, M. Bastien a exploité une entreprise de fabrication de mocassins dans la réserve de Wendake : Les Industries Bastien enr. Il a investi une partie des revenus provenant de l’exploitation et de la vente de son entreprise dans des dépôts à terme offerts par deux caisses populaires situées sur des réserves indiennes : la Caisse populaire Desjardins du Village Huron (« Caisse »), située sur la réserve de Wendake, et la Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue, située sur la réserve de Mashteuiatsh. Seul le revenu provenant

in issue on this appeal. The Caisse has since its founding in 1965 had its head office, its only place of business and its sole fixed asset on the reserve (Partial agreed statement of facts, A.R., vol. II, at p. 200).

[6] In 2001, Mr. Bastien held certificates of deposit at the Caisse and these investments paid interest that was deposited in a transaction savings account at the Caisse. Mr. Bastien considered this income to be property exempt from taxation. However, in 2003, the Minister of National Revenue made an assessment in which he added the investment income to Mr. Bastien's income for the 2001 taxation year. The Minister confirmed the assessment and Mr. Bastien's estate appealed unsuccessfully to the Tax Court and the Federal Court of Appeal.

## 2. *Proceedings*

[7] In the Tax Court (2007 TCC 625, 2008 D.T.C. 4064), Angers J. applied the Federal Court of Appeal's decision in *Recalma v. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59. He was of the view that the location of investment income should be analysed by having regard to four factors: its connection to the reserve; whether it benefited the traditional Native way of life; the risk that taxation would erode Native property; and the extent to which the investment income was derived from economic mainstream activity. Angers J. thought that this fourth factor — whether the income was derived from the economic mainstream — was the most important. He found that the Caisse earned its income from activities in the economic mainstream which were not closely connected to the reserve. Consequently, in his view, the investment income was not exempt from taxation.

[8] The Federal Court of Appeal upheld this conclusion (2009 FCA 108, 400 N.R. 349). Nadon J.A. thought that this case was governed by the court's previous decisions in *Recalma*, *Lewin v. The Queen*, 2002 FCA 461, 2003 D.T.C. 5476, and *Sero v. Canada*, 2004 FCA 6, [2004] 2 F.C.R. 613. Nadon J.A. highlighted that the most

des placements à la Caisse située sur la réserve de Wendake est en cause dans le présent pourvoi. Depuis la fondation de la Caisse en 1965, son siège social, son seul établissement et son seul bien immobilisé corporel sont situés sur la réserve (Entente partielle sur les faits, D.A., vol. II, p. 200).

[6] En 2001, M. Bastien détenait des certificats de dépôt à la Caisse et ces placements généraient des intérêts qui étaient déposés dans un compte d'épargne avec opérations détenu à la Caisse. Selon M. Bastien, ce revenu était un bien exempté de taxation. Toutefois, en 2003, le ministre du Revenu national a établi un avis de cotisation qui incluait le revenu de placements de M. Bastien dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2001. Le ministre a confirmé l'avis de cotisation et la succession de M. Bastien a été déboutée en appel à la Cour de l'impôt, puis à la Cour d'appel fédérale.

## 2. *L'historique judiciaire*

[7] À la Cour de l'impôt (2007 CCI 625, [2007] A.C.I. n° 541 (QL)), le juge Angers a appliqué l'arrêt *Recalma c. Canada*, 1998 CanLII 7621, de la Cour d'appel fédérale. D'après lui, l'emplacement d'un revenu de placements doit être établi en fonction de quatre facteurs : son lien avec la réserve; son effet bénéfique sur le mode de vie traditionnel des Autochtones; le risque que l'imposition porte atteinte aux biens des Autochtones; et la mesure dans laquelle le revenu de placements peut être considéré comme provenant d'une activité du marché ordinaire. Le juge Angers estimait que ce quatrième facteur, soit la provenance des revenus, était le plus important. Il a conclu que la Caisse tirait ses revenus d'activités sur le marché ordinaire, qui n'étaient pas étroitement liées à la réserve. Par conséquent, à son avis, le revenu de placements n'était pas exempté de taxation.

[8] La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion (2009 CAF 108, 2009 DTC 5086 (p. 5851)). Le juge Nadon a statué que l'affaire était régie par les décisions rendues antérieurement par la cour dans *Recalma*, *Lewin c. Canada*, 2002 CAF 461 (CanLII), et *Sero c. Canada*, 2004 CAF 6, [2004] 2 R.C.F. 613. Le juge Nadon a souligné

important consideration was whether the investment income — that is, the profit generated from the capital invested in a financial institution — was produced on or off the territory of the reserve. In other words, Nadon J.A. found that if all or part of the funds were invested in the general mainstream of the economy, the taxation exemption could not apply. In his view, that was the case and the appeal should be dismissed.

[9] In concurring reasons, Pelletier J.A. (Blais J.A. concurring) added some comments about the nature of the business activities of a caisse populaire. The caisses populaires, he thought, now fully participate in the capital market, at least to the extent that their cash requirements permit or their surplus funds demand. The nature of the capital market itself should be given the most weight in order to determine the location of investment income. That market is not limited to a reserve, a province or even a country.

### 3. *Issue*

[10] There is only one question before the Court: Was Mr. Bastien's interest income earned on the term deposits with the Caisse exempt from income taxation because it was personal property situated on a reserve?

### III. Analysis

[11] The appellant submits that the analyses in the Tax Court and the Federal Court of Appeal were faulty in two related respects. First, they failed to give appropriate weight to the contractual nature of the investment vehicle in determining whether or not it was situated on a reserve. Mr. Bastien contracted with the Caisse on the reserve for a particular rate of return on his investment to be paid to him on the reserve; how the Caisse produced income by dealings with others, the appellant contends, was not relevant to determining the location of Mr. Bastien's investment income. The appellant points to art. 1440 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which provides that a contract has effect only between the contracting

que ce qui importait le plus était de savoir si le revenu de placements — soit le profit généré par le capital placé dans une institution financière — avait été produit sur le territoire de la réserve ou hors réserve. En d'autres termes, le juge Nadon a conclu que, si les fonds avaient été placés en tout ou en partie sur le marché ordinaire, l'exemption fiscale ne pouvait pas s'appliquer. À son avis, c'était le cas et l'appel devait être rejeté.

[9] Dans des motifs concourants, le juge Pelletier a ajouté (avec l'accord du juge Blais) quelques commentaires sur la nature des activités commerciales des caisses populaires. Selon lui, les caisses populaires participent maintenant pleinement au marché des capitaux, du moins dans la mesure où leurs besoins en liquidités le permettent ou leurs fonds excédentaires l'exigent. C'est à la nature du marché des capitaux que l'on doit attribuer le plus de poids pour déterminer où est situé un revenu de placements. Ce marché ne se limite pas à une réserve, à une province, ni même à un pays.

### 3. *La question en litige*

[10] La Cour est saisie d'une seule question : le revenu en intérêts tiré par M. Bastien des dépôts à terme qu'il détenait à la Caisse était-il exempté de taxation à titre de bien meuble situé sur une réserve?

### III. Analyse

[11] L'appelante prétend que l'analyse de la Cour de l'impôt et celle de la Cour d'appel fédérale étaient erronées à deux égards connexes. Premièrement, elles n'ont pas accordé suffisamment d'importance à la nature contractuelle du véhicule de placement lorsqu'elles ont déterminé s'il était situé ou non sur une réserve. Monsieur Bastien a conclu, avec la Caisse située sur la réserve, un contrat stipulant un taux de rendement précis sur son placement dont le produit lui serait versé sur la réserve; suivant l'appelante, la façon dont la Caisse générait ses revenus en traitant avec des tiers n'était pas pertinente pour la détermination du lieu où était situé le revenu de placements de M. Bastien. L'appelante invoque l'art. 1440 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991,

parties and does not generally affect third persons. Second, the appellant submits that the courts below erred by giving determinative weight to the fact that the income was derived from the commercial mainstream; the appellant says that all the relevant factors ought to have been considered and they all favour the reserve as the location of the interest income.

[12] The respondent substantially supports the reasoning of the Federal Court of Appeal. To be exempt from taxation, the interest income must be closely connected to a reserve, that is to say, that the issuer's income-generating activities must be exclusively situated on a reserve. In this case, as the Caisse's income-generating activities were in the commercial mainstream, Mr. Bastien's interest income paid by the Caisse cannot be exempt from taxation. Additionally, the respondent submits that the privity of contract rule should not limit the courts in making factual findings about the location of the issuer's income-generating activities. Nor should the rule imply that the *situs* of the contract is the *situs* of the investment income.

[13] I agree substantially with the appellant. To explain why, I will discuss first, the statutory language of the exemption; second, the analysis that is required to determine the location of property for the purposes of the exemption; and finally, how it applies in this case.

#### 1. *The Statutory Language*

[14] The exemption from taxation (s. 87(1)(b)) applies to "the personal property of an Indian or a band situated on a reserve". Courts should interpret the phrase "on a reserve" having due regard to the "substance and the plain and ordinary meaning of the language used rather than to forensic dialectics": *Nowegijick*, at p. 41; see also *Lewis*, at p. 959; *Union of New Brunswick Indians*, at paras. 13-14; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846,

ch. 64, aux termes duquel un contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et n'en a point quant aux tiers. Deuxièmement, l'appelante soutient que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en accordant un poids déterminant au fait que les revenus provenaient du marché ordinaire; l'appelante affirme que tous les facteurs pertinents auraient dû être pris en compte et qu'ils pointaient tous vers la réserve comme emplacement du revenu en intérêts.

[12] Pour sa part, l'intimée souscrit essentiellement au raisonnement de la Cour d'appel fédérale. Pour être exempté de taxation, le revenu en intérêts doit être étroitement lié à une réserve, c'est-à-dire que les activités génératrices de revenus de l'émetteur doivent être exclusivement situées sur une réserve. En l'espèce, comme les activités génératrices de revenus de la Caisse se déroulaient sur le marché ordinaire, le revenu en intérêts que la Caisse versait à M. Bastien ne pouvait pas être exempté de taxation. De plus, l'intimée prétend que la règle de la relativité des contrats ne devrait pas empêcher les tribunaux de tirer des conclusions de fait quant au lieu où sont exercées les activités génératrices de revenus de l'émetteur. Cette règle ne devrait pas impliquer non plus que le lieu où est situé le revenu de placements est le lieu du contrat.

[13] Je suis essentiellement d'accord avec l'appelante. J'expliquerai pourquoi en examinant d'abord le libellé de l'exemption établie par la loi, en précisant l'analyse servant à déterminer l'emplacement du bien pour l'application de l'exemption et, enfin, en appliquant cette analyse aux faits de l'espèce.

#### 1. *Le libellé de la loi*

[14] L'exemption fiscale (l'al. 87(1)b)) s'applique aux « biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ». Les tribunaux doivent interpréter les mots « sur une réserve » en tenant dûment compte « du fond et du sens manifeste et ordinaire des termes employés, plutôt que de recourir à la dialectique judiciaire » : *Nowegijick*, p. 41; voir également *Lewis*, p. 959; *Union of New Brunswick Indians*, par. 13-14; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC



at para. 19. As noted earlier, there is an exemption from both taxation and from seizure (s. 89) with respect to property “situated on a reserve” and that phrase should be given the same construction wherever it is used throughout the *Indian Act: Union of New Brunswick Indians*, at para. 13.

[15] The phrase “on a reserve” refers throughout the Act to the property being within the boundaries of the reserve. However, different legal tests are used to determine whether various types of property are so situated for the particular purposes. For example, an issue in the *God’s Lake* case was whether a bank account in an off-reserve bank was exempt from seizure. The Court looked for guidance to the traditional common law rules and the terms of the *Trust and Loan Companies Act*, S.C. 1991, c. 45. These made it clear that the account was located at the branch which was off the reserve: para. 13. However, where the question concerns the location of non-physical property generated by a transaction, such as the payment of benefits, for taxation purposes, a more fact-specific analysis is used which weighs factors potentially relevant to identifying the location of the transaction. An important point, however, is that regardless of the type of property or the difficulty of ascribing to it a location, the objective must always be to implement the statutory language, and that requires keeping the focus on whether the property is situated on a reserve.

## 2. *Determining the Location of Income*

[16] Where, because of its nature or the type of exemption in question, the location of property is not objectively easy to determine, courts must apply the connecting factors approach set out in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, in order to attribute a location to the property. While this search for location may seem at times to be more the stuff of metaphysics than of law, the attribution of location is what the *Indian Act* provisions require. The difficulty of doing so means that it is

58, [2006] 2 R.C.S. 846, par. 19. Rappelons que la loi prévoit à la fois une exemption fiscale et une protection contre les saisies (art. 89) à l’égard des biens « situés sur une réserve » et que cette expression devrait être interprétée de la même façon partout où elle est utilisée dans la *Loi sur les Indiens : Union of New Brunswick Indians*, par. 13.

[15] Les mots « sur une réserve » renvoient dans toutes les dispositions de la Loi à un bien qui est situé à l’intérieur des limites de la réserve. Toutefois, différents critères juridiques sont utilisés pour déterminer si divers genres de biens sont situés sur une réserve à des fins précises. Par exemple, dans *God’s Lake*, il était notamment question de savoir si un compte bancaire détenu dans une banque située à l’extérieur d’une réserve était insaisissable. La Cour s’est appuyée sur les règles traditionnelles de la common law et sur les dispositions de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45. Selon ces sources, il était clair que le compte était situé dans la succursale qui se trouvait à l’extérieur de la réserve : par. 13. Toutefois, lorsque la question porte sur l’emplacement, aux fins d’imposition, d’un bien immatériel généré par une opération comme le versement de prestations, l’analyse est davantage axée sur les faits et requiert l’appréciation des facteurs potentiellement pertinents pour la détermination du lieu de l’opération. Or, peu importe le genre de bien dont il s’agit ou à quel point il est difficile d’en déterminer l’emplacement, il est primordial que l’objectif consiste toujours à donner effet au libellé de la loi et, pour cela, l’analyse doit demeurer centrée sur la question de savoir si le bien est situé sur une réserve.

## 2. *La détermination de l’emplacement du revenu*

[16] Lorsque l’emplacement d’un bien n’est pas facile à déterminer d’un point de vue objectif, en raison de la nature du bien ou du type d’exemption dont il est question, les tribunaux doivent appliquer la méthode des facteurs de rattachement décrite dans *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, pour déterminer où le bien est situé. Même si elle peut parfois sembler relever davantage de la métaphysique que du droit, la recherche de l’emplacement d’un bien est ce qu’exige la *Loi sur les Indiens*. Vu

not generally possible to apply a simple, standard test to determine the location of intangible property. Gonthier J. recognized this in *Williams*, at p. 891, where he was considering whether unemployment insurance benefits were exempt from taxation under s. 87:

Because the transaction by which a taxpayer receives unemployment insurance benefits is not a physical object, the method by which one might fix its *situs* is not immediately apparent. In one sense, the difficulty is that the transaction has no *situs*. However, in another sense, the problem is that it has too many. There is the *situs* of the debtor, the *situs* of the creditor, the *situs* where the payment is made, the *situs* of the employment which created the qualification for the receipt of income, the *situs* where the payment will be used, and no doubt others. The task is then to identify which of these locations is the relevant one, or which combination of these factors controls the location of the transaction.

[17] As the location of such property will always be notional, there is a risk that attributing a location to it will be arbitrary. An alternative would be to apply consistently a single strict rule, but that solution is not without its limitations. Gonthier J. expressed caution against a single criteria test. Indeed, where one or two factors have a controlling force, there could be manipulation or abuse, and there is cause to worry that such an analysis would miss the purpose of the *Indian Act* exemption: *Williams*, at p. 892.

[18] To address this challenge, Gonthier J. in *Williams* set out a two-step test. At the first step, the court identifies potentially relevant factors connecting the intangible personal property to a location. “A connecting factor is only relevant”, wrote Gonthier J., “in so much as it identifies the location of the property in question for the purposes of the *Indian Act*” (p. 892). Thus, even in this somewhat metaphysical sphere, the focus is clearly on ascribing a physical location to the property in question. Connecting factors mentioned in *Williams* include things such as the residence of the payor and the payee, the place of payment and where the employment giving rise to qualification for the benefit was performed: *Williams*, at p. 893. As Gonthier J.

la complexité de cet exercice, il n’est généralement pas possible d’appliquer un test simple, standardisé, pour décider où se situe un bien immatériel. Le juge Gonthier l’a reconnu dans *Williams*, à la p. 891, dans le contexte de l’application de l’exemption fiscale prévue par l’art. 87 aux prestations d’assurance-chômage :

Puisque l’opération en vertu de laquelle un contribuable reçoit des prestations d’assurance-chômage ne constitue pas un bien matériel, la méthode par laquelle on pourrait en déterminer le *situs* ne saute pas aux yeux. Dans un sens, le problème est que l’opération n’a pas de *situs*. Toutefois, dans un autre sens, le problème est qu’elle en compte trop. Il y a le *situs* du débiteur, le *situs* du créancier, le *situs* du versement du paiement, le *situs* de l’emploi donnant droit au revenu en question et le *situs* de l’utilisation du paiement, et d’autres sans doute. Il faut ensuite déterminer quel est le lieu pertinent ou encore quelle est la combinaison de ces facteurs qui détermine le lieu de l’opération.

[17] L’emplacement d’un tel bien étant toujours théorique, il existe un risque qu’on lui en attribue un de façon arbitraire. Une autre possibilité serait de toujours appliquer la même règle stricte, mais cette solution a ses limites. Le juge Gonthier a exprimé des réserves quant à l’utilisation d’un critère unique. En effet, lorsqu’un ou deux facteurs exercent une influence déterminante, il y a possibilité de manipulation ou d’abus, et on peut craindre qu’une telle analyse ne serve pas l’objet de l’exemption établie dans la *Loi sur les Indiens* : *Williams*, p. 892.

[18] En réponse à ce problème, le juge Gonthier a établi, dans *Williams*, un test en deux étapes. À la première étape, le tribunal détermine quels facteurs de rattachement du bien meuble immatériel à un emplacement peuvent être pertinents. De l’avis du juge Gonthier, « [u]n facteur de rattachement n’est pertinent que dans la mesure où il identifie l’emplacement du bien en question aux fins de la *Loi sur les Indiens* » (p. 892). Par conséquent, même dans ce cadre relativement métaphysique, l’accent est manifestement mis sur l’attribution d’un emplacement physique au bien en cause. Les facteurs de rattachement mentionnés dans *Williams* comprennent notamment la résidence du débiteur et celle de la personne qui reçoit les prestations, l’endroit où

noted, potentially relevant connecting factors have different relevance depending on the categories of property and the types of taxation in issue. So, for example, “connecting factors may have different relevance with regard to unemployment insurance benefits than in respect of employment income, or pension benefits” (p. 892). To take this into account, as well as to ensure that the analysis serves to identify the location of the property for the purposes of the *Indian Act*, at the second step, the court analyses these factors purposively in order to assess what weight should be given to them. This analysis considers the purpose of the exemption under the *Indian Act*; the type of property in question; and the nature of the taxation of that property (p. 892).

[19] *Williams* thus establishes a clearly structured analysis, but one that turns on careful consideration of the particular circumstances of each case assessed against the purpose of the exemption. As Gonthier J. noted at p. 893, the *Williams* approach “preserves the flexibility of the case by case approach, but within a framework which properly identifies the weight which is to be placed on various connecting factors”. The *Williams* approach applies here because we are dealing with the location of a transaction — the payment of interest pursuant to a contract — for the purposes of taxation.

[20] In this case and others, the Tax Court and the Federal Court of Appeal have developed and applied jurisprudence which adapts the *Williams* analysis to the taxation of interest and other investment income. As this is the first case in this Court since *Williams* to address this issue, it is timely to restate and consolidate the analysis that should be undertaken in applying the s. 87 exemption to interest income. I will therefore review the analysis required by *Williams* in more detail, focusing in turn on the purpose of the exemption, the type of property, the nature of the taxation of that property and the potentially relevant connecting factors.

celles-ci sont versées et l'emplacement de l'emploi ayant donné droit aux prestations : *Williams*, p. 893. Comme l'a indiqué le juge Gonthier, la pertinence des facteurs de rattachement potentiellement pertinents varie selon le genre de bien et la nature de l'imposition. Par exemple, « la pertinence des facteurs de rattachement peut varier selon qu'il s'agit de prestations d'assurance-chômage, de revenu d'emploi ou de prestations de pension » (p. 892). Pour tenir compte de cette réalité et faire en sorte que l'analyse serve à déterminer l'emplacement du bien pour l'application de la *Loi sur les Indiens*, le tribunal procède, à la deuxième étape, à une analyse téléologique de ces facteurs dans le but de déterminer quel poids accorder à chacun. Dans le cadre de cette analyse, il prend en considération l'objet de l'exemption prévue par la *Loi sur les Indiens*, le genre de bien en cause et la nature de l'imposition du bien (p. 892).

[19] L'arrêt *Williams* propose donc une analyse clairement structurée, mais centrée sur un examen minutieux des faits de chaque espèce au regard de l'objet de l'exemption. Comme le juge Gonthier l'a souligné, à la p. 893, la méthode élaborée dans *Williams* « conserve la souplesse de la méthode cas par cas, mais à l'intérieur d'un cadre qui identifie correctement le poids à accorder à divers facteurs de rattachement ». La démarche suivie dans *Williams* s'applique en l'espèce parce que nous traitons de la question de l'emplacement d'une opération — le versement d'intérêts en vertu d'un contrat — aux fins d'imposition.

[20] En l'espèce et dans d'autres affaires, la Cour de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont élaboré et appliqué une jurisprudence qui adapte l'analyse proposée dans *Williams* à l'imposition des intérêts et d'autres revenus de placements. Comme c'est la première fois depuis *Williams* que la Cour traite de cette question, il est opportun de formuler de nouveau et de confirmer l'analyse à effectuer pour l'application de l'exemption de l'art. 87 à des revenus en intérêts. J'examinerai donc plus en détail l'analyse exigée par l'arrêt *Williams* en m'intéressant successivement à l'objet de l'exemption, au genre de bien, à la nature de l'imposition du bien et aux facteurs de rattachement potentiellement pertinents.

(i) The Purpose of the Exemption

[21] In *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, La Forest J. discussed the purpose of both the tax exemption and the immunity from seizure in the *Indian Act*. With respect to the exemption from taxation, he observed that it serves to “guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs” (p. 130). He summed up his discussion of the purpose of the provisions by noting that since the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), “the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians”. He added an important qualification: the purpose of the exemptions is to preserve property reserved for their use, “not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that [they could] acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens” (p. 131). As La Forest J. put it:

These provisions are not intended to confer privileges on Indians in respect of any property they may acquire and possess, wherever situated. Rather, their purpose is simply to insulate the property interests of Indians in their reserve lands from the intrusions and interference of the larger society so as to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements. [Emphasis added; p. 133.]

[22] However, La Forest J. was careful to emphasize that even with respect to purely commercial arrangements, the protections from taxation and seizure always apply to property situated on a reserve. As he put it, at p. 139:

... if an Indian band concluded a purely commercial business agreement with a private concern, the protections of ss. 87 and 89 would have no application in respect of the assets acquired pursuant to that agreement, except, of course, if the property was situated on a reserve. It must be remembered that the protections of

(i) L’objet de l’exemption

[21] Dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest a examiné l’objet de l’exemption fiscale et de la protection contre les saisies accordées par la *Loi sur les Indiens*. En ce qui concerne l’exemption fiscale, il a spécifié qu’elle « empêch[e] qu’un palier de gouvernement, par l’imposition de taxes, puisse porter atteinte à l’intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes » (p. 130-131). Il a résumé son examen de l’objet des dispositions en soulignant que, depuis la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n<sup>o</sup> 1), « la Couronne a toujours reconnu qu’elle est tenue par l’honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu’ils possèdent en tant qu’Indiens ». Il a ajouté une précision importante : l’objet de l’exemption est de protéger les biens réservés à l’usage des Indiens et non « pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d’acquérir, de posséder et d’aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens » (p. 131). Le juge La Forest a de plus affirmé :

Ces dispositions n’ont pas pour but d’accorder des privilèges aux Indiens à l’égard de tous les biens qu’ils peuvent acquérir et posséder, peu importe l’endroit où ils sont situés. Leur but est plutôt simplement de protéger des ingérences et des entraves de la société en général les droits de propriété des Indiens sur leurs terres réservées pour veiller à ce que ceux-ci ne soient pas dépouillés de leurs droits. [Je souligne; p. 133.]

[22] Toutefois, le juge La Forest a pris soin de préciser que, même en ce qui concerne les accords purement commerciaux, les protections contre la taxation et les saisies s’appliquent toujours aux biens situés sur une réserve. Voici ce qu’il dit, à la p. 139 :

... si une bande indienne concluait un accord purement commercial avec un particulier, les protections des art. 87 et 89 ne s’appliqueraient pas à l’égard des biens acquis conformément à cet accord, sous réserve évidemment du cas où les biens seraient situés sur une réserve. Il faut se rappeler que les protections des

ss. 87 and 89 will always apply to property situated on a reserve. [Emphasis added.]

[23] The Court returned to the purpose of the exemptions in *Williams*. Gonthier J. confirmed that the purpose of the exemptions “was to preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize” (p. 885). Echoing the limitation described by La Forest J. in *Mitchell*, Gonthier J. added that “the purpose of the sections was not to confer a general economic benefit upon the Indians” (p. 885) and that “[w]hether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian” (p. 887). In light of this, Gonthier J. held that the purpose of the requirement in s. 87 that the property be “situated on a reserve” is to “determine whether the Indian holds the property in question as part of the entitlement of an Indian *qua* Indian on the reserve” (p. 887). In both *Union of New Brunswick Indians* and *God’s Lake*, the Court confirmed that the purpose of the exemptions was as set out in *Mitchell* and *Williams*.

[24] It will be useful to make two additional points.

[25] The first is that a purposive approach to the application of the exemption provisions must be rooted in the statutory text and does not give the court “license to ignore the words of the Act . . . or otherwise [circumvent] the intention of the legislature” which that text expresses: *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 371. As Professor Sullivan has wisely observed, even when the broad purposes of legislation are clear, “it does not follow that the unqualified pursuit of those purposes will give effect to the legislature’s intention”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 297; see also *Nowegijick*, at p. 34. A purposive analysis must inform the court’s approach to weighing the connecting factors. But it must be acknowledged that there may not always be a complete correspondence between

art. 87 et 89 s’appliqueront toujours aux biens situés sur une réserve. [Je souligne.]

[23] Dans *Williams*, la Cour est revenue sur l’objet des exemptions. Le juge Gonthier a confirmé que les exemptions « visent à préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d’imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l’utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées » (p. 885). Réitérant la limite décrite par le juge La Forest dans *Mitchell*, le juge Gonthier a ajouté que « les articles en question ne visent pas à conférer un avantage économique général aux Indiens » (p. 885) et qu’il « appartient à l’Indien de décider s’il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s’il veut s’intégrer davantage dans l’ensemble du monde des affaires » (p. 887). Compte tenu de ce qui précède, le juge Gonthier a conclu que le critère de l’art. 87 exigeant que les biens personnels soient « situés sur une réserve » a pour objet de « déterminer si l’Indien détient les biens en question en vertu des droits qu’il possède à titre d’Indien sur la réserve » (p. 887). Dans *Union of New Brunswick Indians* et *God’s Lake*, la Cour a confirmé l’objet des exemptions tel que l’avaient décrit les arrêts *Mitchell* et *Williams*.

[24] Il est utile de faire deux remarques additionnelles.

[25] La première remarque est que l’application des dispositions relatives à l’exemption selon l’approche téléologique doit trouver sa source dans le texte de loi. Elle « ne permet pas [. . .] à une cour de justice de faire abstraction des termes de la Loi » et la cour ne peut « autrement contourner l’intention de la législature » exprimée dans ces termes : *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 371. Comme la professeure Sullivan l’a souligné judicieusement, même lorsque les objectifs généraux de la loi sont clairs, [TRADUCTION] « il ne s’ensuit pas que la poursuite inconditionnelle de ces objectifs donnera effet à l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 297; voir également *Nowegijick*, p. 34. Une analyse téléologique doit guider l’évaluation des facteurs

the meaning of the text and its broad, underlying purpose.

[26] The second and related point concerns the expression “Indian *qua* Indian”. In both *Mitchell* and *Williams*, the Court referred to the purpose of the exemption as protecting property which Indians hold *qua* Indians: *Mitchell*, at p. 131; *Williams*, at p. 887. In some of the subsequent jurisprudence, this has been taken as a basis for importing into the s. 87 analysis the question of whether the income in question benefits the traditional Native way of life. For example, in *Canada v. Folster*, [1997] 3 F.C. 269, the Federal Court of Appeal attributed the significance of this factor to La Forest J. in *Mitchell*, observing that he had “characterized the purpose of the tax exemption provision as, in essence, an effort to preserve the traditional way of life in Indian communities by protecting property held by Indians *qua* Indians on a reserve” (para. 14). In *Recalma*, the Federal Court of Appeal identified as a relevant consideration the question of whether the investment income benefits the traditional Native way of life (para. 11). This factor has been relied on in cases in the Tax Court and the Federal Court of Appeal since *Recalma*: see, e.g., *Lewin v. The Queen*, 2001 D.T.C. 479 (T.C.C.), at paras. 36 and 63-64.

[27] The reference to rights of an “Indian *qua* Indian” in *Mitchell*, which was repeated in *Williams*, and the linking of the tax exemption to the traditional way of life have been criticized: C. MacIntosh, “From Judging Culture to Taxing ‘Indians’: Tracing the Legal Discourse of the ‘Indian Mode of Life’” (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 399, at p. 425. However, I do not read either judgment as departing from a focus on the location of the property in question when applying the tax exemption. The exemption provisions must be read in light

de rattachement par le tribunal. Il faut cependant reconnaître qu’il n’existe pas toujours une correspondance parfaite entre la signification du texte et son objectif général sous-jacent.

[26] La deuxième remarque, qui est liée à la première, a trait à l’expression « Indien en tant qu’Indien » (ou « Indien à titre d’Indien »). Dans *Mitchell* et *Williams*, la Cour a mentionné que l’exemption avait pour objet de préserver les biens détenus par les Indiens en tant qu’Indiens : *Mitchell*, p. 131; *Williams*, p. 887. Dans certaines décisions ultérieures, cette affirmation a servi de fondement à l’incorporation, dans l’analyse fondée sur l’art. 87, de la question de savoir si le revenu en cause a un effet bénéfique sur le mode de vie traditionnel des Autochtones. Par exemple, dans *Canada c. Folster*, [1997] 3 C.F. 269, la Cour d’appel fédérale a attribué l’importance de ce facteur au juge La Forest dans *Mitchell*, en soulignant qu’il « a qualifié l’objet de la disposition créant l’exemption d’impôt essentiellement d’effort pour préserver le mode de vie traditionnel des collectivités indiennes en protégeant les biens que les Indiens possèdent en tant qu’Indiens sur une réserve » (par. 14). Dans *Recalma*, la Cour d’appel fédérale a mentionné que la question de savoir si le revenu de placements avait un effet bénéfique sur le mode de vie traditionnel des Autochtones était un facteur pertinent (par. 11). Depuis *Recalma*, ce facteur a été invoqué devant la Cour de l’impôt et la Cour d’appel fédérale : voir, p. ex., *Lewin c. La Reine*, 2001 CanLII 502 (C.C.I.), par. 36 et 63-64.

[27] La mention, dans *Mitchell*, puis dans *Williams*, des droits d’un « Indien en tant qu’Indien » et le rattachement de l’exemption fiscale au mode de vie traditionnel ont été critiqués : C. MacIntosh, « From Judging Culture to Taxing ‘Indians’: Tracing the Legal Discourse of the ‘Indian Mode of Life’ » (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 399, p. 425. J’estime toutefois que ni l’une ni l’autre de ces décisions ne dévie d’une analyse axée sur l’emplacement du bien pour l’application de l’exemption fiscale. Les dispositions

of their purpose, but not, as Professor MacIntosh puts it, be “let loose from the moorings of their express language” (p. 425). A purposive interpretation goes too far if it substitutes for the inquiry into the location of the property mandated by the statute an assessment of what does or does not constitute an “Indian” way of life on a reserve. I do not read *Mitchell* or *Williams* as mandating that approach.

[28] In my respectful view, *Recalma* and some of the cases following it have gone too far in this direction. The exemption was rooted in the promises made to Indians that they would not be interfered with in their mode of life: see, e.g., R. H. Bartlett, “The Indian Act of Canada” (1977-1978), 27 *Buff. L. Rev.* 581, at pp. 612-13; *Mitchell*, at pp. 135-36. However, a purposive interpretation of the exemption does not require that the evolution of that way of life should be impeded. Rather, the comments in both *Mitchell* and *Williams* in relation to the protection of property which Indians hold *qua* Indians should be read in relation to the need to establish a connection between the property and the reserve such that it may be said that the property is situated there for the purposes of the *Indian Act*. While the relationship between the property and life on the reserve may in some cases be a factor tending to strengthen or weaken the connection between the property and the reserve, the availability of the exemption does not depend on whether the property is integral to the life of the reserve or to the preservation of the traditional Indian way of life. See M. O’Brien, “Income Tax, Investment Income, and the Indian Act: Getting Back on Track” (2002), 50 *Can. Tax J.* 1570, at pp. 1576 and 1588; B. Maclagan, “Section 87 of the Indian Act: Recent Developments in the Taxation of Investment Income” (2000), 48 *Can. Tax J.* 1503, at p. 1515; M. Marshall, “Business and Investment Income under Section 87 of the *Indian Act*: *Recalma v. Canada*” (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 528, at pp. 536-39; T. E. McDonnell, “Taxation of an Indian’s Investment Income” (2001), 49 *Can. Tax J.* 954, at pp. 957-58.

relatives à l’exemption doivent être interprétées en fonction de leur objet, mais elles ne peuvent pas, comme la professeure MacIntosh le fait remarquer, [TRADUCTION] « être désarrimées de leur libellé exprès » (p. 425). Une interprétation téléologique va trop loin si elle s’écarte de la détermination de l’emplacement du bien exigée par la loi, pour la remplacer par l’appréciation de ce qui constitue ou non un mode de vie « indien » sur une réserve. J’estime que ni l’arrêt *Mitchell* ni l’arrêt *Williams* ne commande cette démarche.

[28] À mon avis, *Recalma* et certains des jugements qui ont suivi sont allés trop loin dans ce sens. L’exemption trouve sa source dans les promesses faites aux Indiens que leur mode de vie ne serait pas perturbé : voir, p. ex., R. H. Bartlett, « The Indian Act of Canada » (1977-1978), 27 *Buff. L. Rev.* 581, p. 612-613; *Mitchell*, p. 135-136. Toutefois, une interprétation téléologique de l’exemption n’exige pas que l’on freine l’évolution de ce mode de vie. Les observations formulées dans *Mitchell* et *Williams* relativement à la protection des biens que les Indiens possèdent en tant qu’Indiens doivent être plutôt interprétées en fonction de la nécessité d’établir un lien entre le bien et la réserve de telle sorte que l’on puisse affirmer que le bien est situé sur la réserve pour l’application de la *Loi sur les Indiens*. Bien que la relation entre le bien et la vie sur la réserve puisse, dans certains cas, être un facteur qui tend à renforcer ou à affaiblir le lien entre le bien et la réserve, l’application de l’exemption ne dépend pas de la question de savoir si le bien fait partie intégrante de la vie sur la réserve ou de la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Voir M. O’Brien, « Income Tax, Investment Income, and the Indian Act : Getting Back on Track » (2002), 50 *Rev. fisc. can.* 1570, p. 1576 et 1588; B. Maclagan, « Section 87 of the Indian Act : Recent Developments in the Taxation of Investment Income » (2000), 48 *Rev. fisc. can.* 1503, p. 1515; M. Marshall, « Business and Investment Income under Section 87 of the *Indian Act* : *Recalma v. Canada* » (1998), 77 *R. du B. can.* 528, p. 536-539; T. E. McDonnell, « Taxation of an Indian’s Investment Income » (2001), 49 *Rev. fisc. can.* 954, p. 957-958.

[29] Sharlow J.A. in *Sero* acknowledged that this aspect of *Recalma* may be open to criticism, adding that:

[I]t is not clear to me whether, in determining the *situs* of investment income for purposes of section 87 of the *Indian Act*, it is relevant to consider the extent to which investment income benefits the “traditional Native way of life”. This seems to me a difficult test to apply, since it is at least arguable that the “traditional Native way of life” has little or nothing to do with reserves. [para. 25]

[30] I agree with these comments. Section 87 protects the personal property of Indians which is situated on a reserve from taxation. In determining the location of personal property for the purpose of s. 87, there is no requirement that the personal property be integral to the life of the reserve, or that it must, in order to be exempted from taxation, benefit what the court takes to be the traditional Indian way of life.

(ii) The Type of Property

[31] This factor examines the nature of the property in question. The property in issue here is investment income derived from term deposits. As noted, the parties agree that Mr. Bastien’s investment income is “personal property” (“*biens meubles*”) within the meaning of the s. 87 exemption. However, for the purposes of considering what weight to ascribe to various potentially relevant connecting factors, the nature of the term deposits needs to be considered in more detail.

[32] A term deposit is a basic investment vehicle evidenced by a certificate of deposit. Generally, the investor lends money to a financial institution on condition that he or she can only withdraw the money after the term has ended or forego some or all of the interest if the funds are withdrawn before the end of the term. In return, the financial institution pays a predetermined rate of interest to the investor. Term deposits are similar to savings accounts in that the investor, like the account holder, is a creditor of the financial institution. The investor, as the holder of a certificate of deposit, is not a participant in the equity markets but rather

[29] Dans *Sero*, la juge Sharlow a reconnu que cet aspect de *Recalma* peut prêter le flanc à la critique. Elle a ajouté ce qui suit :

[I]l ne me semble pas clair que, lorsque l’on détermine le *situs* d’un revenu de placement aux fins de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens*, il soit pertinent d’examiner dans quelle mesure le revenu de placement est bénéfique pour le « mode traditionnel de vie des Indiens ». Ce critère m’apparaît difficile d’application car il est permis de croire que le « mode traditionnel de vie des Indiens » a peu ou rien à voir avec les réserves. [par. 25]

[30] Ces commentaires sont justes. L’article 87 protège contre la taxation les biens meubles des Indiens qui sont situés sur une réserve. Lorsqu’on détermine l’emplacement de biens meubles pour l’application de l’art. 87, il n’est pas nécessaire que les biens meubles fassent partie intégrante de la vie de la réserve ni qu’ils soient bénéfiques pour le mode traditionnel de vie des Indiens pour être exemptés de taxation.

(ii) Le genre de bien

[31] Ce facteur touche la nature du bien en cause. En l’espèce, il s’agit d’un revenu de placements tiré de dépôts à terme. Rappelons que les parties conviennent que le revenu de placements de M. Bastien est un « bien meuble » (« *personal property* ») visé par l’exemption prévue à l’art. 87. Toutefois, pour déterminer quel poids accorder aux différents facteurs de rattachement potentiellement pertinents, un examen plus approfondi de la nature des dépôts à terme s’impose.

[32] Un dépôt à terme est un véhicule de placement de base dont l’existence est attestée par un certificat de dépôt. Règle générale, l’investisseur prête une somme d’argent à une institution financière et ne peut la retirer qu’à la date d’échéance du certificat ou doit renoncer à une partie ou à l’ensemble des intérêts s’il retire les fonds avant cette date. Pour sa part, l’institution financière verse à l’investisseur un taux d’intérêt préétabli. Les dépôts à terme sont semblables à des comptes d’épargne, car l’investisseur est créancier de l’institution financière, au même titre que le titulaire d’un compte d’épargne. Comme détenteur d’un certificat de



is simply entitled to be paid the agreed-upon rate of interest over the agreed-upon period of time in addition to having the capital returned at the end of that period. See N. L'Heureux, É. Fortin and M. Lacoursière, *Droit bancaire* (4th ed. 2004), at p. 408.

[33] The term deposits in issue here were “deposits of money” within the meaning of the Quebec *Deposit Insurance Act*, R.S.Q., c. A-26, and the *Regulation respecting the application of the Deposit Insurance Act*, (1993) 125 G.O.Q. II, 3333, r. 1. However, the Regulation excludes from the definition of “deposit of money” funds used to acquire shares in the capital stock of a savings and credit union or shares of a mutual fund (s. 1). This exclusion underlines the point that the holder of the certificate is not participating in the equity markets.

[34] To sum up, this investment income is, for the purposes of s. 87 of the *Indian Act*, personal property. The contract provides for a right to a sum of money payable under certain conditions.

### (iii) Nature of Taxation

[35] But for the exemption, Mr. Bastien's interest income earned from term deposits would be included in his income for income tax purposes. I will explain briefly.

[36] Interest income, for taxation purposes, can be income from a business or from property. G. Lord et al. explain the difference:

[TRANSLATION] Thus, income from property is income earned from one or more pieces of property, as opposed to business income, which must come from an activity related to a profession, calling, trade or manufacture.

(G. Lord et al., *Les principes de l'imposition au Canada* (13th ed. 2002), at p. 154)

[37] As Mr. Bastien's interest income was not part of his business activities, it was income from

dépôt, l'investisseur ne participe pas au marché des actions; il a simplement droit au versement des intérêts, au taux convenu, pendant la période convenue, et au remboursement de son capital à la fin de cette période. Voir N. L'Heureux, É. Fortin et M. Lacoursière, *Droit bancaire* (4<sup>e</sup> éd. 2004), p. 408.

[33] Les dépôts à terme en cause étaient des « dépôts d'argent » au sens de la *Loi sur l'assurance-dépôts* du Québec, L.R.Q., ch. A-26, et du *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-dépôts*, (1993) 125 G.O.Q. II, 4243, r. 1. Toutefois, le Règlement exclut de la définition d'un « dépôt d'argent » les fonds ayant servi à l'acquisition de parts du capital-actions d'une coopérative d'épargne et de crédit ou à l'acquisition de parts d'un fonds d'investissement (art. 1). Cette exclusion fait ressortir le fait que le détenteur du certificat ne participe pas au marché des actions.

[34] En résumé, le revenu de placements en cause ici constitue un bien meuble pour l'application de l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*. Le contrat prévoit un droit à une somme d'argent payable à certaines conditions.

### (iii) La nature de l'imposition

[35] Si ce n'était de l'exemption, le revenu en intérêts que M. Bastien a tiré de ses dépôts à terme serait inclus dans son revenu pour le calcul de l'impôt sur le revenu. J'explique brièvement de quoi il s'agit.

[36] D'un point de vue fiscal, un revenu en intérêts peut être tiré d'une entreprise ou d'un bien. G. Lord et autres expliquent ainsi la différence entre les deux :

Ainsi, le revenu de biens est le revenu généré par un ou plusieurs biens par opposition au revenu d'entreprise qui suppose une activité reliée à l'exercice d'une profession, d'un métier, d'un commerce ou d'une industrie.

(G. Lord et autres, *Les principes de l'imposition au Canada* (13<sup>e</sup> éd. 2002), p. 154)

[37] Comme le revenu en intérêts de M. Bastien ne faisait pas partie de ses activités commerciales,

property. The *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), defines “property” as “property of any kind”, including “a right of any kind” and, “unless a contrary intention is evident, money”: s. 248(1). From the point of view of income taxation, Mr. Bastien exchanged property (the principal sum) for the right to recover the debt (the term deposit) at a later fixed time in order to obtain a sum of money (interest). Income from property must be added to the taxpayer’s yearly income pursuant to ss. 3, 9 and 12(1)(c) of the *Income Tax Act*. I do not think that the fact that tax is payable on accrual rather than payment is relevant to the determination of where the investment income is situated.

(iv) Connecting Factors

[38] *Williams* requires the court to identify the connecting factors for the type of property in question: p. 892. Gonthier J. identified several potentially relevant connecting factors including: “the residence of the debtor, the residence of the person receiving the benefits, the place the benefits are paid, and the location of the employment income which gave rise to the qualification for the benefits”: p. 893. While it is instructive to review the various connecting factors considered in that case, one must bear in mind that the factors relevant to the receipt of unemployment insurance benefits which were in issue there are not necessarily those relevant to receipt of interest income. The type of property is important in identifying the relevant connecting factors.

[39] Gonthier J. turned first to the “traditional test” (p. 893), the residence of the debtor, which had been applied in *Nowegijick*, at p. 34. However, given that the debtor in *Williams* was the federal Crown and that there were special considerations in determining the location of the Crown, he concluded that the residence of the debtor was a factor entitled to limited weight in the context of unemployment insurance benefits: p. 894. For the same reasons, he found that the place of payment

il constituait un revenu tiré d’un bien. Pour l’application de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), le terme « biens » désigne des « biens de toute nature », y compris les « droits de quelque nature qu’ils soient » et, « à moins d’une intention contraire évidente, l’argent » : par. 248(1). Du point de vue de l’impôt sur le revenu, M. Bastien a échangé des biens (le principal) contre le droit de recouvrer sa créance (le dépôt à terme) à une date ultérieure précise, dans le but d’obtenir une somme d’argent (les intérêts). Par application des art. 3 et 9 et de l’al. 12(1)(c) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le revenu tiré d’un bien doit être ajouté au revenu annuel du contribuable. Je ne crois pas que le fait que l’impôt est payable sur les intérêts courus plutôt que sur les intérêts payés soit pertinent pour déterminer l’emplacement du revenu de placements.

(iv) Les facteurs de rattachement

[38] L’arrêt *Williams* exige que le tribunal détermine quels facteurs de rattachement sont pertinents relativement au genre de biens en cause : p. 892. Le juge Gonthier a relevé plusieurs facteurs de rattachement potentiellement pertinents, notamment : « la résidence du débiteur, la résidence de la personne qui reçoit les prestations, l’endroit où celles-ci sont versées et l’emplacement du revenu d’emploi ayant donné droit aux prestations » : p. 893. Bien qu’il soit utile d’examiner les divers facteurs de rattachement mentionnés dans cette décision, il faut se rappeler que les facteurs pertinents quant à la réception des prestations d’assurance-chômage alors en cause ne sont pas nécessairement les mêmes dans le cas d’un revenu en intérêts. Le genre de bien est important quand il s’agit de déterminer quels facteurs de rattachement sont pertinents.

[39] Le juge Gonthier a d’abord examiné, à la p. 893, le « critère traditionnel » de la résidence du débiteur, qui avait été appliqué dans *Nowegijick*, à la p. 34. Toutefois, étant donné que le débiteur dans l’affaire *Williams* était la Couronne fédérale et que des considérations spéciales entraient en jeu pour la détermination de l’emplacement de la Couronne, il a conclu que la résidence du débiteur était un facteur auquel il fallait accorder une importance limitée dans le contexte de prestations d’assurance-chômage : p. 894.

was also of limited weight. Other potentially relevant factors considered were the residence of the recipient and where the employment income, which was the basis of the qualification for the benefits paid, had been earned: p. 894. Noting that unemployment insurance benefits are based on premiums arising out of previous employment, Gonthier J. observed that “the connection between the previous employment and the benefits is a strong one” (p. 896). He thought that the tax treatment of premiums and benefits reinforced the strength of this connection: p. 896. Given the strength of this connecting factor, Gonthier J. concluded that the place of residence of the recipient at the time of receipt would only be significant if it pointed to a location different from that of the qualifying employment. Importantly, he also concluded that given the many links between the employment income and the reserve, the employment income giving rise to the benefits was clearly on the reserve on any test: “[t]he employer was located on the reserve, the work was performed on the reserve, the appellant resided on the reserve and he was paid on the reserve” (p. 897). Gonthier J. was also careful to note that he was not attempting to develop a test for the *situs* of the receipt of employment income or to determine the relevance to the analysis of the benefit recipient’s place of residence at the time of receipt: pp. 897-98.

[40] Gonthier J. rejected resolving the location of the unemployment insurance benefits by simply applying conflict of laws principles about the location of a debt. He noted that the purposes of conflict of laws principles have little or nothing in common with the purpose underlying the *Indian Act* tax exemption and that the location of property for tax exemption purposes should be considered according to the purposes of the *Indian Act*, not the purposes of the conflict of laws: p. 891. However, as Gonthier J. acknowledged and later cases have confirmed, this does not make irrelevant for *Indian Act* purposes the whole body of existing law about

Pour les mêmes motifs, il a conclu que l’endroit où les prestations étaient versées avait également une importance limitée. D’autres facteurs potentiellement pertinents ont été examinés, dont la résidence de la personne qui recevait les prestations et l’endroit où le revenu d’emploi ayant donné droit aux prestations avait été gagné : p. 894. Soulignant que les prestations d’assurance-chômage sont fonction des cotisations découlant de l’emploi antérieur, le juge Gonthier a affirmé qu’il « y a un lien étroit entre l’emploi antérieur et les prestations » (p. 896). Selon lui, la façon dont les cotisations et les prestations d’assurance-chômage étaient traitées sur le plan fiscal renforçait davantage ce lien : p. 896. Compte tenu de l’importance de ce facteur de rattachement, le juge Gonthier a conclu que le lieu de la résidence de la personne qui recevait les prestations au moment de leur réception ne pouvait avoir d’importance que s’il indiquait un emplacement différent de celui de l’emploi qui l’avait rendue admissible aux prestations. Fait important, il a également conclu que, compte tenu des nombreux liens entre le revenu d’emploi et la réserve, le revenu d’emploi ayant donné droit aux prestations était clairement situé sur la réserve, quel que soit le critère appliqué : « [l]’employeur était situé sur la réserve, le travail a été accompli sur la réserve, l’appelant habitait la réserve et c’est sur la réserve qu’il a été payé » (p. 897). Le juge Gonthier a également pris soin de souligner qu’il ne tentait pas de définir un critère pour déterminer l’emplacement de la réception d’un revenu d’emploi, ni de déterminer la pertinence, pour les besoins de l’analyse, du lieu de la résidence de la personne qui reçoit les prestations au moment de leur réception : p. 897-898.

[40] Le juge Gonthier a rejeté l’idée que l’emplacement des prestations d’assurance-chômage puisse être déterminé simplement par l’application des principes du droit international privé utilisés pour déterminer l’emplacement d’une dette. Il a souligné que l’objet du droit international privé n’a que peu sinon rien en commun avec celui qui sous-tend l’exemption établie par la *Loi sur les Indiens* et que l’emplacement du bien pour l’application de l’exemption fiscale doit être déterminé en fonction des objets de la *Loi sur les Indiens* et non de ceux du droit international privé : p. 891. Toutefois, comme le juge Gonthier l’a reconnu et la jurisprudence ultérieure l’a confirmé,

the location of various types of property. While Gonthier J. in *Williams* declined to adopt the residence of the debtor as the governing factor simply because that is the applicable conflict of laws rule, he noted that it may remain an important connecting factor, or even an exclusive one, provided that the weight assigned to it is determined in light of the purpose of the *Indian Act* tax exemption, the type of property and the nature of the taxation in issue.

[41] Other cases illustrate the ongoing relevance to the *Indian Act* tax exemption of general legal principles about the location of property. In *Union of New Brunswick Indians*, the question was whether Indians living in New Brunswick were exempt from sales tax on purchases, made off the reserve, of goods to be used on the reserve. A majority of the Court applied the rule that tax is paid at the point of sale and concluded that the tax was not in respect of property situated on a reserve. Similarly in *God's Lake*, in the context of interpreting the exemption from seizure of property situated on a reserve, the Court applied traditional common law principles and statutory provisions to determine that funds in an off-reserve bank account were not situated on the reserve. The Court was careful to distinguish taxation transactions where the location is objectively difficult to determine from cases in which the issue is simply where a potentially exigible asset is located: para. 18. However, it is important to note that the rule about the location of a bank account is not a conflict of laws principle, but a generally applicable legal rule which, in that case, was included in a statute. Of course, a different legal test is used to determine the location of a bank account for the purposes of protection from seizure and the location of a transaction, such as the payment of interest, for the purposes of taxation. However, it would be hard to justify the conclusion, for example, that a bank account was situated on a reserve for the purposes of exemption from seizure but that a contractual obligation entered into on the reserve to pay interest there on that same account was not

cela ne signifie pas que l'ensemble des règles de droit existantes concernant l'emplacement de différents genres de biens n'a aucune pertinence pour l'application de la *Loi sur les Indiens*. Bien que, dans *Williams*, le juge Gonthier ait refusé de considérer la résidence du débiteur comme facteur déterminant pour l'unique raison que telle est la règle applicable en droit international privé, il a souligné qu'elle peut demeurer un facteur de rattachement important, voire le seul facteur, pourvu que le poids qu'on lui accorde soit déterminé en fonction de l'objet de l'exemption établie par la *Loi sur les Indiens*, du genre de bien et de la nature de l'imposition en cause.

[41] D'autres arrêts illustrent la pertinence constante, quant à l'exemption fiscale établie par la *Loi sur les Indiens*, des principes de droit généraux concernant l'emplacement des biens. Dans *Union of New Brunswick Indians*, il s'agissait de déterminer si des Indiens vivant au Nouveau-Brunswick devaient acquitter la taxe sur les ventes provinciale à l'égard de biens achetés à l'extérieur de la réserve pour consommation à l'intérieur de la réserve. La Cour, à la majorité, a appliqué la règle voulant que la taxe soit payée au point de vente et elle a conclu que la taxe n'était pas perçue à l'égard d'un bien situé sur une réserve. De même, dans *God's Lake*, dans le contexte de l'interprétation de l'insaisissabilité des biens situés sur une réserve, la Cour a appliqué les principes traditionnels de common law et des dispositions législatives pour conclure que des fonds déposés dans un compte bancaire hors réserve n'étaient pas situés sur la réserve. La Cour a pris soin de distinguer le cas des opérations fiscales où l'emplacement est difficile à déterminer objectivement des cas où il s'agit simplement de déterminer où est situé un bien potentiellement exigible : par. 18. Toutefois, il est important de souligner que la règle relative à l'emplacement d'un compte bancaire n'est pas un principe de droit international privé, mais une règle de droit d'application générale qui, dans cette affaire, était incorporée dans une loi. Évidemment, le critère juridique servant à déterminer l'emplacement d'un compte bancaire pour l'application de la protection contre les saisies diffère de celui servant à déterminer le lieu d'une opération, comme le versement d'intérêts, aux fins d'imposition. Il serait néanmoins difficile de justifier, par exemple, la conclusion qu'un compte

on the reserve for the purposes of exemption from taxation.

[42] These cases underline the point that general legal rules about the location of property are relevant for the purposes of the *Indian Act*. Thus, provisions and jurisprudence relating to the location of income may prove helpful in deciding whether income is located on a reserve: see O'Brien, at pp. 1589-91. While these rules cannot be imported from one context into another without due consideration, they ought to be considered and given appropriate weight in light of the purpose of the exemption, the type of property and the nature of the taxation in issue.

(v) Applying the Williams Analysis to Mr. Bastien's Interest Income

[43] In my view, the connecting factors identified in *Williams* are potentially relevant here. When they are considered and weighed in light of the purpose of the exemption, the type of property and the nature of the taxation of that property, all point to the reserve as the location of the interest income in this case.

[44] I turn first to the location of the debtor, a factor traditionally relied on to determine the location of the obligation to pay. Here the debtor is the Caisse whose head office and only place of business as well as its only fixed asset is located on the Wendake Reserve. The income — interest agreed to be paid by the Caisse to Mr. Bastien — arises from a contractual obligation between the taxpayer and the Caisse which was entered into on the reserve. By virtue of the contract, the income was to be paid (and was paid) by the Caisse by depositing it into the taxpayer's account on the reserve: see art. 1566 of the *Civil Code of Québec*. Thus, the location of the debtor and the place where payment must be made are clearly on the reserve. Unlike the situation facing the Court in *Williams*, where reliance on the location of the debtor involved the

bancaire est situé sur une réserve pour l'application de la protection contre les saisies, mais qu'une obligation contractuelle, ayant pris naissance sur la réserve, de payer des intérêts sur la réserve sur ce même compte bancaire n'est pas située sur la réserve pour l'application de l'exemption fiscale.

[42] Ces arrêts attestent la pertinence, pour l'application de la *Loi sur les Indiens*, des règles de droit générales concernant l'emplacement d'un bien. Par conséquent, les dispositions législatives et la jurisprudence relatives à l'emplacement d'un revenu peuvent s'avérer utiles pour décider s'il est situé sur une réserve : voir O'Brien, p. 1589-1591. Bien que ces règles ne puissent pas être transposées machinalement d'un contexte à un autre, elles doivent être prises en compte et se voir accorder le poids qu'elles méritent, compte tenu de l'objet de l'exemption, du genre de bien et de la nature de l'imposition en cause.

(v) Application de l'analyse décrite dans Williams au revenu en intérêts de M. Bastien

[43] J'estime que les facteurs de rattachement relevés dans *Williams* sont potentiellement pertinents en l'espèce. Examinés et appréciés en fonction de l'objet de l'exemption, du genre de bien et de la nature de l'imposition du bien, tous ces facteurs indiquent que le revenu en intérêts en l'espèce est situé sur la réserve.

[44] J'examinerai d'abord la question de l'emplacement du débiteur, un facteur traditionnellement pris en compte pour déterminer l'emplacement de l'obligation de payer. En l'espèce, le débiteur est la Caisse dont le siège social, le seul établissement et le seul bien immobilisé corporel sont situés sur la réserve de Wendake. Le revenu — les intérêts que la Caisse a convenu de verser à M. Bastien — découle d'une obligation contractuelle entre le contribuable et la Caisse en vertu d'un contrat conclu sur la réserve. Selon celui-ci, le revenu devait être versé (et était versé) par la Caisse sous forme de dépôts dans le compte détenu par le contribuable sur la réserve : voir art. 1566 du *Code civil du Québec*. Par conséquent, l'emplacement du débiteur et le lieu où le paiement doit être fait sont manifestement situés sur la réserve. Contrairement

complex question of the location of the federal Crown, there is no such complication here. The Caisse's only place of business is on the reserve and its obligation, both under the contract and the *Civil Code*, was to pay on the reserve. As noted earlier, the Court in *God's Lake* applied generally applicable legal rules about the location of a bank account for the purposes of the exemption from seizure and while the fact that it applied these rules is not dispositive of the question of the location of the interest income in issue here, it tends to reinforce the conclusion that the interest income is located on the reserve in this case. While the provisions relied on by the Court in *God's Lake* do not apply here because they relate to banks and not to caisses populaires, both the contract between the parties and the provisions of art. 1566 of the *Civil Code* provide that payment of the interest income is to be made on the reserve.

[45] Having regard to the purpose of the exemption, the type of property and the nature of the taxation of that property, the connecting factors of the location of the debtor, the place where the legal obligation to pay must be performed and the location of the term deposits giving rise to the income should in my view be given significant weight in the circumstances of this case. As noted, the property flows from a contractual obligation which, both under the contract and the terms of the *Civil Code* (art. 1566), is to be performed on the reserve. The deposits themselves and the account into which the interest on them is paid are on the reserve. The debtor's only place of business is on the reserve. Thus, the type of property supports the view that the connecting factors of the place of contracting, the place of performance and the residence of the debtor should weigh heavily in attributing a location to the interest income. The nature of the taxation — the income is income from property — reinforces this view. And so does the purpose of the exemption, which is to preserve Indian property on a reserve.

à l'affaire *Williams*, où la prise en compte de l'emplacement du débiteur impliquait la question complexe de l'emplacement de la Couronne fédérale, la présente affaire ne comporte pas de complication semblable. Le seul établissement de la Caisse est situé sur la réserve et son obligation, en vertu tant du contrat que du *Code civil*, consistait à faire un paiement sur la réserve. Comme je l'ai déjà souligné, dans *God's Lake*, la Cour a utilisé des règles de droit d'application générale relatives à l'emplacement d'un compte bancaire pour les besoins de la protection contre les saisies et, bien que leur utilisation dans cette affaire ne règle pas la question de l'emplacement du revenu en intérêts en cause maintenant, elle tend à renforcer la conclusion qu'en l'espèce le revenu en intérêts est situé sur la réserve. Même si les dispositions sur lesquelles repose la décision de la Cour dans *God's Lake* ne s'appliquent pas en l'espèce parce qu'elles ont trait aux banques et non aux caisses populaires, tant le contrat conclu entre les parties que l'art. 1566 du *Code civil* prévoient que le versement du revenu en intérêts doit être effectué sur la réserve.

[45] Vu l'objet de l'exemption, le genre de bien et la nature de l'imposition du bien, les facteurs de rattachement de l'emplacement du débiteur, du lieu où l'obligation juridique de payer doit être exécutée et de l'emplacement des dépôts à terme générant le revenu devraient, à mon avis, se voir accorder un poids important dans les circonstances. On sait déjà que le bien résulte d'une obligation contractuelle qui, en vertu tant du contrat que des dispositions du *Code civil* (art. 1566), doit être exécutée sur la réserve. Les dépôts mêmes et le compte dans lequel les intérêts sur les dépôts sont versés sont situés sur la réserve. Le seul établissement du débiteur est situé sur la réserve. Par conséquent, le genre de bien justifie qu'on accorde un poids important aux facteurs de rattachement du lieu de la conclusion du contrat, du lieu de l'exécution du contrat et de la résidence du débiteur pour déterminer où est situé le revenu en intérêts. La nature de l'imposition — le revenu est un revenu tiré d'un bien — renforce ce point de vue. Il en va de même de l'objet de l'exemption, qui est de protéger les biens des Indiens situés sur une réserve.

[46] The analysis must also take account of other potentially relevant connecting factors. Here, those factors reinforce rather than detract from the conclusion that the interest income is property situated on the reserve.

[47] Consider the residence of the payee, Mr. Bastien. That of course was on the reserve. As for the source of the capital which was invested to produce the interest income, it too was earned on the reserve. There is some parallel with *Williams* in this regard. In *Williams*, the employment income which gave rise to the entitlement to unemployment insurance benefits had been earned on the reserve. Gonthier J. noted that the connection between the benefits and the qualifying employment was strong because the benefits are based on premiums arising from the previous employment: p. 896. In this case, while the interest income was derived from the loan to the Caisse, it was Mr. Bastien's business income, generated on the reserve and not assessed by the Minister, which produced the capital which in turn was invested to produce that income. These other potentially relevant connecting factors do not point to any other location than the reserve and tend to strengthen rather than undermine the connection between the investment income and the reserve.

[48] The Tax Court and the Federal Court of Appeal attached great weight to the fact that the Caisse's income-generating activities were in general commercial markets off the reserve. While that factor may have weight with respect to other types of investments, it has been given significantly too much weight with respect to the term deposits in issue here. I agree with the following comments by Maclagan, at pp. 1516-17:

In the case of a fixed-income security, there is legally no further income-generating activity of anyone that needs to take place beyond that which takes place when a taxpayer purchases the securities. . . . The mere step of acquiring a fixed-income investment generates the right to receive a certain fixed amount of income. The income-generating activity that matters is the generation of the original capital and the acquisition of the

[46] L'analyse doit également tenir compte d'autres facteurs de rattachement potentiellement pertinents. En l'espèce, ces facteurs renforcent, plutôt que de la contredire, la conclusion que le revenu en intérêts est un bien situé sur une réserve.

[47] Prenons la résidence de M. Bastien, la personne qui a reçu le paiement. Elle était évidemment située sur la réserve. En ce qui concerne le capital qui a été investi en vue de produire les revenus en intérêts, il a aussi été gagné sur la réserve. À cet égard, on peut établir un parallèle avec l'affaire *Williams*. Dans *Williams*, le revenu d'emploi qui a donné droit aux prestations d'assurance-chômage avait été gagné sur la réserve. Le juge Gonthier a souligné qu'il existait un lien étroit entre les prestations et l'emploi y ayant donné droit, parce que les prestations étaient fonction des cotisations découlant de l'emploi antérieur : p. 896. En l'espèce, bien que le revenu en intérêts ait été tiré du prêt à la Caisse, ce sont les revenus d'entreprise de M. Bastien, qui ont été générés sur la réserve et à l'égard desquels le ministre n'a pas établi d'avis de cotisation, qui ont produit le capital investi pour produire ce revenu. Ces autres facteurs de rattachement potentiellement pertinents ne jouent pas en faveur d'un autre emplacement que la réserve et tendent à renforcer, plutôt qu'à affaiblir, le lien entre le revenu en intérêts et la réserve.

[48] La Cour de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont accordé une grande importance au fait que les activités génératrices de revenus de la Caisse se situaient en général sur les marchés commerciaux hors réserve. Bien que ce facteur puisse avoir de l'importance relativement à d'autres types de placements, on lui a accordé beaucoup trop d'importance en ce qui concerne les dépôts à terme en cause ici. Je fais miens les commentaires suivants, formulés par Maclagan, aux p. 1516-1517 :

[TRADUCTION] Dans le cas d'un titre à revenu fixe, sur le plan du droit, aucune activité génératrice de revenus n'est requise de qui que ce soit, hormis celle qui a lieu lorsqu'un contribuable achète les titres. [. . .] La simple acquisition d'un placement à rendement fixe génère le droit de recevoir un certain revenu fixe. L'activité génératrice de revenus qui importe est la production du capital initial et l'acquisition des valeurs. Évidemment,

securities. Of course, the issuer has to pay the income to the investor, but this might be paid out of capital, other borrowings, or unrelated earnings . . . [Emphasis added.]

[49] The general legal principles concerning privity of contract reinforce this view. The majority of the Court in *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915, at para. 31, noted that the *Income Tax Act* does not operate in a vacuum but rather relies implicitly on the general law, especially the law of contract and property. The same, in my view, may be said of the exemption provisions in the *Indian Act*.

[50] I turn therefore to the general law relating to privity of contract. The rule is set out in art. 1440 of the *Civil Code of Québec* which provides:

**1440.** A contract has effect only between the contracting parties; it does not affect third persons, except where provided by law.

[51] Mr. Bastien made a simple loan to the on-reserve Caisse. The Caisse's income-producing actions and contracts after Mr. Bastien invested in term deposits cannot be deemed his own and do not diminish the many and clear connections between his interest income and the reserve. Consequently, the potentially relevant factor of the location of the issuer's income-generating activities is of no importance in this case.

[52] In my respectful view, the *Recalma* line of cases has sometimes wrongly elevated the "commercial mainstream" consideration to one of determinant weight. More precisely, several decisions have looked to whether the debtor's economic activity was in the commercial mainstream even though the investment income payable to the Indian taxpayer was not. This consideration must be applied with care lest it significantly undermine the exemption.

[53] The expression "commercial mainstream" was used in *Mitchell*. In one context, the expression

l'émetteur doit verser le revenu à l'investisseur, mais ce paiement peut être fait par prélèvement sur le capital, au moyen d'autres emprunts ou avec des revenus indépendants . . . [Je souligne.]

[49] Les principes de droit généraux concernant la relativité des contrats renforcent ce point de vue. Dans *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915, au par. 31, la Cour, à la majorité, a précisé que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'applique pas en vase clos et qu'elle s'appuie implicitement sur le droit commun et, plus particulièrement, sur le droit des contrats et le droit des biens. Selon moi, il en va de même des dispositions relatives à l'exemption figurant dans la *Loi sur les Indiens*.

[50] Je vais donc examiner le droit commun concernant la relativité des contrats. La règle est énoncée comme suit à l'art. 1440 du *Code civil du Québec* :

**1440.** Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi.

[51] Monsieur Bastien a consenti un simple prêt à la Caisse située sur la réserve. Les actes et les contrats de la Caisse qui ont généré des revenus après que M. Bastien a investi dans des dépôts à terme ne peuvent être imputés à celui-ci et n'affaiblissent en rien les nombreux liens manifestes entre son revenu en intérêts et la réserve. Par conséquent, le facteur potentiellement pertinent de l'emplacement des activités génératrices de revenus de l'émetteur n'a aucune importance en l'espèce.

[52] Soit dit en toute déférence, les décisions rendues dans la foulée de l'arrêt *Recalma* ont parfois élevé à tort le facteur du « marché ordinaire » au rang de facteur déterminant. Plus précisément, dans plusieurs décisions, on s'est demandé si l'activité économique du débiteur se situait sur le marché ordinaire, même si le revenu de placements versé au contribuable indien ne l'était pas. Il faut appliquer ce facteur avec prudence, pour éviter qu'il n'amenuise sérieusement la portée de l'exemption.

[53] L'expression « marché commercial » a été utilisée dans *Mitchell*. À une occasion, elle l'a été



was used to emphasize the distinction between property that is held pursuant to treaty or agreement from property that is not. This distinction is important for the purposes of s. 90 of the *Indian Act*, which deems certain personal property to be on a reserve for the purposes of the tax exemptions. La Forest J.'s reasons in *Mitchell* distinguish between property that is deemed by s. 90 to be on a reserve — that is, property purchased with Indian funds or money appropriated by Parliament for the benefit of Indians, or property given to Indians under a treaty or agreement — from property otherwise acquired and therefore not deemed to be on the reserve. Thus, the expression “commercial mainstream” in this context was not a factor to identify the location of property, but a consideration to help identify property which, although actually located elsewhere, was deemed by s. 90 to be located on a reserve. La Forest J. explained (at p. 138):

When Indian bands enter the commercial mainstream, it is to be expected that they will have occasion, from time to time, to enter into purely commercial agreements with the provincial Crowns in the same way as with private interests. . . . Indians have a plenary entitlement to their treaty property; it is owed to them qua Indians. Personal property acquired by Indians in normal business dealings is clearly different; it is simply property anyone else might have acquired, and I can see no reason why in those circumstances Indians should not be treated in the same way as other people.

There can be no doubt, on a reading of s. 90(1)(b) [i.e. personal property given to Indians under a treaty or agreement], that it would not apply to any personal property that an Indian band might acquire in connection with an ordinary commercial agreement with a private concern. Property of that nature will only be protected once it can be established that it is situated on a reserve. Accordingly, any dealings in the commercial mainstream in property acquired in this manner will fall to be regulated by the laws of general application. [Emphasis added.]

(See also O'Brien, at p. 1576; D. K. Biberdorf, “Aboriginal Income and the ‘Economic Mainstream’”

afin de mettre l'accent sur la distinction entre un bien qui est détenu en vertu d'un traité ou d'un accord et un bien qui ne l'est pas. Cette distinction est importante pour l'application de l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*, en vertu duquel certains biens meubles sont réputés situés sur une réserve pour l'application des exemptions fiscales. Dans *Mitchell*, le juge La Forest fait une distinction entre un bien qui, suivant l'art. 90, est réputé situé sur une réserve — c'est-à-dire un bien soit acheté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage ou au profit d'Indiens, soit donné aux Indiens en vertu d'un traité ou accord — et un bien autrement acquis, qui n'est donc pas réputé situé sur une réserve. Par conséquent, l'expression « marché commercial », dans ce contexte, n'était pas un facteur qui a servi à déterminer l'emplacement d'un bien, mais un élément qui a aidé à déterminer si un bien, qui était en fait situé ailleurs, était réputé situé sur une réserve par application de l'art. 90. Le juge La Forest a déclaré ce qui suit (à la p. 138) :

Lorsque les bandes indiennes s'engagent dans le marché commercial, il faut s'attendre à ce qu'elles puissent parfois conclure des accords purement commerciaux avec les Couronnes provinciales de la même façon qu'avec des parties privées. [ . . . ] Les Indiens ont un droit absolu à ces biens; ils leur sont dus en tant qu'Indiens. La situation des biens personnels acquis par des Indiens au cours d'opérations commerciales ordinaires est nettement différente; il s'agit simplement de biens que toute autre personne aurait pu acquérir et je ne vois aucune raison pour laquelle dans ces circonstances les Indiens ne devraient pas être traités de la même façon que toute autre personne.

À la lecture de l'al. 90(1)(b) [biens meubles donnés aux Indiens en vertu d'un traité ou accord], il ne fait aucun doute que cette disposition ne s'appliquerait pas aux biens personnels qu'une bande indienne pourrait acquérir par suite d'un accord commercial ordinaire conclu avec un particulier. Les biens de cette nature ne seront protégés que lorsqu'il sera démontré qu'ils sont situés sur une réserve. Par conséquent, toute opération effectuée sur le marché commercial relativement aux biens acquis de cette façon sera régie par les lois d'application générale. [Je souligne.]

(Voir également : O'Brien, p. 1576; D. K. Biberdorf, « Aboriginal Income and the “Economic

in Canadian Tax Foundation, *Report of Proceedings of the Forty-Ninth Tax Conference* (1998), 25:1-25:23, at pp. 25:8-25:9; MacLagan, pp. 1507-8.)

[54] As I mentioned earlier, La Forest J. in *Mitchell* also noted that the purpose of the legislation is not to permit Indians to “acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens”: p. 131. However, he was clear that, even if an Indian acquired an asset through a purely commercial business agreement with a private concern, the exemption would nonetheless apply if the asset were situated on a reserve. As he emphasized, “[i]t must be remembered that the protections of ss. 87 and 89 will always apply to property situated on a reserve”: p. 139.

[55] The “commercial mainstream” was an important factor in the reasoning of the Federal Court of Appeal in *Folster*. Mrs. Folster challenged the assessment that her employment income was not tax exempt. She lived on a reserve and worked as a nurse in a hospital adjacent to the reserve which was funded by the federal government for the benefit of Indians. Most patients served were Aboriginal and the hospital had once been located on reserve, but had since been relocated. Linden J.A. held:

Where, therefore, an Aboriginal person chooses to enter Canada’s so-called “commercial mainstream”, there is no legislative basis for exempting that person from income tax on his or her employment income. Hence, the requirement that the personal property be “situated on a reserve”. The *situs* principle provides an internal limit to the scope of the tax exemption provision by tying eligibility for the exemption to Indian property connected with reserve land. Thus, as will be seen, where an Indian person’s employment duties are an integral part of a reserve, there is a legitimate basis for application of the tax exemption provision to the income derived from performance of those duties. [Emphasis added; para. 14.]

[56] This paragraph is problematic because it might be taken as setting up a false opposition

Mainstream” » dans l’Association canadienne d’études fiscales, *Report of Proceedings of the Forty-Ninth Tax Conference* (1998), 25:1-25:23, p. 25:8-25:9; MacLagan, p. 1507-1508.)

[54] On a vu que, dans *Mitchell*, le juge La Forest a également mentionné que l’objet de la loi n’est pas de permettre aux Indiens « d’acquérir, de posséder et d’aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens » : p. 131. Toutefois, il a affirmé clairement que, même si un Indien acquérait un bien dans le cadre d’un accord purement commercial conclu avec un particulier, l’exemption s’appliquerait quand même si le bien était situé sur une réserve. Comme l’a souligné le juge La Forest, « [i]l faut se rappeler que les protections des art. 87 et 89 s’appliqueront toujours aux biens situés sur une réserve » : p. 139.

[55] Le « marché ordinaire » était un facteur important dans le raisonnement de la Cour d’appel fédérale dans *Folster*. Madame Folster a contesté un avis de cotisation lui refusant l’exemption d’impôt pour son revenu d’emploi. Elle vivait dans une réserve et travaillait comme infirmière dans un hôpital situé sur un terrain adjacent à la réserve et financé par le gouvernement fédéral au profit des Indiens. La majorité des patients étaient des Autochtones et l’hôpital avait déjà été situé sur la réserve, mais avait été déménagé. Le juge Linden a conclu ce qui suit :

Par conséquent, lorsqu’un autochtone décide d’entrer sur ce qu’on appelle le « marché » canadien, il n’y a aucun texte législatif qui l’exempte du paiement d’un impôt sur son revenu d’emploi, d’où l’exigence voulant que le bien meuble soit « situé sur une réserve ». La règle du *situs* fixe une limite interne à la portée de la disposition créant l’exemption fiscale en rattachant l’admissibilité à l’exemption à un bien détenu par un Indien sur une réserve. Par conséquent, comme je l’explique plus loin, lorsque les fonctions de l’emploi d’un Indien font partie intégrante d’une réserve, il existe une raison légitime d’appliquer la disposition créant l’exemption d’impôt au revenu provenant de l’exercice de ces fonctions. [Je souligne; par. 14.]

[56] Ce paragraphe pose problème parce qu’il peut être interprété comme mettant en contraste, à

between “commercial mainstream” activities and activities on a reserve. Linden J.A. in *Folster* was alive to this danger when he observed that the use of the term “commercial mainstream” might “imply, incorrectly, that trade and commerce is somehow foreign to the First Nations” (para. 14, note 27). He was also careful to observe in *Recalma* that the “commercial mainstream” consideration was not a separate test for the determination of the *situs* of investment property, but an “aid” to be taken into consideration in the analysis of the question (para. 9). Notwithstanding this wise counsel, the “commercial mainstream” consideration has sometimes become a determinative test. So, for example, in *Southwind v. Canada* (1998), 156 D.L.R. (4th) 87 (F.C.A.), the court observed that the term “commercial mainstream”

seeks to differentiate those Native business activities that deal with people mainly off the Reserve, not on it. It seeks to isolate those business activities that benefit the individual Native rather than his community as a whole . . . [para. 14]

[57] Similarly, in *Lewin*, Tardif J. of the Tax Court made the following statement which was upheld by the Federal Court of Appeal:

Thus, the income of the reserve’s credit union was derived mainly from off-reserve economic activities, including mortgage loans, personal loans, investments with the Fédération des caisses populaires and purchases of municipal bonds.

If it had been a financial institution created solely for the purposes, concerns and needs of the Indians living on the reserve and if the bulk of its income had primarily been reinvested on the reserve to strengthen, develop and improve the social, cultural and economic well-being of the Indians living there, the situation could have been different. [paras. 35-36]

[58] Then in *Sero*, Sharlow J.A. wrote:

The Royal Bank operates in the “commercial mainstream”, to use the phrase from *Mitchell v. Peguis Indian Band*. The source of the interest income earned by Ms. Sero and Mr. Frazer is found in that commercial

tort, les activités du « marché ordinaire » et les activités sur une réserve. Dans *Folster*, le juge Linden était conscient de ce danger lorsqu’il a souligné que l’utilisation du terme « marché » semble « impliquer, à tort, que les échanges et le commerce sont d’une façon ou d’une autre étrangers aux Premières nations » (par. 14, note 27). Il a également pris soin de préciser, dans *Recalma*, que le facteur du « marché ordinaire » n’est pas un critère distinct servant à déterminer l’emplacement des placements, mais simplement un élément qui « aide » à l’analyse de cette question (par. 9). Malgré ce conseil judicieux, le facteur du « marché ordinaire » est parfois devenu un critère déterminant. Ainsi, dans *Southwind c. Canada*, 1998 CanLII 7300 (C.A.F.), la cour a souligné que le terme « commerce général »

visé à distinguer les activités commerciales des Autochtones qui traitent avec des personnes situées principalement à l’extérieur de la réserve, plutôt que sur la réserve. [II] a pour but d’isoler les activités commerciales dont profite un Autochtone en particulier plutôt que l’ensemble de sa communauté . . . [par. 14]

[57] De même, dans *Lewin*, le juge Tardif de la Cour de l’impôt a fait la déclaration suivante, à laquelle la Cour d’appel fédérale a souscrit :

Ainsi, les revenus de la Caisse populaire de la réserve étaient principalement constitués d’activités économiques extérieures à la réserve, tels que prêts hypothécaires hors réserve, prêts personnels hors réserve, placements auprès de la Fédération des caisses, achats d’obligations municipales, etc.

S’il s’était agi d’une institution financière constituée pour les seules fins, préoccupations et besoins des Indiens vivant sur le territoire de la réserve et dont l’essentiel des revenus avait été principalement réinvesti sur le territoire de la réserve pour consolider, développer et améliorer le mieux-être social, culturel et économique des Indiens résidant sur la réserve, il aurait pu en être autrement. [par. 35-36]

[58] Puis, dans *Sero*, la juge Sharlow a écrit ce qui suit :

La Banque Royale exerce ses activités sur le « marché commercial » pour reprendre l’expression retenue dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*. La source des revenus d’intérêt tirés par M<sup>me</sup> Sero et

mainstream, and not on a reserve. I can discern no relevant factual distinction between these cases and *Recalma* and *Lewin*. [para. 22]

[59] The same is true for the decision under appeal. The Tax Court judge concluded:

In the case at bar, it is true that the Reserve was the late Rolland Bastien's place of residence, the source of the capital, the location of the Caisse populaire, the place where the investment income, or a good part of it was used, the location of the investment vehicle, and the place where the investment income was paid. However, these are factors of lesser importance in determining the *situs* of investment income, as for that purpose the emphasis is mainly on the connection between the investment income and the reserve and the extent to which that income can be considered as being derived from an economic mainstream activity. [para. 37]

The Federal Court of Appeal upheld this conclusion (para. 39).

[60] I do not agree that the “commercial mainstream” factor should be given determinative weight in this case. The question is the location of Mr. Bastien's interest income. As I have discussed earlier, the question is not where the financial institution earns the profits to pay its contractual obligation to Mr. Bastien. Yet the focus of the “commercial mainstream” analysis in the courts below led them to concentrate the analysis on the Caisse's income-earning activities rather than on Mr. Bastien's. The exemption from taxation protects an Indian's personal property situated on a reserve. Therefore, where the investment vehicle is, as in this case, a contractual debt obligation, the focus should be on the investment activity of the Indian investor and not on that of the debtor financial institution: see McDonnell, at p. 957; Maclagan, at p. 1522; O'Brien, at pp. 1576 and 1580.

[61] When one focuses, as required by *Williams*, on the connecting factors relevant to the location of Mr. Bastien's interest income arising from

M. Frazer se trouve dans ce marché commercial et non pas sur une réserve. Je ne vois aucune raison d'établir une distinction factuelle entre ces affaires et les arrêts *Recalma* et *Lewin*. [par. 22]

[59] Il en va de même pour la décision à l'origine du présent pourvoi dans laquelle le juge de la Cour de l'impôt a tiré la conclusion suivante :

En l'espèce, il est vrai que la réserve était le lieu [de] résidence de feu Rolland Bastien, la source du capital, l'emplacement de la Caisse populaire, l'endroit où le revenu de placement, ou une bonne partie de celui-ci a été utilisé, l'emplacement du véhicule de placement, et l'endroit où le revenu de placement a été versé. Cependant, ce sont des facteurs de moindre importance dans la détermination du *situs* d'un revenu de placement où l'accent est mis principalement sur le lien du revenu de placement avec la réserve et sur la mesure dans laquelle ce revenu peut être considéré comme provenant d'une activité du marché ordinaire. [par. 37]

La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion (par. 39).

[60] Je suis d'avis qu'il ne faut pas, en l'espèce, accorder un poids déterminant au facteur du « marché ordinaire ». La question à trancher est celle de l'emplacement du revenu en intérêts de M. Bastien. Comme je l'ai déjà dit, il ne s'agit pas de savoir d'où l'institution financière tire les profits dont elle se sert pour s'acquitter de son obligation contractuelle envers M. Bastien. Pourtant, l'accent mis sur le « marché ordinaire » par les cours d'instance inférieure les a amenées à centrer leur analyse sur les activités génératrices de revenus de la Caisse plutôt que sur celles de M. Bastien. L'exemption fiscale protège les biens meubles d'un Indien qui sont situés sur une réserve. Par conséquent, lorsque le véhicule de placement est, comme en l'espèce, une créance contractuelle, il faut mettre l'accent sur les activités de placement de l'investisseur indien et non pas sur celles de l'institution financière débitrice : voir McDonnell, p. 957; Maclagan, p. 1522; O'Brien, p. 1576 et 1580.

[61] Si, comme l'exige *Williams*, on met l'accent sur les facteurs de rattachement pertinents quant à l'emplacement du revenu en intérêts que M. Bastien

his contractual relationship with the Caisse, it is apparent that the other commercial activities of the Caisse should have been given no weight in this case. Mr. Bastien's investment was in the nature of a debt owed to him by the Caisse and did not make him a participant in those wider commercial markets in which the Caisse itself was active.

[62] Of course, in determining the location of income for the purposes of the tax exemption, the court should look to the substance as well as to the form of the transaction giving rise to the income. The question is whether the income is sufficiently strongly connected to the reserve that it may be said to be situated there. Connections that are artificial or abusive should not be given weight in the analysis. For example, if in substance the investment income arises from an Indian's off-reserve investment activities, that will be a significant factor suggesting that less weight should be given to the legal form of the investment vehicle. There is nothing of that nature present in this case. Cases of improper manipulation by Indian taxpayers to avoid income tax may be addressed as they are in the case of non-Indian taxpayers.

[63] Applying the exemption of interest income in this case is broadly consistent with the purpose of preserving Indian property situated on the reserve. It provides an investment option protected from taxation for Mr. Bastien's property while preserving it against possible seizure.

### 3. Conclusion

[64] All potentially relevant factors in this case connect the investment income to the reserve. In the circumstances of this case, the fact that the Caisse produced its revenue in the "commercial mainstream" off the reserve is legally irrelevant to the nature of the income it was obliged to pay to Mr. Bastien. This is true as to both form and substance. Mr. Bastien's investment income should therefore benefit from the s. 87 *Indian Act* exemption.

a tiré de sa relation contractuelle avec la Caisse, on constate qu'il ne fallait pas accorder d'importance aux autres activités commerciales de la Caisse. Le placement de M. Bastien faisait de lui un créancier de la Caisse et non un participant aux marchés ordinaires plus vastes dans lesquels la Caisse était active.

[62] Évidemment, lorsqu'il détermine l'emplacement des revenus pour l'application de l'exemption fiscale, le tribunal devrait examiner tant le fond que la forme de l'opération génératrice de revenus. Il s'agit de déterminer si le rattachement du revenu à la réserve est assez fort pour qu'on puisse affirmer qu'il y est situé. Dans le cadre de l'analyse, aucun poids ne doit être accordé aux liens artificiels ou trompeurs. Par exemple, si, sur le fond, les revenus de placements sont générés par les activités de placement hors réserve d'un Indien, alors ce facteur donnera fortement à penser qu'une importance moindre devrait être accordée à la forme juridique du véhicule de placement. On ne trouve rien de tel dans le présent dossier. Les manœuvres irrégulières de la part de contribuables indiens visant à échapper à l'impôt sur le revenu peuvent être traitées de la même manière que dans le cas de contribuables non indiens.

[63] En l'espèce, l'application de l'exemption fiscale aux revenus en intérêts est largement compatible avec l'objet qui consiste à protéger les biens des Indiens situés sur la réserve. Elle donne à M. Bastien la possibilité de placer ses biens de façon qu'ils soient à l'abri de l'impôt, tout en étant protégés contre d'éventuelles saisies.

### 3. Conclusion

[64] Tous les facteurs potentiellement pertinents en l'espèce rattachent les revenus de placements à la réserve. Dans les circonstances, le fait que la Caisse a généré ses revenus sur le « marché ordinaire », à l'extérieur de la réserve, n'a aucune pertinence sur le plan juridique quant à la nature du revenu qu'elle était tenue de verser à M. Bastien. Cela vaut à la fois sur le plan de la forme et sur le plan du fond. Le revenu de placements de M. Bastien devrait donc bénéficier de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*.

#### IV. Disposition

[65] I would allow the appeal with costs throughout.

English version of the reasons of Deschamps and Rothstein JJ. delivered by

[66] DESCHAMPS J. — Before Confederation, the Crown promised not to tax lands and personal property of Indians situated on reserves. The current *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, includes a provision to that effect. The courts have considered several aspects of this exemption. This Court has now been asked to decide two cases in which Indians argue that property belonging to them is situated on a reserve and consequently exempt from taxation (see also *Dubé v. Canada*, 2011 SCC 39, [2011] 2 S.C.R. 764, released concurrently). For the purposes of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), the property in question is a right provided for in an investment contract, that is, a right to be paid interest. Under s. 12(4) of the *Income Tax Act*, interest accrued in a taxation year must be included in computing the taxpayer's income. The notices of assessment in these two cases resulted from the application of that provision.

[67] Intangible property, such as a right provided for in a contract, has no actual substance and cannot, strictly speaking, be physically situated in a place. The legal characterization exercise required by the *Indian Act* is therefore to attribute a location to the property in question. Since this exercise is required by statute but has no physical basis, the location is a pure legal fiction. This is not the first time that the issue of the location of intangible property for the purposes of the *Indian Act* has been considered. The fact that it has not been settled yet shows how hard it is to develop a test that is consistent with the purpose of the exemption and is also consistent with a liberal interpretation of the *Indian Act*. The two cases now before the Court involve facts that are so different that they highlight how risky it would be to adopt a test that

#### IV. Dispositif

[65] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Les motifs des juges Deschamps et Rothstein ont été rendus par

[66] LA JUGE DESCHAMPS — Dès l'époque pré-confédérative, la Couronne s'est engagée à ne pas taxer les terres et les biens meubles des Indiens situés sur une réserve. La *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, comporte actuellement une disposition à cet effet. Plusieurs aspects de cette exemption ont été étudiés par les tribunaux. La Cour est maintenant saisie de deux dossiers où les Indiens soutiennent que le bien qu'ils détiennent est situé sur une réserve et par conséquent exempt d'impôt (voir aussi l'arrêt *Dubé c. Canada*, 2011 CSC 39, [2011] 2 R.C.S. 764, rendu en même temps que celui-ci). Pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), le bien en question est un droit constaté par un contrat de placement. Ce droit prévoit le paiement d'intérêts. En vertu du par. 12(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les intérêts courus durant les années d'imposition doivent être inclus au calcul du revenu du contribuable. L'application de cette disposition est la source d'avis de cotisation dans ces deux affaires.

[67] Un bien intangible, tel un droit prévu par un contrat, n'a pas d'existence physique et ne peut à proprement parler être physiquement situé dans l'espace. L'opération de qualification juridique requise par la *Loi sur les Indiens* consiste donc à attribuer à ce bien un emplacement. Comme cette opération est requise par la loi mais qu'il n'existe pas d'assises matérielles, l'emplacement constitue une pure fiction juridique. Le débat concernant l'emplacement des biens intangibles pour l'application de la *Loi sur les Indiens* n'est pas nouveau. Le fait qu'il ne soit pas clos montre bien la difficulté d'élaborer une grille d'analyse qui permette à la fois de respecter l'objet de l'exemption et de donner à la *Loi sur les Indiens* une interprétation libérale. Les deux affaires dont la Cour est saisie présentent des faits si différents qu'elles mettent en relief les

focuses on formal factors and under which the circumstances of the liability for tax or the eligibility for the exemption are not taken into account. With all due respect, I find that the analysis proposed by my colleague Cromwell J. gives too much weight to connecting factors that may in some circumstances be artificial, and that it essentially makes a single factor — the debtor's place of residence — determinative. In my view, this analysis is compatible with neither the context nor the purpose of the exemption.

[68] It will be helpful to reproduce the relevant passages from the provisions that protect the property of Indians, and more specifically those according to which personal and real property of Indians that is or is deemed to be situated on a reserve is exempt from taxation or is not subject to seizure. These passages from the *Indian Act* read as follows:

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, . . . the following property is exempt from taxation:

- (a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and
- (b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

**89.** (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band.

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

- (a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or
- (b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

[69] The scope of the protection from taxation afforded to Aboriginal people has varied over time. The original statutory protection, which dates back

risques d'une analyse qui s'arrêterait à des éléments formels sans s'interroger sur les circonstances de l'assujettissement à l'impôt ou de l'admissibilité à l'exemption. Avec égards pour l'opinion exprimée par mon collègue le juge Cromwell, j'estime que son analyse donne trop de poids à des facteurs de rattachement qui, dans certaines circonstances, peuvent être artificiels et rend essentiellement un seul facteur — la résidence du débiteur — déterminant. À mon avis, une telle analyse ne respecte ni le contexte de l'exemption ni son objet.

[68] Il est utile de citer les passages pertinents des dispositions protégeant les biens des Indiens et, plus particulièrement, ceux précisant que les biens meubles et immeubles des Indiens situés ou réputés situés sur une réserve sont exemptés de taxation et insaisissables. Ces passages de la *Loi sur les Indiens* sont rédigés ainsi :

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, [. . .] les biens suivants sont exemptés de taxation :

- a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;
- b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

**89.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.

**90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :

- a) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;
- b) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve.

[69] L'étendue de la protection fiscale dont bénéficient les Autochtones a varié avec le temps. La protection législative initiale remonte à 1850 et

to 1850, extended to Indian lands and to any Indians residing on such lands (*An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., c. 74, s. 4). That protection was altered by the *Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18 (ss. 64 and 65), which provided that the exemption would from then on apply to personal and real property belonging to Indians, but it no longer required that the Indians themselves reside on a reserve. This important aspect was provided for once again in 1951 when the *Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, s. 86 (now s. 87), was passed.

[70] This exceptional protection from taxation was linked to the Crown's fiduciary duty to protect the lands of Aboriginal peoples after the latter had renounced the use of force against non-Aboriginal people. The *Royal Proclamation of 1763* (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), provided: "it is just and reasonable, and essential to our Interest and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians, with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds" (see also B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753, and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 131). This undertaking by the Crown was also repeated in certain treaties under which Aboriginal peoples surrendered lands: "We assured them that the treaty would not lead to any forced interference with their mode of life, that it did not open the way to the imposition of any tax" (*Treaty No. 8* (1899), quoted in R. H. Bartlett, "The Indian Act of Canada" (1977-1978), 27 *Buff. L. Rev.* 581, at p. 613).

[71] In *Mitchell*, La Forest J., who based his analysis on the origins and the historical evolution of the exemption, summarized the Crown's undertaking as set out in ss. 87 and 89 of the *Indian Act*

s'étendait aux terres indiennes et aux Indiens résidant sur celles-ci (*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., ch. 74, art. 4). Cette protection a été modifiée par l'*Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18 (art. 64 et 65), qui précisait que l'exemption visait dorénavant les biens meubles et immeubles d'un Indien, mais n'exigeait plus que ce dernier réside lui-même sur la réserve. Cet aspect important a été repris en 1951, lors de l'adoption de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 86, maintenant art. 87.

[70] Cette protection exceptionnelle contre la taxation a été liée à l'obligation fiduciaire de la Couronne de protéger les terres des Autochtones à la suite de la renonciation de ceux-ci à faire usage de la force contre les non Autochtones. La *Proclamation royale de 1763* (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), prévoyait en effet ce qui suit : « il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse » (voir aussi B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 753, et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 131). Cet engagement de la Couronne a aussi été repris dans certains traités qui comportaient des cessions de terres par des Autochtones : « Nous les assurons que le traité ne mènerait à aucune intervention forcée dans leur manière de vivre, qu'il n'ouvrirait aucune voie pour l'imposition de taxes » (*Traité n° 8* (1899), cité dans R. H. Bartlett, « The Indian Act of Canada » (1977-1978), 27 *Buff. L. Rev.* 581, p. 613).

[71] Dans *Mitchell*, se fondant sur l'origine et l'évolution historique de l'exemption, le juge La Forest a résumé ainsi l'engagement de la Couronne mis en œuvre par les art. 87 et 89 de



as follows: “the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base” (p. 131 (emphasis added)). The purpose of the exemption was reformulated — as follows — in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877 (at p. 885), and the new formulation was reproduced in *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161 (at para. 8):

The purpose of the s. 87 exemption was to “preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize”. It “was not to confer a general economic benefit upon the Indians”.

[72] A modern view of relations between the Crown and Aboriginal people would suggest that the Court should base the exemption, to repeat the expression used by La Forest J. in *Mitchell*, on the honour of the Crown and on the Crown’s duty to respect the ability of Aboriginal people to manage the economic development of their reserves. Indeed, this philosophy pervaded *Union of New Brunswick Indians*, as is clear in particular from the following comment by the Chief Justice: “The fact that the exemption is closely tied to the reserve enhances reserve-linked benefits, promotes privatization of reservation economies and encourages an entrepreneurial spirit” (para. 44).

[73] The requirement that the property be or be deemed to be situated on a reserve is related to the purpose of the exemption. From a historical perspective, the reserve was a place reserved to unemancipated Aboriginal people, a place where they resided and owned their property, and a place where the Crown had promised to protect them. The emphasis placed on the requirement in question helps not only to determine whether a decision is consistent with the purpose of the exemption, but also to define the corollary to the requirement: what the exemption provided for in ss. 87 and 89 does not cover. La Forest J. discussed this very point in *Mitchell*:

la *Loi sur les Indiens* : « la Couronne a toujours reconnu qu’elle est tendue par l’honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder de biens qu’ils possèdent en tant qu’Indiens, c’est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés » (p. 131 (je souligne)). L’objet de l’exemption a été reformulé ainsi dans *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877 (p. 885), puis repris dans *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161 (par. 8) :

L’exemption prévue à l’art. 87 visait à « préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d’imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l’utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées ». Cette disposition « ne vis[e] pas à conférer un avantage économique général aux Indiens ».

[72] Pour reprendre l’expression du juge La Forest dans *Mitchell*, une conception moderne des relations de la Couronne et des Autochtones inviterait la Cour à fonder l’exemption sur l’honneur de la Couronne et sur son obligation de respecter leur capacité de voir au développement économique des réserves. C’est d’ailleurs cette philosophie qui imprègne l’arrêt *Union of New Brunswick Indians*, comme en témoignent en particulier les propos suivants de la Juge en chef : « Le fait que l’exemption soit étroitement liée à la réserve accroît les avantages rattachés à la réserve et encourage la privatisation des activités économiques dans les réserves et l’esprit d’entreprise » (par. 44).

[73] L’exigence que le bien soit situé ou réputé situé sur la réserve est liée à l’objet de l’exemption. Du point de vue historique, la réserve constituait un lieu qui était réservé aux Autochtones non affranchis, un lieu où ils résidaient et possédaient leurs biens, un lieu où la protection de la Couronne leur était promise. L’accent mis sur cette exigence aide non seulement à vérifier si on se conforme à l’objet de l’exemption mais aussi à cerner le corollaire de l’exigence : ce que l’exemption prévue aux art. 87 et 89 ne vise pas. C’est exactement sur ce point que s’est attardé le juge La Forest dans *Mitchell* :

The fact that the modern-day legislation, like its historical counterparts, is so careful to underline that exemptions from taxation and distraint apply only in respect of personal property situated on reserves demonstrates that the purpose of the legislation is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens. An examination of the decisions bearing on these sections confirms that Indians who acquire and deal in property outside lands reserved for their use, deal with it on the same basis as all other Canadians. [p. 131]

[74] This discussion of the interpretive approach to and the purpose of the exemption will help in identifying the factors that can be applied to determine the location of a right to be paid interest.

[75] For many years, although its official position was that intangible property was not exempt from taxation for the purposes of s. 87(1) of the *Indian Act*, the Department of National Revenue nevertheless extended the exemption to certain types of intangible property by applying criteria based on categories. For example, the location of employment income was where the services were performed — for a teacher it was the location of the school, for an office employee it was the location of the office, and so on (see Interpretation Bulletin No. IT-62 of Revenue Canada, Taxation (1972); see also M. Dockstator, “The Nowegijick Case: Implications for Indian Tax Planning Strategies”, [1985] 4 C.N.L.R. 1, at p. 14).

[76] In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, the Court confirmed that the exemption applies to intangible property. In the case of employment income, it adopted the debtor’s place of residence as a criterion by referring to the principles of private international law and to the judgment of Thurlow A.C.J. in *The Queen v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.). Thurlow A.C.J. had made the following comment (at p. 109):

A chose in action such as the right to a salary in fact has no situs. But where for some purpose the law has found it necessary to attribute a situs, in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary, the situs of a simple contract debt has been

Le fait que la loi contemporaine, comme sa contrepartie historique, prene tant de soin pour souligner que les exemptions de taxe et de saisie ne s’appliquent que dans le cas des biens personnels situés sur des réserves démontre que l’objet de la Loi n’est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d’acquérir, de posséder et d’aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens. Un examen des décisions portant sur ces articles confirme que les Indiens qui acquièrent et aliènent des biens situés à l’extérieur des terres réservées à leur usage le font aux mêmes conditions que tous les autres Canadiens. [p. 131]

[74] Ce rappel de l’approche interprétative et de l’objet de l’exemption permet de mieux cibler les facteurs applicables pour déterminer l’emplacement d’un droit à des intérêts.

[75] Pendant plusieurs années, en dépit de sa position officielle selon laquelle les biens intangibles n’étaient pas exempts d’impôt pour l’application du par. 87(1) de la *Loi sur les Indiens*, le ministère du Revenu national étendait tout de même cette exemption à certains biens de cette nature selon des critères reposant sur des catégories. Par exemple, un revenu d’emploi était situé là où les services étaient rendus — pour un professeur, le lieu où était située l’école; pour un employé de bureau, le lieu où était situé le bureau, et ainsi de suite (voir Bulletin d’interprétation n° IT-62 de Revenu Canada, Impôt (1972); voir aussi M. Dockstator, « The Nowegijick Case : Implications for Indian Tax Planning Strategies », [1985] 4 C.N.L.R. 1, p. 14).

[76] Dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, la Cour a confirmé l’applicabilité de l’exemption aux biens intangibles. Dans le cas d’un revenu d’emploi, elle a retenu le critère du lieu de résidence du débiteur en se référant aux principes de droit international privé et au jugement du juge en chef adjoint Thurlow dans *La Reine c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1<sup>re</sup> inst.). Le juge Thurlow s’était exprimé ainsi (p. 109) :

Un droit incorporel, comme le droit à un traitement, n’a véritablement pas de *situs*. Mais lorsque, pour une fin déterminée, la loi a jugé nécessaire de lui en attribuer un, et en l’absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document, les tribunaux ont

held to be the residence or place where the debtor is found. See Cheshire, *Private International Law*, seventh edition, pp. 420 *et seq.*

[77] However, the criterion of the debtor's place of residence has not been adopted for all types of intangible property. In *Mitchell*, after reviewing the case law with respect to tangible property and noting that where property is not kept permanently on a reserve, the paramount location of the property must be determined, La Forest J. held that for the purposes of ss. 87 and 89 of the *Indian Act*, a discernible nexus must be found between the property in question and the occupancy of the reserve (p. 133).

[78] The discernible nexus test is a flexible one. It can be used for both tangible and intangible property. And it is the discernible nexus test that emerges from the analysis of the location of the property in *Mitchell*. La Forest J. referred to the property — electricity delivered on a reserve — on which the tax itself was based rather than to the debtor's place of residence, which would have corresponded to the test adopted in *Nowegijick (Mitchell)*, at p. 147) and would have resulted in denial of the exemption.

[79] In *Williams*, the exemption would have been denied had the criterion of the debtor's place of residence adopted in *Nowegijick* been applied: the debtor was the federal government. But Mr. Williams argued that a rationale based on the principle applied in the context of the conflict of laws was not legally satisfactory and that *National Indian Brotherhood* and *Nowegijick* had left open the possibility of considering other factors. His arguments were accepted. The Court noted that the reason a debt is associated with the debtor's place of residence in the conflict of laws is that that is where the debt can normally be enforced, but that the purposes of the conflict of laws in fact have little or nothing in common with those of the *Indian Act*. More specifically, Gonthier J. wrote the following (*Williams*, at p. 891):

It is simply not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any relevance to the question

établi que le *situs* d'une simple dette contractuelle est la résidence du débiteur ou le lieu où il se trouve. Voir Cheshire, *Private International Law*, 7<sup>e</sup> édition, pages 420 et suivantes.

[77] Le critère du lieu de résidence du débiteur n'est cependant pas retenu pour tous les biens intangibles. Dans *Mitchell*, après avoir fait une revue de la jurisprudence relative aux biens tangibles et avoir noté que, lorsque le bien n'est pas conservé en permanence sur la réserve, il faut en déterminer l'emplacement prépondérant, le juge La Forest énonce que, pour l'application des art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*, il faut dégager un lien discernable entre le bien en question et l'occupation de la réserve (p. 133).

[78] Le critère du lien discernable est appliqué de manière souple. Il peut être utilisé tant pour les biens tangibles que pour les biens intangibles. C'est d'ailleurs la recherche d'un lien discernable qui ressort de l'analyse de l'emplacement du bien dans *Mitchell*. Le juge La Forest s'est reporté au bien initialement taxé — l'électricité sur la réserve — plutôt qu'à la résidence du débiteur, bien qui correspondait au critère retenu dans *Nowegijick (Mitchell)*, p. 147) et aurait entraîné le refus de l'exemption.

[79] Dans *Williams*, l'exemption aurait été refusée si le critère du lieu de résidence du débiteur choisi dans *Nowegijick* avait été utilisé : le débiteur était le gouvernement fédéral. Cependant, M. Williams a fait valoir que la justification fondée sur la règle appliquée en droit international privé n'était pas juridiquement satisfaisante et il a plaidé que les affaires *National Indian Brotherhood* et *Nowegijick* n'écartaient pas la possibilité de tenir compte d'autres facteurs. Ses arguments ont été acceptés. La Cour a souligné que la raison pour laquelle le droit international privé rattache une dette à la résidence du débiteur est le fait que c'est à cet endroit que la dette peut normalement être exécutée, mais que par ailleurs les objets du droit international privé ont peu, sinon rien en commun avec ceux de la *Loi sur les Indiens*. Plus précisément, le juge Gonthier a écrit ce qui suit (*Williams*, p. 891) :

On ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour décider si l'imposition de la

whether to tax the receipt of the payment of that debt would amount to the erosion of the entitlements of an Indian *qua* Indian on a reserve. The test for *situs* under the *Indian Act* must be constructed according to its purposes, not the purposes of the conflict of laws.

[80] The Court showed that it was aware of the desirability of developing criteria that are predictable in their application, and also of avoiding abstract connecting factors that are divorced from the purpose of the exemption. In Gonthier J.'s words, "[a] connecting factor is only relevant in so much as it identifies the location of the property in question for the purposes of the *Indian Act*. In particular categories of cases, therefore, one connecting factor may have much more weight than another" (p. 892). The Court warned that a test focused on too few factors — or on too many — might be open to manipulation and abuse. Such approaches might be inconsistent with the purpose of the exemption.

[81] In *Williams*, the property that was, according to the Indian, exempt from taxation consisted of unemployment insurance benefits. The Court began by discussing the nature of the property and the incidence of the tax. After concluding that the benefits constituted personal property within the meaning of the *Indian Act*, the Court stressed that because of the wording of the provision (s. 56 of the *Income Tax Act*), the incidence of the tax attached to the transaction itself — the receipt of benefits — rather than to the money in the taxpayer's hands. However, because the reference in the taxing provision to the receipt of benefits had to do with the determination of the time of imposition of the tax, the place where they were received was unimportant.

[82] In view of these conclusions regarding the nature of the property and the words of the taxing provision, all that remained in *Williams* was to identify one or more connecting factors that would take the purpose of the exemption into account. The debtor's place of residence, that of the creditor, and the place of employment might be considered relevant (p. 893). Since the case concerned benefits resulting from a policy decision, the place

réception du paiement de la dette représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien à titre d'Indien sur une réserve. Le critère du *situs* en vertu de la *Loi sur les Indiens* doit être interprété conformément aux objets de cette loi et non à ceux du droit international privé.

[80] La Cour s'est montrée sensible au fait qu'il est souhaitable de concevoir des critères dont l'application est prévisible, et d'éviter les facteurs de rattachement abstraits sans rapport avec l'objet de l'exemption. Selon l'expression du juge Gonthier, « [u]n facteur de rattachement n'est pertinent que dans la mesure où il identifie l'emplacement du bien en question aux fins de la *Loi sur les Indiens*. Dans des catégories particulières de cas, un facteur de rattachement peut donc avoir beaucoup plus de poids qu'un autre » (p. 892). La Cour s'est mise en garde contre les risques de manipulations et d'abus qui pourraient découler d'une analyse axée sur trop peu de facteurs — ou à l'inverse sur un trop grand nombre. En effet, de telles approches pourraient ne pas donner effet à l'objet de l'exemption.

[81] Dans *Williams*, le bien que l'Indien prétendait exempt de taxation était constitué de prestations d'assurance-chômage. La Cour a d'abord examiné la nature du bien et les conséquences fiscales. Après avoir conclu que les prestations constituaient un bien personnel (maintenant appelé « meuble ») au sens de la *Loi sur les Indiens*, la Cour a souligné que, en raison de la formulation de la disposition (art. 56 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*), les conséquences fiscales se rattachent à l'opération elle-même — la réception des prestations — plutôt qu'à l'argent entre les mains du contribuable. Cependant, comme la notion de réception était utilisée dans la disposition fiscale pour déterminer le moment pertinent aux fins d'imposition, le lieu de la réception des prestations avait peu d'importance.

[82] Compte tenu de ces conclusions sur la nature du bien et sur le texte de la disposition fiscale, il restait, dans *Williams*, à dégager un ou plusieurs critères de rattachement qui tiendraient compte de l'objet de l'exemption. La résidence du débiteur, celle du créancier et le lieu de l'emploi pouvaient être considérés comme pertinents (p. 893). Comme il s'agissait de prestations relevant d'une décision de politique générale, la résidence du débiteur — le

of residence of the debtor — the Government of Canada — was a connecting factor of limited weight (p. 894). And since the duration and the amount of the benefits were closely tied to the employment, it was the location of the qualifying employment that was considered to be the most important factor (p. 900). It was not necessary to develop a general test for the location at which employment income is received, because in the case then before the Court, all the possible connecting factors for the type of property in question pointed to the reserve (p. 897): the employer was located on the reserve, the work was performed on the reserve, the appellant resided on the reserve, and he had been paid on the reserve.

[83] It is interesting to compare *Mitchell* and *Williams*. In both cases, the Court focused on the purpose of the exemption. In *Mitchell*, La Forest J. recognized the value of the concepts of the paramount location and the concrete and discernible connection with the reserve, and gave weight to the activity — the delivery of electricity — that had resulted in the debt owed to the band (pp. 147-48). In *Williams*, although Gonthier J. did not actually use the expressions “paramount location” and “discernible nexus”, the test he adopted was based on connecting factors that corresponded precisely to those concepts. Moreover, the important connection was with the activity — the employment — on which the payment of benefits was based. It was this connection that was concrete (see also, on identifying a concrete connection: *McDiarmid Lumber Ltd. v. God’s Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846). Indeed, it was because a debt does not have a location of its own that the Court had to resort to identifying a concrete connection in both those cases. This comparison will in several respects be helpful to us in identifying the most important connections in the two cases now before the Court.

[84] In these appeals, the requirement that the appellants — the Estate of Rolland Bastien and Alexandre Dubé — include in their income interest generated by the investment contract flows from the facts that each of them, as a taxpayer, held an “interest” (which corresponds in the civil law context to

gouvernement du Canada — était un facteur de rattachement dont l’importance était limitée (p. 894). Par ailleurs, comme la durée et le montant des prestations étaient étroitement liés à l’emploi, c’est le lieu de l’emploi donnant droit aux prestations qui fut considéré comme le critère le plus important (p. 900). Il n’était pas nécessaire d’établir une grille d’analyse applicable de façon générale à la détermination du *situs* ou lieu de réception d’un revenu d’emploi, car, dans cette affaire, tous les facteurs possibles de rattachement pointaient vers la réserve pour ce type de bien (p. 897). En effet, l’employeur y était situé, le travail y avait été accompli, l’appellant habitait la réserve et c’est sur celle-ci qu’il avait été payé.

[83] Il est intéressant de faire des rapprochements entre les arrêts *Mitchell* et *Williams*. Dans les deux affaires, l’accent est mis sur l’objet de l’exemption. Dans *Mitchell*, le juge La Forest reconnaît la valeur de la notion de l’emplacement prépondérant, du lien concret et discernable avec la réserve, et il accorde un poids important à l’activité à l’origine de la dette due à la bande — la fourniture de l’électricité (p. 147-148). Dans *Williams*, le juge Gonthier n’utilise pas directement les expressions « emplacement prépondérant » et « lien discernable », mais la grille d’analyse qu’il y établit est fondée sur des facteurs de rattachement qui correspondent précisément à ces notions. De plus, le lien important constitue l’activité à l’origine du versement des prestations — l’emploi. C’est ce lien qui est concret (voir aussi, pour la recherche d’un lien concret : *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God’s Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846). C’est d’ailleurs parce qu’une créance n’a pas d’emplacement autonome que, dans les deux arrêts, la Cour a dû se reporter à des liens concrets. Ces rapprochements permettent, à plusieurs égards, d’identifier les liens les plus importants dans les deux affaires dont la Cour est présentement saisie.

[84] Dans les pourvois qui nous occupent, l’obligation d’inclure les intérêts générés par le placement dans le revenu des appelants — la Succession Rolland Bastien et Alexandre Dubé — résulte du fait que, comme contribuable, chacun détenait un « intérêt » (ce qui correspond en droit civil à la

the concept of a right) in an investment contract, and that interest accrued to them in the taxation years in issue (s. 12(4) of the *Income Tax Act*). Under the provision in question, the legal transaction that results in the incidence of the tax is the holding of an interest in an investment contract with respect to which interest has accrued. The taxpayer must include the accrued interest in his or her income, even if it has not actually been paid and received. Section 12(4) provides that the taxpayer is liable to pay tax if he or she “holds” an interest in a given contract, but what “holds” means is not relevant to the determination of the place where the property is situated. It is relevant to the determination of the time of taxation. As in *Williams*, therefore, the taxing provision with respect to the calculation of income is of little help in determining the property’s location for the purposes of the *Indian Act* (p. 888).

[85] Since the taxing provision that requires the taxpayer to include the interest in his or her income is not really helpful for the purpose of determining the place where the property is held, it will be necessary to look more closely at the nature of the property in question. Section 248(1) of the *Income Tax Act* defines “property” as follows: “‘property’ means property of any kind whatever whether real or personal or corporeal or incorporeal and . . . includes . . . a right of any kind whatever”. The investment contract provides for a personal right, that is, a right to be paid interest, subject to certain conditions. The interest is the product of the invested capital. Its amount depends on the amount that was invested and on the rate agreed to by the parties. In sum, it is this personal right whose legal existence is provided for in the contract that is the personal property whose location must be determined for the purposes of the *Indian Act*.

[86] A number of connecting factors could be relied on in determining the location of the right to be paid interest provided for in an investment contract. Building on the ones enumerated in *Williams*, I will consider the following: the debtor’s place of residence, that of the creditor, the place where the contract was signed, and the activity that generated the capital that made it possible to enter into the investment contract.

notion de droit) dans un contrat de placement et que des intérêts ont couru en leur faveur dans les années d’imposition en litige (par. 12(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*). Selon cette disposition, l’opération juridique produisant les conséquences fiscales est la détention d’un droit dans le contrat de placement générant les intérêts courus. Le contribuable doit inclure à son revenu ces intérêts courus, c’est-à-dire même s’ils n’ont pas effectivement été payés et reçus. La disposition précise que le contribuable est assujéti à l’impôt s’il « détient » un droit dans un contrat donné, mais la notion de détention n’est pas utile pour déterminer le lieu où le bien est situé. Elle sert à déterminer le moment de l’imposition. Par conséquent, tout comme dans *Williams*, la disposition fiscale relative au calcul du revenu est peu utile pour déterminer l’emplacement du bien au sens de la *Loi sur les Indiens* (p. 888).

[85] Puisque la disposition fiscale qui prescrit l’inclusion des intérêts dans le revenu est peu utile pour fixer le lieu où le bien est détenu, il faut examiner plus attentivement la nature du bien en litige. Le paragraphe 248(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* définit le mot « biens » comme les « [b]iens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, y compris [. . .] les droits de quelque nature qu’ils soient ». Or, le contrat de placement constate un droit personnel qui prévoit le paiement d’intérêts à certaines conditions. Ces intérêts constituent les fruits du capital investi. Leur montant dépend de la somme ainsi investie et du taux établi conventionnellement par les parties. En somme, c’est ce droit personnel dont l’existence juridique est constatée par le contrat qui constitue le bien meuble dont il faut situer l’emplacement au sens de la *Loi sur les Indiens*.

[86] Plusieurs facteurs de rattachement sont susceptibles d’être invoqués pour déterminer l’emplacement du droit à des intérêts prévu par un contrat de placement. M’inspirant de ceux énumérés dans *Williams*, j’examinerai les suivants : la résidence du débiteur, la résidence du créancier, l’endroit où le contrat est conclu et l’activité génératrice du capital ayant permis la conclusion du contrat de placement.

[87] In my opinion, the debtor's place of residence is a factor that can have some weight in a case concerning a right, provided for in a contract, according to which interest is to accrue to a creditor. However, since what must be done is not, as might be the case in a private international law context, to determine the place where judicial proceedings should be introduced against a debtor in order to enforce the payment of a debt, this factor cannot be paramount. On this point, I agree with Gonthier J. in *Williams* that the private international law criterion of the debtor's place of residence is not really helpful in the context of the *Indian Act*. Nor is the place of payment under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, or under a contract really relevant, since the taxing provision does not require that interest actually be paid. What is being taxed is not an actual payment.

[88] The fact that the creditor resides on a reserve is relevant to the determination of the location of the right provided for in the contract. It is to the advantage of Indians living on a reserve to foster the economic development of the reserve. Income spent or invested on a reserve can only contribute to that development: if people who earn income reside on a reserve, it can be inferred from this that they will, in spending or investing it, generate economic activity that will contribute to protecting property situated on the reserve. Nevertheless, for the Indian in question to reside on the reserve must not be considered a prerequisite for the exemption, since it ceased to be a statutory requirement more than a century ago.

[89] What now remains is to consider the activity that generated the capital that made it possible to enter into the investment contract. I will begin by mentioning the factors that I do not consider relevant in the context of an investment contract. In my view, neither the capital nor the interest is in itself helpful. These are two types of intangible property that have, by definition, no actual location. It would be artificial to attribute a legal location to them for the purpose of subsequently determining the legal

[87] À mon avis, la résidence du débiteur est un facteur qui peut avoir un certain poids dans le cas d'un droit, constaté par un contrat, qui prévoit l'accumulation d'intérêts en faveur d'un créancier. Cependant, comme il ne s'agit pas, comme cela peut être le cas en droit international privé, de déterminer le lieu d'introduction de procédures judiciaires contre un débiteur dans le but de faire exécuter le paiement d'une dette, ce facteur ne peut être prépondérant. À ce sujet, je suis d'accord avec le juge Gonthier dans *Williams* pour dire que la justification du critère de la résidence du débiteur en droit international privé n'est que de peu d'utilité dans le contexte de la *Loi sur les Indiens*. J'ajouterais que le lieu du paiement suivant le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, ou suivant une entente n'est pas très pertinent puisque la disposition fiscale n'exige pas que les intérêts soient effectivement payés. Il ne s'agit pas de l'imposition d'un paiement réellement fait.

[88] Le fait que le créancier réside sur une réserve est pertinent pour déterminer l'emplacement du droit constaté par le contrat. Les Indiens vivant sur une réserve ont avantage à favoriser le développement économique de celle-ci. Les revenus dépensés ou investis dans la réserve ne peuvent que contribuer à ce développement, car si les personnes qui ont gagné ces revenus résident sur la réserve, on peut inférer qu'elles y généreront, grâce aux sommes, une certaine activité économique qui contribuera à protéger les biens situés sur la réserve. Le critère de la résidence de l'Indien concerné sur la réserve ne doit cependant pas être vu comme un préalable à l'exemption, étant donné qu'il ne constitue plus une exigence législative depuis plus d'un siècle.

[89] Il reste maintenant à examiner l'activité qui a généré le capital ayant permis la conclusion du contrat de placement. Je vais d'abord expliquer les éléments que je ne considère pas pertinents en relation avec le contrat de placement. À mon avis, ni le capital ni les intérêts ne sont, en eux-mêmes, des facteurs utiles. Il s'agit de deux biens intangibles qui n'ont, par définition, aucun emplacement propre. Il serait artificiel de leur attribuer un emplacement juridique dans le but, par la suite,

location of the right to be paid interest provided for in the contract. It seems to me that to do so would be to give excessive weight to factors that have no basis in fact. A discernible connecting factor must have a concrete basis, as opposed to being the product of “crossbred” legal fictions. What is more, it would be pointless to try to determine the location at which the interest accrued. The accrual of interest results not from an activity, but solely from the passage of time.

[90] In my view, it would be unsatisfactory from the standpoint of legal certainty to give significant weight to the place where the investment contract providing for the right to be paid interest was signed, since this is a factor that would be open to manipulation. For example, the parties to a contract could choose to sign it in a given place for the sole purpose of benefiting from an exemption. Such a choice could be an artificial one. On its own, therefore, the place where the contract was signed does not appear to constitute a sufficiently objective legal basis for determining the location of a right to be paid interest provided for in an investment contract. It could be a relevant factor if it reinforced other facts linking the property to the reserve or to a location off the reserve. However, its value would be minimal if it was also the debtor’s place of residence and if that factor had already been taken into consideration. To be compatible with the purpose of the exemption, the choice to sign the contract on a reserve must not have been based simply on obtaining a personal benefit for an Indian whose usual place of business was off the reserve. Such a choice would be inconsistent with the comments made in *Mitchell* — and reproduced in *Williams* — on what the exemption does not cover. The two cases now before the Court involve contracts signed on reserves, so this is not an appropriate occasion to discuss a case in which, even though a contract is entered into elsewhere than on a reserve, a concrete and discernible connection with a reserve can be identified.

[91] The identification of connecting factors for the purposes of the *Indian Act* must be focused on concrete and discernible links between the property and the reserve. In the case of a right to be paid

de déterminer l’emplacement juridique du droit à l’intérêt prévu dans le contrat. Il me semble qu’une telle démarche accorderait un poids démesuré à des éléments qui sont sans fondement dans les faits. Un lien de rattachement discernable doit correspondre à un élément concret, et non être le fruit de fictions juridiques croisées. De plus, il serait inefficace de chercher à déterminer le lieu de l’accumulation des intérêts. Cette accumulation ne résulte pas d’une activité, mais du seul écoulement du temps.

[90] Il me paraît insatisfaisant, sur le plan de la sécurité juridique, d’accorder un poids important au lieu de signature du contrat de placement constatant le droit aux intérêts. En effet, il s’agit d’un facteur susceptible de manipulations. Par exemple, les parties pourraient choisir de signer un contrat dans un lieu donné dans l’unique but de bénéficier d’une exemption. Une telle décision pourrait avoir un caractère artificiel. Considéré isolément, le lieu de signature du contrat ne me paraît donc pas constituer une assise juridique suffisamment objective pour déterminer l’emplacement d’un droit à des intérêts prévu dans un contrat de placement. Il pourrait s’agir d’un facteur pertinent s’il soutenait d’autres faits liant le bien à la réserve ou à un emplacement hors de la réserve. Il n’a cependant qu’une valeur minimale s’il s’agit du lieu de résidence du débiteur et que ce facteur a déjà été pris en considération. Pour respecter l’objet de l’exemption, il faut que le choix de la réserve en tant que lieu de signature du contrat repose sur des motifs qui ne sont pas liés à la simple recherche d’un bénéfice personnel pour l’Indien qui aurait choisi de se livrer hors réserve à des activités commerciales ordinaires. Un tel choix irait à l’encontre des commentaires formulés dans *Mitchell*, puis repris dans *Williams*, sur ce que ne vise pas l’exemption. Dans les deux affaires qui nous occupent, les contrats ont été conclus sur une réserve et il n’y a donc pas lieu de discuter de cas où un contrat serait conclu hors réserve mais où des liens concrets et discernables avec une réserve pourraient néanmoins être établis.

[91] La recherche de facteurs de rattachement aux fins d’application de la *Loi sur les Indiens* doit être centrée sur des éléments concrets et discernables qui lient le bien à la réserve. Dans le cas



interest, it is therefore necessary to look beyond the investment contract and consider the source of the invested capital. The activity that generated the capital is a factor based on identifiable facts that are not open to manipulation and that are sufficiently concrete to aid in determining the location of intangible property such as a right to be paid interest. I am well aware that it might appear to be difficult to trace such an activity back to its origin, but it seems to me that this difficulty can be overcome, since all that it involves is an assessment of facts. And the fact that the capital resulted from several different activities does not pose an unusual problem. This Court has already endorsed the paramount location concept in relation to tangible property (see *Mitchell, Union of New Brunswick Indians and God's Lake*). In my opinion, absent a clear breakdown of the various activities, the place where the greatest proportion of the activities were carried out should serve as a factor by analogy with the paramount location concept used in relation to tangible property.

[92] An analysis that is based on the underlying activity not only takes the essentially intangible nature of the property in issue into account, but it can also provide a solid foundation for the development of a form of symmetry in the tax treatment of property belonging to Indians. Just as the employment on the reserve was the activity that resulted in the benefits in *Williams*, it is the location of the activity that resulted in the accumulation of the interest-producing capital that will be more relevant in these appeals. Owing to the nature of the property, this is a factor that must be considered in light of the purpose of the exemption and the incidence of the tax.

[93] In his reasons in *Dubé* (at para. 29), Cromwell J. maintains that the source of the capital cannot be determinative of whether the exemption should apply, because that would mean that investment contracts could be entered into elsewhere than on a reserve and still benefit from the exemption. In my view, it is inappropriate to make alarmist comments based on hypothetical examples. The test continues to be based on the identification of concrete and discernable connections with the reserve. In the

d'un droit à des intérêts, il faut donc aller au-delà du contrat de placement et considérer la source du capital investi. L'activité ayant généré le capital permet de dégager des faits qui ne sont pas sujets à manipulation et qui possèdent le caractère concret nécessaire pour déterminer l'emplacement d'un bien intangible comme un droit à des intérêts. Je suis bien consciente qu'il peut paraître difficile de retracer l'origine d'une telle activité. Cette difficulté me paraît néanmoins surmontable, puisqu'il s'agit d'une pure détermination de faits. Le fait que le capital résulte d'une variété d'activités ne constitue pas non plus un problème inusité. Pour les biens tangibles, notre Cour a déjà approuvé la notion d'emplacement prépondérant (voir *Mitchell, Union of New Brunswick Indians et God's Lake*). À mon avis, en l'absence d'une répartition claire des diverses activités, le lieu où celles-ci ont été exercées de façon prépondérante devrait servir comme critère, par analogie avec la notion d'emplacement prépondérant utilisée pour les biens tangibles.

[92] Non seulement le recours à l'activité sous-jacente tient-il compte de la nature essentiellement intangible du bien en litige, mais il permet également de bien asseoir la recherche d'une symétrie dans le traitement fiscal accordé aux Indiens. Tout comme l'emploi sur la réserve constituait l'activité génératrice des prestations dans *Williams*, c'est le lieu de l'activité à l'origine de l'accumulation du capital produisant les intérêts qui sera plus pertinent dans les présents pourvois. En raison de la nature du bien, c'est un facteur qu'il faudra soupeser eu égard à l'objet de l'exemption et à l'incidence de la taxation.

[93] Dans les motifs exprimés dans l'affaire *Dubé* (par. 29), le juge Cromwell soutient que la source du capital ne pourrait pas être un facteur déterminant pour décider de l'application de l'exemption, parce que ceci impliquerait que les contrats de placements puissent être conclus hors réserve et quand même bénéficier de l'exemption. Je ne suis pas persuadée qu'il soit justifié de tenir des propos alarmistes sur la foi d'exemples théoriques. La grille d'analyse demeure fondée sur l'existence de liens

appeals now before the Court, the facts are such that the connecting factors can be applied without difficulty. The facts favour granting the exemption in the case of Rolland Bastien's estate and denying it in that of Alexandre Dubé.

[94] In *Bastien Estate*, the parties have agreed on the main facts. Mr. Bastien was an Indian within the meaning of the *Indian Act*. He was born on the Wendake Reserve in 1919, lived there all his life and died there in 2003. He worked on the reserve all his life, operating the family moccasin manufacturing business founded by his great-grandfather. In 1997, he sold the family business to his children, Denis and Ginette, both of whom were residents of the Wendake Reserve. The business generated economic activity on the reserve. Its income was never taxed. The invested capital came exclusively from the business's income and from the proceeds of its sale. The amounts in question were invested in term deposits at the Caisse populaire Desjardins du Village Huron, located on the Wendake Reserve, and the Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue, located on the Mashteuiatsh Reserve, near Roberval. At no time in his life did Mr. Bastien live on the Mashteuiatsh Reserve.

[95] In this appeal, it is clear that all the factors — the debtor's place of residence, that of the creditor, the place where the contract was signed and the activity that generated the capital that made it possible to enter into the investment contract — connect the property with a reserve.

[96] In *Dubé*, the facts are less clear, however, and I must defer to the findings of fact of the Tax Court of Canada judge. Mr. Dubé is an Indian within the meaning of the *Indian Act*. He has been a member of the Obedjiwan Reserve ever since he was born. At the time of the hearing in the Tax Court of Canada, he owned two residences: one on the Obedjiwan Reserve and another in Roberval, Quebec. He had also owned another residence in St-Félicien before buying the one in Roberval.

concrets et discernables avec la réserve. Dans les appels dont nous sommes saisis, les faits permettent d'appliquer sans difficulté les critères de rattachement. Ils militent en faveur de la reconnaissance de l'exemption dans le cas de la succession de M. Rolland Bastien, et de son refus dans celui de M. Alexandre Dubé.

[94] Dans l'affaire *Bastien (Succession)*, les parties se sont entendues sur les principaux faits. Monsieur Bastien était un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*. Né en 1919 sur la réserve de Wendake, il y a résidé toute sa vie et y est décédé en 2003. Il a travaillé toute sa vie sur la réserve, y exploitant l'entreprise familiale de fabrication de mocassins fondée par son arrière-grand-père. En 1997, il a disposé de l'entreprise familiale en faveur de ses enfants Denis et Ginette, tous deux résidents de la réserve de Wendake. L'entreprise était source d'activité économique sur la réserve. Les revenus de l'entreprise n'ont jamais fait l'objet de taxation. Le capital investi provient exclusivement des revenus de l'entreprise et du produit de la vente de celle-ci. Ces sommes ont été investies dans des dépôts à terme à la Caisse populaire Desjardins du Village Huron située sur la réserve de Wendake et à la Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue, située sur la réserve Mashteuiatsh près de Roberval. De son vivant, M. Bastien n'a jamais résidé sur la réserve Mashteuiatsh.

[95] Dans ce pourvoi, il est clair que tous les éléments rattachent le bien à une réserve — le lieu de résidence du débiteur, le lieu de résidence du créancier, le lieu de conclusion du contrat, et l'activité ayant généré le capital qui a permis la conclusion du contrat de placement.

[96] Dans l'affaire *Dubé*, les faits sont cependant moins clairs et je dois me reporter aux constatations de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt. Monsieur Dubé est un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*. Il est membre de la réserve d'Obedjiwan depuis sa naissance. Au moment de l'audience devant la Cour canadienne de l'impôt, il possédait deux résidences, l'une sur la réserve d'Obedjiwan et l'autre à Roberval, Québec. Il en a également possédé une autre à St-Félicien avant d'acheter celle de

His spouse and children lived in the residences in St-Félicien and Roberval during the school year. Mr. Dubé acknowledged that he too lived in them. The judge found it difficult to accept Mr. Dubé's argument that he lived on the reserve, given that the family spent 10 months a year in a residence off the reserve and given that no capital gain had been reported when the residence in St-Félicien was sold.

[97] Mr. Dubé operated a business that transported passengers between the Obedjiwan Reserve and St-Félicien and provided a medical transportation service from the Obedjiwan Reserve to Roberval and from Roberval to other destinations. Since no banking services were available on the Obedjiwan Reserve, Mr. Dubé did business with the Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue. According to the judge, Mr. Dubé's interest income was "substantial": the amount on deposit that generated it was over a million dollars. When asked at the hearing about the source of the income that had enabled him to accumulate this capital, Mr. Dubé was unable to provide information about deposits that far exceeded the income from his transportation business. The judge summed up the evidence as follows: "the appellant initially stated that it was business income and then said that he did not know where the money came from and that he would have to, as he put it, look into his affairs" (*Dubé v. The Queen*, 2007 TCC 393, 2008 D.T.C. 4022, at para. 16). The judge stated that he was unable "to conclude that [Mr. Dubé's] business [was] the source of the income deposited" (para. 43). As a result, he was unable to establish a connection with the reserve. He added that because the family lived off the reserve, he was unable to conclude that the income was used on the reserve.

[98] On the basis of the findings of fact of the Tax Court of Canada judge, it is difficult to find a concrete and discernible connection with the reserve. The judge was unable to establish a connection between the activity that generated the interest-producing capital and the reserve. In this regard, the debtor's place of residence was clearly situated on a reserve, but as I explained above, the place

Roberval. Sa conjointe et ses enfants ont habité les résidences de St-Félicien et de Roberval pendant la période scolaire. Monsieur Dubé reconnaît les avoir habitées lui aussi. Le juge a estimé qu'il était difficile d'accepter la thèse avancée par M. Dubé qu'il habitait sur la réserve, compte tenu du fait que la famille passait 10 mois par année dans une résidence située hors de la réserve et qu'aucun gain en capital n'avait été déclaré lors de la vente de la résidence de St-Félicien.

[97] Monsieur Dubé exploite une entreprise de transport de personnes entre la réserve d'Obedjiwan et St-Félicien, et de transport à fins médicales de la réserve d'Obedjiwan à Roberval et de Roberval vers d'autres destinations. Comme aucun service bancaire n'est offert sur la réserve d'Obedjiwan, M. Dubé fait affaire avec la Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue. Le juge a qualifié les revenus en intérêts de M. Dubé de substantiels, la somme déposée qui les génère dépassant un million de dollars. Interrogé à l'audience sur la source des revenus ayant permis l'accumulation de ce capital, M. Dubé a été incapable de fournir de l'information sur des dépôts qui excédaient de loin les revenus de son entreprise de transport. Le juge a résumé ainsi la preuve : « l'appelant a d'abord déclaré qu'il s'agissait de revenus d'entreprise et a par la suite affirmé qu'il ne savait pas d'où provenait l'argent et qu'il faudrait, dans ses propres mots, qu'il regarde ses affaires » (*Dubé c. La Reine*, 2007 CCI 393, 2008 D.T.C. 2204, par. 16). Le juge a dit ne pas être en mesure « de conclure que l'entreprise de [M. Dubé] est la source des revenus déposés » (par. 43). Par conséquent, il n'a pu établir de lien avec la réserve. De même, comme la famille vivait hors réserve, il a ajouté ne pas pouvoir conclure que les revenus étaient utilisés dans la réserve.

[98] Suivant les constatations de faits du juge de la Cour canadienne de l'impôt, il est difficile de trouver un lien concret et discernable avec la réserve. En effet, ce dernier n'a pas pu établir que l'activité à l'origine du capital produisant les intérêts avait un lien avec la réserve. À cet égard, la résidence du débiteur est certes située sur une réserve, mais, comme je l'ai expliqué ci-dessus, le lieu où

where interest payments were to be made is not really relevant in light of the transaction to which the incidence of the tax attached: interest accrued in a year must be reported as income, regardless of whether it was actually paid. The judge rejected Mr. Dubé's argument that he resided on the reserve. If the accrued interest were exempt from taxation, this would amount to giving it preferential treatment in relation to the property generated by the activity itself. Mr. Dubé did not show how the fact that the contract was entered into on the reserve furthers the purpose of the exemption. His choice appears to have been based on obtaining a personal tax benefit. There was no connection with the economic development of the reserve. Indeed, there is no solid evidence of a connection between the right provided for in the contract with respect to which the interest accrued and a reserve.

[99] In these circumstances, I can only conclude that the purpose of the exemption would not be furthered by protecting this property from taxation. The connection is tenuous. Mr. Dubé did not reside on the reserve, and the economic activity that generated the property to which an investment contract applied — that is, the capital — was not connected with the reserve. The incidence of the tax does not favour granting the exemption, quite the contrary. If, as the Tax Court of Canada judge found, the capital did not come from Mr. Dubé's business activities, granting the exemption would be tantamount to turning the reserve into a tax haven for Indians engaged in unspecified for-profit activities off the reserve. This squares in every respect with La Forest J.'s description in *Mitchell* (quoted above) of what the exemption does not cover. The economic development of the reserve cannot justify granting the exemption in these circumstances.

[100] Since my conclusion is different from that of Cromwell J., I should explain the points on which we are in agreement and those on which we disagree. I agree with my colleague that there is no need to consider whether the property or the activity that generated it is connected with the traditional Aboriginal way of life. I also agree with him

le paiement des intérêts doit être fait est peu pertinent en raison de l'opération à laquelle se rattache l'incidence fiscale : les intérêts courus dans l'année doivent être inclus dans le revenu, peu importe qu'ils soient payés ou non. Le juge n'a pas retenu l'argument de M. Dubé selon lequel il résidait sur la réserve. Si les intérêts courus étaient exemptés d'impôt, cela impliquerait qu'on leur accorde un traitement préférentiel par rapport aux biens qui résultent de l'activité elle-même. Monsieur Dubé n'a pas démontré en quoi le fait que le contrat soit conclu sur la réserve favorise la réalisation de l'objet de l'exemption. Son choix paraît se fonder sur la recherche d'un bénéfice fiscal personnel. Il n'y a aucun lien avec le développement économique de la réserve. En fait, aucun élément concret ne relie à une réserve le droit prévu dans le contrat et donnant ouverture aux intérêts.

[99] Dans ces circonstances, je ne peux que conclure que l'objet de l'exemption ne serait pas soutenu par une protection de ce bien contre l'assujettissement à l'impôt. En fait, le lien est ténu. Monsieur Dubé ne réside pas sur la réserve, et l'activité économique ayant généré le bien qui fait l'objet d'un contrat de placement — à savoir le capital — n'est pas liée à la réserve. L'incidence fiscale ne milite pas en faveur de la reconnaissance de l'exemption, bien au contraire. Si, comme a conclu le juge de la Cour canadienne de l'impôt, le capital ne provient pas des activités de l'entreprise de M. Dubé, reconnaître l'exemption équivaldrait à transformer la réserve en abri fiscal pour les Indiens qui se livrent hors réserve à des activités lucratives non identifiées. Cette description correspond en tous points à celle qu'a faite le juge La Forest, dans *Mitchell*, des situations non visées par l'exemption (déjà citée ci-dessus). L'essor économique de la réserve ne peut justifier la reconnaissance de l'exemption dans ces circonstances.

[100] Comme j'arrive à une conclusion différente de celle du juge Cromwell, je dois préciser les points sur lesquels nous sommes en accord et ceux sur lesquels nous divergeons d'opinions. À l'instar de mon collègue, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de vérifier si le bien ou l'activité qui l'a généré sont liés au mode de vie traditionnel autochtone.

that the activity engaged in by a financial institution to fulfil its monetary obligations in the context of investment contracts providing for the payment of interest is not a valid factor for determining whether personal property held by an Indian is situated on a reserve. What must be considered is the location of the activity that generated the invested capital.

[101] However, I have reservations regarding certain other criticisms — evident in some of the academic commentary — that favour artificial connections. I am not prepared to rewrite the law on the basis of these criticisms or to disregard the experience acquired over nearly 30 years, since *Nowegijick*. For this same reason, I cannot, as a matter of principle, agree with Cromwell J., since in my view he pays insufficient attention to the purpose of the exemption and to this experience. I also have reservations about how my colleague applies the connecting factors proposed in *Williams*.

[102] In principle, I cannot agree that significant weight should be given to connecting factors that can be easily manipulated. In my view, that is the effect of the importance attached to the contractual aspects of the investment contract rather than to the property's concrete and discernible connections with the reserve. Cromwell J. accepts the argument that the Tax Court of Canada failed to give sufficient weight to the contractual nature of the deposit at the Caisse populaire in determining the location of the property in issue (paras. 11 and 13). In my opinion, the Tax Court of Canada was right not to dwell on that aspect of the property.

[103] It can be seen from past experience, as is clear from a number of decisions, that it is easy to set up, on the basis of a purely legal test, a contractual framework that, on its face, meets the requirements for the exemption. The courts have been asked to decide numerous cases concerning employment income in which, in order to gain a financial advantage, employers had designated an

Je partage aussi l'avis du juge Cromwell que l'activité qui permet à une institution financière de respecter ses obligations financières dans le cadre de contrats de placement prévoyant le paiement d'intérêts ne constitue pas un critère valable pour déterminer si un bien meuble détenu par un Indien est situé sur une réserve. Ce qui doit être examiné est l'emplacement de l'activité qui a généré le capital investi.

[101] J'éprouve cependant certaines réserves à l'égard d'autres critiques préconisant des liens artificiels — proposition qui ressort de certains commentaires doctrinaux. Pour ma part, je ne suis pas disposée à récrire le droit sur la base de ces critiques, sans tenir compte de l'expérience acquise depuis près de 30 ans, soit depuis l'arrêt *Nowegijick*. C'est également pour cette raison que, sur le plan des principes, je ne peux me rallier à l'opinion du juge Cromwell qui, selon moi, n'accorde pas suffisamment d'attention à l'objet de l'exemption et à cette expérience passée. J'ai aussi des réserves sur la manière dont mon collègue applique les facteurs de rattachement suggérés par l'arrêt *Williams*.

[102] Au niveau des principes, je ne puis accepter que des facteurs de rattachement qui peuvent être facilement manipulés reçoivent un poids considérable. C'est à mon avis ce qui résulte de l'importance accordée aux aspects contractuels de la convention de placement plutôt qu'aux liens concrets et discernables du bien avec la réserve. Le juge Cromwell retient l'argument suivant lequel la Cour canadienne de l'impôt a omis d'attacher suffisamment de poids à la nature contractuelle du dépôt à la Caisse populaire lors de la détermination de l'emplacement du bien en litige (par. 11 et 13). À mon avis, c'est avec raison que la Cour canadienne de l'impôt n'a pas insisté sur cet aspect du bien.

[103] L'expérience passée, qui est bien illustrée par plusieurs décisions, montre qu'il est facile d'ériger une structure contractuelle donnant en apparence droit à l'exemption en ayant recours à un critère purement juridique. Les tribunaux ont été appelés à se prononcer dans de nombreux cas portant sur des revenus d'emploi où, dans le but de profiter d'un avantage pécuniaire, des employeurs

establishment on a reserve on the assumption that their employees would be able to benefit from the exemption under the *Indian Act* even though the jobs had no real connection with the reserve (see: *Robinson v. The Queen*, 2010 TCC 649, [2011] 2 C.T.C. 2286; *Horn v. Canada*, 2007 FC 1052, [2008] 1 C.T.C. 140, aff'd 2008 FCA 352, 302 D.L.R. (4th) 472; *Shilling v. M.N.R.*, 2001 FCA 178, [2001] 4 F.C. 364; *Canada v. Monias*, 2001 FCA 239, [2002] 1 F.C. 51; *Southwind v. Canada* (1998), 156 D.L.R. (4th) 87 (F.C.A.)). This type of planning had even extended to other types of businesses (see *Large v. The Queen*, 2006 TCC 509, 2006 D.T.C. 3558). Indeed, what the Aboriginal community seemed to understand from *Nowegijick* was that they could, by contract, arrange their affairs to take advantage of the exemption (see *Dockstator*). Although this approach may seem attractive from a financial perspective, it is hard to see how it can be consistent with the purpose of the exemption. With respect, Cromwell J.'s approach opens the door to setting up contractual frameworks on reserves that have nothing to do with the purpose of the exemption, and it provides an impetus for tax planning aimed solely at benefiting from the exemption (see, on interest income: *Large v. The Queen*). Although such planning is legitimate for contractual purposes, it cannot be endorsed and held to be consistent with the purpose of the exemption provided for in the *Indian Act*.

[104] In my view, it is necessary to continue to emphasize the application of concrete factors. What the *Indian Act* provides for is a right to protect property situated on a reserve, not a right to an exemption that applies to planning measures that notionally situate intangible property on a reserve for the sole purpose of sheltering them from taxation.

[105] Furthermore, regarding the application of the connecting factors proposed in *Williams*, I do not agree that 20 years of experience drawn from decisions of Canadian courts should be swept aside.

[106] I cannot agree with Cromwell J.'s description of the nature of the relevant transaction for

avaient désigné un établissement sur une réserve en misant sur le fait que leurs employés pourraient bénéficier de l'exemption prévue par la *Loi sur les Indiens*, sans pour autant que ces emplois ne soient liés de façon concrète à la réserve (voir : *Robinson c. La Reine*, 2010 CCI 649 (CanLII); *Horn c. Canada*, 2007 CF 1052 (CanLII), conf. par 2008 CAF 352 (CanLII); *Shilling c. M.R.N.*, 2001 CAF 178, [2001] 4 C.F. 364; *Canada c. Monias*, 2001 CAF 239, [2002] 1 C.F. 51; *Southwind c. Canada*, 1998 CanLII 7300 (C.A.F.)). Ce type de planification s'était même étendu à d'autres types d'entreprises (voir *Large c. La Reine*, 2006 CCI 509 (CanLII)). En effet, à la suite de *Nowegijick*, le message reçu par la communauté autochtone semblait être qu'il était possible, par contrat, d'organiser ses affaires de façon à bénéficier de l'exemption (voir *Dockstator*). Si cette approche peut paraître attrayante sur le plan financier, il est difficile d'imaginer comment elle peut être compatible avec l'objet de l'exemption. Avec égards pour l'approche proposée par le juge Cromwell, celle-ci ouvre la porte à la mise en place, sur des réserves, de structures contractuelles qui n'ont rien à voir avec l'objet de l'exemption et relancent le bal des planifications fiscales ayant pour unique but de bénéficier de l'exemption (voir, pour des revenus en intérêts : *Large c. La Reine*). Si, à des fins contractuelles, une telle planification est légitime, elle ne saurait toutefois être avaisée et jugée compatible avec l'objet de l'exemption prévue par la *Loi sur les Indiens*.

[104] L'accent sur la recherche de critères concrets doit, à mon avis, être conservé. Ce à quoi la *Loi sur les Indiens* donne droit c'est à la protection des biens situés sur une réserve, non à une exemption qui résulterait de mesures de planification situant fictivement des biens intangibles sur une réserve à seule fin de les soustraire à l'emprise du fisc.

[105] Par ailleurs, pour ce qui est de l'application des facteurs de rattachement suggérés par l'arrêt *Williams*, je ne suis pas d'accord pour faire table rase de l'expérience tirée des décisions des tribunaux canadiens depuis 20 ans.

[106] Je ne peux souscrire à la description que fait le juge Cromwell de la nature de l'opération

income tax purposes. My colleague considers that the relevant transaction is the payment of interest (paras. 15, 19 and 41). With respect, if, in *Williams*, the transaction on which the issue of eligibility for the exemption was based was found to be the receipt of benefits, it was because of the taxing provision in issue in that case (*Williams*, pp. 891 *et seq.*). In the instant case, the property in issue is the right to be paid interest under the investment contract. Under s. 12(4) of the *Income Tax Act*, it is only when the taxpayer's income for a given taxation year is computed that the tax consequences of this right are realized: the accrued interest must be included in the taxpayer's income. Since the interest does not actually have to be paid for the property to attract tax consequences, I do not see how the payment of interest could be the personal property whose status under the *Indian Act* is in issue. Accordingly, little weight should be attached to the place where the payment is to be made.

[107] Moreover, the decision to attach determinative weight to the fact that the payment could be made on the reserve is in my view not only anachronistic, but unrealistic. In this age of electronic transactions, the fact that interest is paid at maturity into an account administered on a reserve seems to me to be a tenuous connection. Indians, like all other citizens, can have access to their funds from almost anywhere. To assume that they go to a Caisse populaire situated on a reserve when they want to have access to their funds, it would be necessary to assume that they do things differently than other citizens.

[108] I would also point out that ownership of a right provided for in a contract does not lead to the concept of the location of a deposit account as was the case in *God's Lake*, which concerned the seizure of amounts deposited in an account.

[109] In sum, I cannot agree with Cromwell J.'s analysis for several reasons. First, he attaches excessive weight to formal connections that, in certain circumstances, have a tenuous relationship with the reserve. Second, he essentially gives

pertinente pour les besoins de l'impôt sur le revenu. Mon collègue estime que l'opération pertinente réside dans le paiement d'intérêts (par. 15, 19 et 41). Avec égards, si l'opération qui a suscité le débat sur l'admissibilité à l'exemption dans *Williams* était décrite comme la réception des prestations, c'est en raison de la disposition fiscale en jeu dans cette affaire (*Williams*, p. 891 et suiv.). En l'espèce, le bien en litige est le droit de recevoir des intérêts en vertu du contrat de placement. Conformément au par. 12(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce n'est que lors du calcul du revenu pour une année d'imposition donnée que les conséquences fiscales de ce droit sont actualisées : les intérêts courus doivent être inclus au revenu du contribuable. Comme il n'est pas nécessaire que les intérêts soient payés pour que le bien entraîne des conséquences fiscales, je ne vois pas en quoi le bien meuble dont on examine le statut en vertu de la *Loi sur les Indiens* pourrait être le paiement de ces intérêts. Par conséquent, le lieu où le paiement doit être fait devrait avoir peu de poids.

[107] De plus, la décision d'attacher une importance déterminante au fait que le paiement pourrait être effectué sur la réserve me paraît non seulement anachronique, mais également peu réaliste. En cette ère de transactions électroniques, que les intérêts soient, à l'échéance, versés dans un compte administré à partir d'une réserve me paraît tenu comme lien. En effet, comme tous les autres citoyens, les Indiens peuvent accéder à leurs fonds d'à peu près n'importe où. Il faudrait leur prêter des pratiques inusitées pour présumer qu'ils se rendent à une Caisse populaire située sur une réserve lorsqu'ils veulent avoir accès à leurs fonds.

[108] Je souligne d'ailleurs que la propriété du droit constaté dans un contrat ne fait pas appel à la notion d'emplacement d'un compte de dépôt comme c'était le cas dans *God's Lake* pour la saisie des sommes déposées dans le compte.

[109] En somme, je ne puis pour plusieurs raisons me ranger à l'analyse du juge Cromwell. Premièrement, il accorde trop d'importance à des liens formels qui, dans certaines circonstances, ont une faible relation réelle avec la réserve.

determinative weight to a single factor — the debtor's place of residence — while rejecting the concrete connecting factors of the creditor's place of residence and the location of the activity that generated the capital. Third, he fails in his analysis to consider the provision that governs the tax treatment of interest income. In short, the factors he chooses to apply are in reality but one, the debtor's place of residence, and his analysis is inconsistent with the historical purpose of the exemption.

[110] The parallel consideration of these two appeals highlights the need to identify concrete and discernable connections with the reserve. In the appeal of Mr. Bastien's estate, all the connecting factors favour granting the exemption. In Mr. Dubé's appeal, on the other hand, the connection results from a legal fiction that has no basis in solid evidence.

[111] For these reasons, I would allow the appeal in the case of Mr. Bastien's estate, with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

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

*Solicitors for the intervenor the Huron-Wendat Nation: Hutchins Légal inc., Montréal.*

*Solicitors for the intervenor the Assembly of Manitoba Chiefs: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervenor the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Solicitors for the intervenors the Assembly of First Nations and the Union of Nova Scotia Indians: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

Deuxièmement, il donne essentiellement un poids déterminant à un seul facteur — la résidence du débiteur — tout en rejetant les facteurs de rattachement concrets de la résidence du créancier et de l'emplacement de l'activité générant le capital. Troisièmement, son analyse ne tient pas compte de la disposition qui règle le traitement fiscal des revenus d'intérêts. En somme, les facteurs qu'il choisit n'en sont en réalité qu'un seul, la résidence du débiteur et cette analyse n'est pas compatible avec l'objet historique de l'exemption.

[110] L'étude parallèle des deux pourvois fait bien ressortir la nécessité d'établir des liens concrets et discernables avec la réserve. Dans celui de la succession de M. Bastien, tous les facteurs de rattachement militent en faveur de la reconnaissance de l'exemption. À l'inverse, dans le pourvoi de M. Dubé le rattachement découle d'une fiction juridique qui ne peut s'appuyer sur aucun élément concret.

[111] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel dans le dossier de la succession de M. Bastien, avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation huronwendat : Hutchins Légal inc., Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes l'Assemblée des Premières Nations et Union of Nova Scotia Indians : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*



*Solicitors for the interveners the Chiefs of Ontario: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama.*

**Alexandre Dubé** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Assembly of Manitoba Chiefs, Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority, Assembly of First Nations, Chiefs of Ontario and Union of Nova Scotia Indians** *Intervenors*

INDEXED AS: DUBÉ v. CANADA

2011 SCC 39

File No.: 33194.

2010: May 20; 2011: July 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Aboriginal law — Taxation — Exemptions — Interest income — Status Indian living part time off-reserve investing income in term deposits with caisse populaire located on reserve — Interest income earned on term deposits paid and deposited in savings account — Whether interest income exempt from income taxation as personal property “situated on a reserve” — Connecting factors approach to determining location of intangible personal property — Weight given to creditor’s place of residence, source of invested funds and location where investment income spent — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).*

*Taxation — Income tax — Exemptions — Income from property — Interest income earned on term deposits deposited in status Indian’s savings account on reserve — Whether interest income exempt from tax as “personal property of an Indian situated on a reserve” — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), ss. 3, 9 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).*

D is an Attikamek Indian and has been a member of the Obedjiwan Reserve since birth. During the relevant

**Alexandre Dubé** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Assembly of Manitoba Chiefs, Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie, Assemblée des Premières Nations, Chiefs of Ontario et Union of Nova Scotia Indians** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DUBÉ c. CANADA

2011 CSC 39

N° du greffe : 33194.

2010 : 20 mai; 2011 : 22 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit des Autochtones — Droit fiscal — Exemptions — Revenu en intérêts — Revenu d’un Indien inscrit ayant vécu un certain temps hors réserve placé dans des dépôts à terme d’une caisse populaire située sur une réserve — Revenu en intérêts tiré des dépôts à terme versé et déposé dans un compte d’épargne — Le revenu en intérêts était-il exempté de l’impôt sur le revenu à titre de bien meuble « situé sur une réserve »? — Méthode des facteurs de rattachement pour la détermination de l’emplacement d’un bien meuble immatériel — Poids accordé à la résidence du créancier, à la source de l’argent placé et au lieu où le revenu de placements a été dépensé — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)b).*

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exemptions — Revenu d’un bien — Revenu en intérêts tiré de dépôts à terme par un Indien inscrit déposé dans son compte d’épargne sur une réserve — Le revenu en intérêts était-il exempté de taxation à titre de « bien meuble d’un Indien situé sur une réserve »? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)b).*

D est un Indien attikamek, qui est membre de la réserve d’Obedjiwan depuis sa naissance. Au cours des

years, D lived part time off-reserve and owned real property off-reserve. As there were no financial institutions on the Obedjiwan Reserve, D used the services of the Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue situated on the Mashteuiatsh Reserve. He earned interest income on term deposits with the Caisse, which was deposited in a savings account at the Caisse. The Minister of National Revenue made an assessment in which he added the investment income to D's income for each taxation year from 1997 to 2002. The Minister refused to consider this income to be property exempt from taxation under s. 87 of the *Indian Act*. The assessment was confirmed and D appealed unsuccessfully to the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal.

*Held* (Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ.: According to the analytical approach set out in *Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710, both the substance and the form of the term deposits provide strong connecting factors between the interest income and a reserve. The interest income derives from a contractual obligation entered into on a reserve with an institution carrying on business on that reserve to pay fixed sums of money on that reserve. Focusing on the nature of the taxpayer's property, as opposed to the Caisse's sources of revenue, the generation and payment of the income is strongly connected to a reserve. Therefore, the connecting factors of the place of contracting, the location of the Caisse and the place of payment should, when considered in light of the type of property, the nature of the taxation of that property and the purpose of the exemption, be given considerable weight.

Notwithstanding the factual differences between *Bastien* and this case, all the relevant factors point to the Mashteuiatsh Reserve as the location of the interest income, and D should therefore be entitled to the s. 87 exemption from taxation. The facts that the Caisse was not on D's reserve and that D's principal residence was not on a reserve, while potentially relevant, should receive little weight when considered in light of the type of property, the nature of the taxation in issue and the purpose of the exemption. The taxation exemption refers to an Indian's personal property situated on "a" reserve and not to property on his or her "own" reserve. Furthermore, given the strength of the connecting factors relating to the location where the contract of investment was entered into, where it was to be performed

années pertinentes, D a vécu pendant un certain temps hors réserve et a été propriétaire de biens immeubles situés à l'extérieur de la réserve. Comme il n'y a aucune institution financière sur la réserve d'Obedjiwan, D a utilisé les services de la Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue qui est située sur la réserve de Mashteuiatsh. Il a tiré un revenu en intérêts des dépôts à terme émis par la Caisse et ce revenu a été déposé dans un compte d'épargne à la Caisse. Le ministre du Revenu national a établi un avis de cotisation dans lequel il a inclus le revenu de placements de D dans le calcul de son revenu pour chacune des années d'imposition de 1997 à 2002. Le ministre a refusé de considérer ce revenu comme un bien exempté de taxation en vertu de l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*. L'avis de cotisation a été confirmé et D a été débouté en appel à la Cour canadienne de l'impôt et à la Cour d'appel fédérale.

*Arrêt* (les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell : Selon la démarche analytique décrite dans *Bastien (Succession) c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710, tant le fond que la forme des dépôts à terme rattachent fortement le revenu en intérêts à une réserve. Le revenu en intérêts est issu d'une obligation contractuelle de verser des sommes d'argent fixes sur une réserve, en vertu d'un contrat conclu sur cette réserve avec une institution qui exerce ses activités sur cette réserve. Une analyse axée sur la nature du bien du contribuable, par opposition à la source des revenus de la Caisse, indique que la production et le paiement du revenu sont fortement rattachés à une réserve. Par conséquent, les facteurs de rattachement du lieu de la conclusion du contrat, de l'emplacement de la Caisse et du lieu du paiement, examinés en fonction du genre de bien, de la nature de l'imposition du bien et de l'objet de l'exemption, devraient se voir accorder un poids très important.

Malgré les différences factuelles entre l'affaire *Bastien* et la présente affaire, tous les facteurs pertinents désignent la réserve de Mashteuiatsh comme emplacement du revenu en intérêts et D devrait donc avoir droit à l'exemption fiscale établie par l'art. 87. Le fait que la Caisse n'était pas située sur la réserve de D et le fait que la résidence principale de D n'était pas située sur une réserve, bien que potentiellement pertinents, doivent se voir accorder peu d'importance lorsqu'ils sont examinés en fonction du genre de bien, de la nature de l'imposition en cause et de l'objet de l'exemption. L'exemption fiscale vise les biens meubles d'un Indien situés sur « une » réserve et non pas les biens d'un Indien situés sur « sa propre » réserve. De plus, compte tenu de la force des facteurs de rattachement concernant le lieu où

and the Caisse's place of business, the fact that the bulk of the capital invested was not derived from the tax-exempt activities on a reserve does not appreciably weaken the connection between the income and the Mashteuiatsh Reserve. Finally, when considered in light of the type of property, the nature of the taxation of that property and the purpose of the exemption, the location where the investment income was spent by D is not a relevant connecting factor in determining the location of the income earned on his term deposits.

*Per* Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting): The interest accrued under D's investment contract cannot be exempt from taxation. For the exemption provided for in the *Indian Act* to apply, an Indian's personal property must have concrete and discernible connections with a reserve. The findings of fact of the Tax Court of Canada judge disclose no such connections in this case. D did not reside on the reserve, he was unable to explain where the deposits came from and the judge was unable to establish a connection between the deposited capital and the transportation company operated by D. To grant the exemption in such circumstances would be tantamount to turning the reserve into a tax haven for Indians engaged in unspecified for-profit activities off the reserve.

#### Cases Cited

By Cromwell J.

**Applied:** *Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710, rev'g 2009 FCA 108, 400 N.R. 349; *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; **referred to:** *Recalma v. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59, aff'g [1997] 4 C.N.L.R. 272; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Lewin v. The Queen*, 2001 D.T.C. 479, aff'd 2002 FCA 461, 2003 D.T.C. 5476.

By Deschamps J. (dissenting)

*Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710.

#### Statutes and Regulations Cited

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 12(4).  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 87, 89.

le contrat de placement a été conclu et où il devait être exécuté et le lieu de l'établissement de la Caisse, le fait que la majeure partie du capital investi ne provenait pas des activités sur une réserve qui sont exonérées d'impôt n'atténue pas sensiblement le lien entre le revenu et la réserve de Mashteuiatsh. Enfin, compte tenu du genre de bien, de la nature de l'imposition du bien et de l'objet de l'exemption, l'endroit où D a dépensé le revenu de placements n'est pas un facteur de rattachement pertinent pour déterminer l'emplacement du revenu généré par les dépôts à terme.

*Les juges* Deschamps et Rothstein (dissidents) : Les intérêts courus en vertu du contrat de placement auquel D a adhéré ne peuvent être exonérés d'impôt. Pour que l'exemption prévue à la *Loi sur les Indiens* s'applique, le bien meuble d'un Indien doit posséder des liens concrets et discernables avec la réserve. Or, les conclusions de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt ne révèlent pas l'existence de tels liens en l'espèce. D ne résidait pas sur la réserve, il a été incapable d'expliquer l'origine des dépôts et le juge n'a pas été en mesure de relier le capital déposé à l'entreprise de transport exploitée par D. Reconnaître l'exemption dans de pareilles circonstances équivaldrait à transformer la réserve en abri fiscal pour les Indiens qui se livrent hors réserve à des activités lucratives indéterminées.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts appliqués :** *Bastien (Succession) c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710, inf. 2009 CAF 108, [2009] A.C.F. n° 434 (QL); *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; **arrêts mentionnés :** *Recalma c. Canada*, 1998 CanLII 7621, conf. [1996] A.C.I. n° 675 (QL); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Lewin c. La Reine*, 2001 CanLII 502, conf. par 2002 CAF 461 (CanLII).

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Bastien (Succession) c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710.

#### Lois et règlements cités

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 12(4).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87, 89.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Blais and Pelletier J.J.A.), 2009 FCA 109, 393 N.R. 143, 2009 DTC 5175 (p. 6215), [2010] 1 C.N.L.R. 249, 315 D.L.R. (4th) 372, [2009] F.C.J. No. 408 (QL), 2009 CarswellNat 2572, affirming a decision of Angers J., 2007 TCC 393, 2008 D.T.C. 4022, [2007] T.C.J. No. 540 (QL), 2007 CarswellNat 5432. Appeal allowed, Deschamps and Rothstein J.J. dissenting.

*François Bouchard, Vassilis Fasfalis and Karine Boies*, for the appellant.

*Pierre Cossette and Bernard Letarte*, for the respondent.

*Jeffrey D. Pniowsky and Sacha R. Paul*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

*John Hurley and François Dandonneau*, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

*Maxime Faille and Graham Ragan*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*David C. Nahwegahbow and James Hopkins*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

*Brian A. Crane, Q.C.*, and *Guy Régimbald*, for the intervener the Union of Nova Scotia Indians.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell J.J. was delivered by

CROMWELL J. —

## I. Overview

[1] This appeal was heard at the same time as *Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710, the decision in which is released concurrently. As in *Bastien*, the issue here is whether Mr. Dubé is exempt from income tax otherwise payable on interest which he earned on term deposits with an on-reserve caisse populaire, a Quebec

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Blais et Pelletier), 2009 CAF 109, 393 N.R. 143, 2009 DTC 5080 (p. 5815), [2010] 1 C.N.L.R. 249, 315 D.L.R. (4th) 372, [2009] A.C.F. n° 408 (QL), 2009 CarswellNat 820, qui a confirmé une décision du juge Angers, 2007 CCI 393, 2008 D.T.C. 2204, [2007] A.C.I. n° 540 (QL), 2007 CarswellNat 4282. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents.

*François Bouchard, Vassilis Fasfalis et Karine Boies*, pour l'appelant.

*Pierre Cossette et Bernard Letarte*, pour l'intimée.

*Jeffrey D. Pniowsky et Sacha R. Paul*, pour l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

*John Hurley et François Dandonneau*, pour l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

*Maxime Faille et Graham Ragan*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*David C. Nahwegahbow et James Hopkins*, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

*Brian A. Crane, c.r.*, et *Guy Régimbald*, pour l'intervenante Union of Nova Scotia Indians.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell rendu par

LE JUGE CROMWELL —

## I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *Bastien (Succession) c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710. Les décisions relatives à ces pourvois sont rendues simultanément. Tout comme dans *Bastien*, la question en litige consiste à savoir si M. Dubé est exempté de l'impôt sur le revenu qui serait autrement exigible

savings and credit union. The Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal held that he was not, and Mr. Dubé challenges that conclusion.

[2] Applying the analysis set out in *Bastien*, my respectful view is that the Tax Court and the Federal Court of Appeal erred in both the approach they took and in the result they reached in this case. I would allow the appeal.

## II. Facts, Proceedings and Issue

[3] In *Bastien*, I set out ss. 87(1)(b) and (2) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which establish the exemption from income tax for an Indian with respect to personal property situated on a reserve. As in *Bastien*, there is no dispute here that Mr. Dubé is an Indian within the meaning of the *Indian Act* and that his interest income is personal property; the only issue is whether it is situated on a reserve.

[4] While the investment vehicles are the same here as they were in *Bastien*, there are some factual differences between the two cases. In light of the decision in *Bastien*, the main issue to be decided in this case is whether these differences result in finding that the investment income in this case was not situated on a reserve. I will give a brief overview of the facts and then turn to consider the impact of these factual differences on the analysis.

[5] Mr. Dubé is an Attikamek Indian and has been a member of the Obedjiwan Reserve since birth. Since the early 1980s, Mr. Dubé has operated a passenger transport business focusing on transporting persons from the Obedjiwan Reserve to Roberval for medical treatment. As there are no financial institutions on the Obedjiwan Reserve, Mr. Dubé uses the services of the Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue (“Caisse”) situated on the Mashteuiatsh Reserve.

sur les intérêts des dépôts à terme qu’il détenait dans une caisse populaire (une coopérative d’épargne et de crédit québécoise) située sur une réserve. La Cour canadienne de l’impôt et la Cour d’appel fédérale ont conclu qu’il n’était pas exempté. M. Dubé conteste cette conclusion.

[2] Selon l’analyse exposée dans *Bastien*, j’estime, en toute déférence, que la Cour de l’impôt et la Cour d’appel fédérale ont commis une erreur à la fois quant à leur démarche et quant à leur conclusion. Je suis d’avis d’accueillir l’appel.

## II. Les faits, l’historique judiciaire et la question en litige

[3] Dans *Bastien*, je cite l’al. 87(1)(b) et le par. 87(2) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui établissent l’exemption d’impôt sur le revenu à laquelle un Indien a droit relativement à ses biens meubles situés sur une réserve. Comme dans *Bastien*, il n’est pas contesté en l’espèce que M. Dubé est un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens* et que son revenu en intérêts est un bien meuble; la seule question en litige est de savoir si ce bien est situé sur une réserve.

[4] Les véhicules de placement en l’espèce sont les mêmes que dans *Bastien*, mais les deux affaires sont quelque peu différentes sur le plan des faits. Compte tenu de la décision rendue dans *Bastien*, la principale question qu’il faut trancher dans le présent pourvoi est de savoir si ces différences mènent à la conclusion que, dans cette affaire-ci, le revenu de placements n’était pas situé sur une réserve. Je résumerai brièvement les faits, puis j’examinerai l’incidence de ces différences factuelles sur l’analyse.

[5] M. Dubé est un Indien attikamek, qui est membre de la réserve d’Obedjiwan depuis sa naissance. Depuis le début des années 1980, M. Dubé exploite une entreprise de transport de personnes ayant besoin de soins médicaux entre la réserve d’Obedjiwan et la ville de Roberval. Comme il n’y a aucune institution financière sur la réserve d’Obedjiwan, M. Dubé utilise les services de la Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue (« Caisse ») qui est située sur la réserve de Mashteuiatsh.

[6] During the years under review, Mr. Dubé held certificates of deposit issued by the Caisse. Interest received was deposited in a savings account at the Caisse. Mr. Dubé considered this income to be property exempt from taxation under the *Indian Act*. However, the Minister of National Revenue assessed Mr. Dubé's income and added his investment income for each taxation year from 1997 to 2002. The Minister confirmed the assessment and Mr. Dubé appealed unsuccessfully to the Tax Court and the Federal Court of Appeal.

[7] There are three potentially relevant factual differences between this case and *Bastien*. First, while Mr. Dubé invested in a caisse populaire that was situated on a reserve, he did not reside on that reserve and, in fact, the trial judge was not persuaded that his principal residence was on any reserve. Second, the trial judge was unable to conclude that a considerable part of the invested capital had been earned on a reserve. Finally, the trial judge found that Mr. Dubé had not spent his interest income on a reserve.

[8] In the Tax Court (2007 TCC 393, 2008 D.T.C. 4022), Angers J. applied the Federal Court of Appeal's decision in *Recalma v. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59, and upheld the Minister's assessment. He was of the view that the location of investment income should be analysed by having regard to four factors: its connection to the reserve; whether it benefited the traditional Native way of life; the risk that taxation would erode Native property; and the extent to which the investment income was derived from mainstream economic activity. Angers J. thought that this fourth factor — whether the income was derived from the economic mainstream — was the most important. He found that the Caisse earned its income from activities in the economic mainstream which were not closely connected to the reserve. Further, Angers J. was not persuaded either that the source of the capital that was invested in the term

[6] Pendant les années en cause, M. Dubé détenait des certificats de dépôt émis par la Caisse. Les intérêts produits étaient déposés dans un compte d'épargne à la Caisse. Selon M. Dubé, ce revenu était un bien exempté de taxation en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, le ministre du Revenu national a établi un avis de cotisation dans lequel il a inclus le revenu de placements de M. Dubé dans le calcul de son revenu pour chacune des années d'imposition de 1997 à 2002. Le ministre a confirmé l'avis de cotisation et M. Dubé a été débouté en appel à la Cour de l'impôt et à la Cour d'appel fédérale.

[7] Trois différences sur le plan des faits entre la présente affaire et l'affaire *Bastien* sont potentiellement pertinentes. Premièrement, même si M. Dubé a placé des sommes d'argent dans une caisse populaire qui était située sur une réserve, il ne résidait pas dans cette réserve et, en fait, le juge de première instance n'était pas convaincu que sa résidence principale était située sur une réserve. Deuxièmement, le juge de première instance a été incapable de conclure que l'argent placé avait été gagné en très grande partie sur une réserve. Enfin, le juge de première instance a conclu que M. Dubé n'avait pas dépensé son revenu en intérêts dans une réserve.

[8] À la Cour de l'impôt (2007 CCI 393, [2007] A.C.I. n° 540 (QL)), le juge Angers a appliqué l'arrêt *Recalma c. Canada*, 1998 CanLII 7621, de la Cour d'appel fédérale, et a confirmé l'avis de cotisation du ministre. À son avis, le lieu où est situé un revenu de placements est fonction de quatre facteurs : son lien avec la réserve; son effet bénéfique sur le mode de vie traditionnel des Autochtones; le risque que l'imposition porte atteinte aux biens des Autochtones; et la mesure dans laquelle le revenu de placements peut être considéré comme provenant d'une activité du marché ordinaire. Le juge Angers estimait que ce quatrième facteur — soit la mesure dans laquelle le revenu provient du marché ordinaire — était le plus important. Il a conclu que la Caisse tirait ses revenus d'activités sur le marché ordinaire, qui n'étaient pas étroitement liées à la réserve. De plus, le juge Angers n'était pas convaincu que la source du capital placé dans

deposits or Mr. Dubé's principal residence was on a reserve.

[9] The Federal Court of Appeal (2009 FCA 109, 393 N.R. 143) dismissed Mr. Dubé's appeal, essentially for the same reasons given in *Bastien Estate v. Canada*, 2009 FCA 108, 400 N.R. 349.

[10] The issue, as noted, is whether Mr. Dubé's interest income earned on the term deposits with the Caisse was exempt from income taxation because it was property situated on a reserve.

### III. Analysis

[11] In *Bastien*, I reviewed the law about how to determine the location of investment income for the purposes of the s. 87 exemption from taxation.

[12] The investment instruments here are of the same type as in *Bastien*: term deposits. As outlined in more detail in that decision, both the substance and the form of this investment provide strong connecting factors between the interest income and a reserve. The interest income derives from a contractual obligation entered into on a reserve with an institution carrying on business on that reserve to pay fixed sums of money on that reserve. Focusing on the nature of the taxpayer's property, as opposed to the Caisse's sources of revenue, the generation and payment of the income is strongly connected to a reserve. As discussed in *Bastien*, where the Caisse earns its own revenues is not a factor entitled to much, if any, weight given the nature of the investment vehicle. Mr. Dubé, like Mr. Bastien, was a creditor of the Caisse, not an investor in the wider market beyond the reserve. In this case, as in *Bastien*, there is nothing artificial about this analysis; both the form and the substance of the investment vehicle are consistent with this approach. Therefore, as in *Bastien*, the connecting factors of the place of contracting, the location of the Caisse and the place of payment, when considered in light of the type of property, the nature of the taxation of that property and the purpose of the exemption,

les dépôts à terme ou la résidence principale de M. Dubé étaient situées sur une réserve.

[9] La Cour d'appel fédérale (2009 CAF 109, [2009] A.C.F. n° 408 (QL)) a rejeté l'appel de M. Dubé, essentiellement pour les motifs exposés dans *Bastien (Succession) c. Canada*, 2009 CAF 108, [2009] A.C.F. n° 434 (QL).

[10] La question en litige, comme nous l'avons vu, consiste à savoir si le revenu en intérêts que M. Dubé a tiré des dépôts à terme émis par la Caisse était exempté de taxation parce qu'il constituait un bien situé sur une réserve.

### III. Analyse

[11] Dans *Bastien*, j'ai examiné le droit concernant la façon de déterminer l'emplacement de revenus de placements pour l'application de l'exemption fiscale établie par l'art. 87.

[12] Les véhicules de placement en l'espèce sont du même type que ceux dont il était question dans *Bastien* : des dépôts à terme. Comme je l'ai expliqué de façon plus détaillée dans cette décision, tant le fond que la forme de ce type de placement rattachent fortement le revenu en intérêts à une réserve. Le revenu en intérêts est issu d'une obligation contractuelle de verser des sommes d'argent fixes sur une réserve, en vertu d'un contrat conclu sur cette réserve avec une institution qui exerce ses activités sur cette réserve. Une analyse axée sur la nature du bien du contribuable, par opposition à la source des revenus de la Caisse, indique que la production et le paiement du revenu sont fortement rattachés à une réserve. Comme je l'ai précisé dans *Bastien*, la provenance des revenus de la Caisse est un facteur qui n'a que très peu, sinon pas du tout d'importance, compte tenu de la nature du véhicule de placement. M. Dubé, à l'instar de M. Bastien, était un créancier de la Caisse et non un investisseur sur le vaste marché hors réserve. En l'espèce, comme dans *Bastien*, cette analyse n'a rien d'artificiel; tant la forme que le fond du véhicule de placement s'accordent avec cette approche. Par conséquent, comme dans *Bastien*, les facteurs de rattachement du lieu de la conclusion du contrat, de l'emplacement de la Caisse et du lieu du paiement,



suggest that considerable weight should be given to these connecting factors.

[13] However, as discussed in *Bastien*, all potentially relevant connecting factors should be weighed. That brings me to the question of whether the three factual differences between this case and *Bastien*, individually or taken together, lead to a different conclusion concerning the location of the interest income in this case. I will discuss each in turn.

#### 1. *Property Situated on a Reserve*

[14] As noted, the Caisse issuing the deposit certificates, while it is located on a reserve, is not located on Mr. Dubé's reserve. Moreover, the trial judge was not persuaded that Mr. Dubé's principal residence was on *any* reserve. In my view, the first fact — that the Caisse was not on Mr. Dubé's reserve — does not make the income ineligible for the exemption and that fact, as well as the fact that his principal residence was not on a reserve, while potentially relevant, should receive little weight when considered in light of the type of property, the nature of the taxation in issue and the purpose of the exemption. The text of the *Indian Act* and the Court's jurisprudence lead me to this conclusion.

[15] The taxation exemption under s. 87(1)(b) of the *Indian Act* refers to an Indian's personal property situated on "a" reserve and not to property on his or her "own" reserve. The Court has consistently held that the meaning of the words "on a reserve" should be approached having regard to their substance and their ordinary, common sense meaning: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 41; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, at p. 958; *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161, at paras. 13-14; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006]

examinés en fonction du genre de bien, de la nature de l'imposition du bien et de l'objet de l'exemption, donnent à croire qu'un poids très important devrait leur être accordé.

[13] Toutefois, comme je l'ai expliqué dans *Bastien*, tous les facteurs de rattachement potentiellement pertinents doivent être appréciés. Cela m'amène à la question de savoir si les trois différences factuelles entre la présente affaire et *Bastien*, prises isolément ou ensemble, mènent à une conclusion différente quant à l'emplacement du revenu en intérêts dans cette affaire-ci. Je vais examiner ces différences à tour de rôle.

#### 1. *Biens situés sur une réserve*

[14] Rappelons que la Caisse qui a émis les certificats de dépôt est située sur une réserve, mais sur une réserve différente de celle de M. Dubé. Qui plus est, le juge de première instance n'était pas convaincu que la résidence principale de M. Dubé était située sur *une* réserve. Selon moi, le premier fait — le fait que la Caisse n'était pas située sur la réserve de M. Dubé — ne rend pas le revenu inadmissible à l'exemption et ce fait, ainsi que le fait que la résidence principale de M. Dubé n'était pas située sur une réserve, bien que potentiellement pertinents, doivent se voir accorder peu d'importance lorsqu'ils sont examinés en fonction du genre de bien, de la nature de l'imposition en cause et de l'objet de l'exemption. Ce sont le libellé de la *Loi sur les Indiens* et la jurisprudence de la Cour qui m'amènent à cette conclusion.

[15] L'exemption fiscale établie par l'al. 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* vise les biens meubles d'un Indien situés sur « une » réserve et non pas les biens d'un Indien situés sur « sa propre » réserve. La Cour a toujours conclu qu'il faut interpréter les mots « sur une réserve » en tenant compte du fond et de leur sens ordinaire et naturel : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 41; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, p. 958; *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161, par. 13-14; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846,

2 S.C.R. 846, at para. 19. The ordinary, common sense meaning of “on a reserve” does not require that the property be on any particular reserve. As my colleague Deschamps J. points out, the legislative history of the exemption provides further support for the view that residence on the reserve where the property is located is not a requirement.

[16] At least two decisions of the Court also support this interpretation. In *Union of New Brunswick Indians*, the Court observed that on-reserve sales to Indians living off-reserve were exempt from sales tax: para. 43. My reading of this conclusion is that it is not necessary for an Indian to hold property on his or her own reserve, nor is it necessary that he or she reside on a reserve, to be eligible for the tax exemption provided for in s. 87. Similarly, in *God’s Lake*, McLachlin C.J., writing for a majority of the Court, noted that a band’s property would be situated on a reserve and therefore exempt from seizure even if it were on deposit at a financial institution on a reserve other than the band’s own reserve: para. 62. Both of these decisions support the view that the exemption applies to property on a reserve, not just to property on a particular reserve.

[17] In *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, La Forest J. stated at one point in his reasons that the exemptions in ss. 87 and 89 have “no application” absent “a discernible nexus between the property concerned and the occupancy of reserve lands by the owner of that property”: p. 133. In my view, this brief reference cannot be taken as authority for the view that the Indian claiming the exemption must occupy reserve lands where the property is situated. Rather, when read in the context of the reasons as a whole, the passage in my view was intended simply to emphasize the need for a strong connection between the property and the reserve. As noted earlier, imposing a requirement that the Indian claiming the exemption needs to occupy reserve land where the property is situated would be inconsistent with the text and legislative history of the provisions as well as with the subsequent jurisprudence from this Court.

par. 19. Le sens ordinaire et naturel des mots « sur une réserve » n’exige pas que le bien soit situé sur une réserve donnée. Comme ma collègue, la juge Deschamps, le souligne, l’historique législatif de l’exemption fournit un appui supplémentaire au point de vue voulant que la résidence sur la réserve où est situé le bien ne soit pas nécessaire.

[16] Au moins deux décisions de la Cour appuient aussi cette interprétation. Dans *Union of New Brunswick Indians*, la Cour a précisé que les achats effectués à l’intérieur d’une réserve par des Indiens vivant hors réserve n’étaient pas assujettis à la taxe de vente : par. 43. À mon sens, cela signifie qu’il n’est pas nécessaire que l’Indien détienne un bien sur sa propre réserve, ni qu’il réside dans une réserve, pour être admissible à l’exemption fiscale établie par l’art. 87. Dans le même ordre d’idées, dans *God’s Lake*, la juge en chef McLachlin, qui a rédigé l’opinion majoritaire de la Cour, a souligné qu’un bien appartenant à une bande est situé sur une réserve et est insaisissable, même s’il est déposé dans une institution financière située sur une réserve autre que celle de la bande : par. 62. Ces deux décisions appuient la thèse selon laquelle l’exemption s’applique aux biens situés sur une réserve, et non pas seulement aux biens situés sur une réserve en particulier.

[17] À un endroit, dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest a écrit que les exemptions créées par les art. 87 et 89 ne s’appliquent pas « en l’absence d’un lien discernable entre le bien en question et l’occupation des terres réservées par le propriétaire de ce bien » : p. 133. À mon avis, cette brève mention ne saurait être considérée comme une autorité établissant que l’Indien qui invoque l’exemption doit occuper les terres réservées sur lesquelles le bien est situé. Interprété dans le contexte de l’ensemble des motifs, ce passage visait simplement, à mon avis, à insister sur la nécessité d’un lien étroit entre le bien et la réserve. Comme je l’ai déjà mentionné, exiger que l’Indien qui invoque l’exemption occupe les terres réservées sur lesquelles est situé le bien serait incompatible avec le libellé et l’historique législatif des dispositions de la loi et avec la jurisprudence subséquente de la Cour.

[18] I conclude that, having regard to the ordinary meaning of the words and the Court's decisions interpreting them, the expression "situated on a reserve" means any reserve, not just a reserve where the Indian taxpayer resides or to which community he or she belongs. In other words, Mr. Dubé's investment income is not excluded from the exemption simply because he did not reside on the reserve where the income was paid.

[19] That, however, does not end the matter. We must still apply the analytical approach set out in *Bastien* to determine the location of the property in issue.

[20] The residence of the creditor is a potentially relevant connecting factor and Mr. Dubé does not reside on the reserve where the term deposits were made and the interest on them was payable. The question is how much weight this factor should be given, having regard to the type of property, the nature of the taxation of that property and the purpose of the exemption. Taking those factors into account, my view is that Mr. Dubé's place of residence should be given little weight in the circumstances of this case.

[21] As discussed in *Bastien*, the type of property in issue here — income earned on term deposits — strongly connects it to the Mashteuiatsh Reserve. Also, as in *Bastien*, the nature of the taxation of the interest income supports giving considerable weight to the place of contracting, the place of payment and the location of the Caisse. As to the purpose of the exemption, the absence of a financial institution on Mr. Dubé's own reserve tends to weaken the importance of his own place of residence as a possible connecting factor: he would not be able to invest his capital on his own reserve even if he lived there. I conclude that Mr. Dubé's place of residence should be given little weight in the circumstances of this case. I note that this view is consistent with the Federal Court of Appeal's opinion in *Recalma*, at para. 12, that, having regard to the nature of the investment income, less weight is properly accorded to the residence of the taxpayer.

[18] Je conclus que, compte tenu de leur sens ordinaire et de l'interprétation que la Cour en a donnée, les mots « situés sur *une* réserve » renvoient à n'importe quelle réserve et ne se limitent pas à la réserve dans laquelle le contribuable indien réside ou à la réserve de la collectivité à laquelle il appartient. En d'autres mots, le revenu de placements de M. Dubé n'est pas exclu de l'exemption simplement parce qu'il ne résidait pas dans la réserve où le revenu a été versé.

[19] Cela ne suffit toutefois pas à régler la question. Nous devons encore appliquer la démarche analytique décrite dans *Bastien* pour déterminer l'emplacement du bien.

[20] La résidence du créancier est un facteur de rattachement potentiellement pertinent et M. Dubé ne réside pas dans la réserve où les dépôts à terme ont été achetés et où les intérêts sur ceux-ci devaient être versés. La question est de savoir quel poids il convient d'accorder à ce facteur compte tenu du genre de bien, de la nature de l'imposition du bien et de l'objet de l'exemption. Au regard de ces facteurs, j'estime qu'il ne faut pas accorder beaucoup de poids au lieu de résidence de M. Dubé dans les circonstances.

[21] Comme il en a été question dans *Bastien*, le genre de bien en cause — le revenu généré par des dépôts à terme — le rattache fortement à la réserve de Mashteuiatsh. De plus, comme dans *Bastien*, la nature de l'imposition du revenu en intérêts justifie que l'on accorde un poids important au lieu de la conclusion du contrat, au lieu du paiement et à l'emplacement de la Caisse. En ce qui concerne l'objet de l'exemption, l'absence d'une institution financière sur la réserve de M. Dubé tend à affaiblir l'importance de son lieu de résidence comme facteur de rattachement potentiel : il ne pourrait pas investir son capital sur sa réserve, même s'il y vivait. Je conclus que, dans les circonstances, peu de poids devrait être accordé au lieu de résidence de M. Dubé. Je souligne que ce point de vue concorde avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel fédérale au par. 12 de l'arrêt *Recalma*, soit que, compte tenu de la nature du revenu de placements, il convient d'accorder un poids moindre à la résidence du contribuable.

2. *The Origin of the Capital Used to Invest in Term Deposits*

[22] At trial, the appellant was asked about the source of the funds used to invest in the term deposits. The trial judge found that the appellant failed to provide a satisfactory answer and held that he was unable to conclude that the appellant's business income was the source of the capital deposited. The trial judge found, at para. 43 :

In addition, the nature of the appellant's income is a factor that may create a connection with the reserve. In the present case, the income generated by the business is connected to a reserve because it comes from the activities of his business, which consists in the provision of a service to Aboriginals by Aboriginals, with the exception of a few off-reserve services. Where there is some difficulty in terms of a connection with the reserve is the fact that the Court is not able to conclude that the appellant's business is the source of the income deposited, which, in turn, generated investment income. The appellant was unable to establish the source of a quite considerable sum of money used to generate the investment income, and consequently I am unable to establish a connection with a reserve for this part of his investments.

[23] This is a finding of fact that will not be interfered with on appeal, absent a "palpable and overriding error" in the trial judge's assessment of the evidence: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10. I find no such error.

[24] The question is whether the absence of a connection between the bulk of the invested capital and a reserve should be given significant weight. *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, could be read as suggesting that it should because, as noted in *Bastien*, there are some parallels between the unemployment insurance benefits at issue in *Williams* and the interest income in issue here.

[25] In *Williams*, the entitlement to the benefits in issue was earned through qualifying employment.

2. *L'origine du capital utilisé pour acheter les dépôts à terme*

[22] En première instance, on a demandé à l'appelant quelle était la source des fonds utilisés pour acheter les dépôts à terme. Le juge de première instance a conclu que l'appelant n'avait pas donné une réponse satisfaisante et a estimé qu'il ne pouvait pas conclure que le revenu d'entreprise de l'appelant était la source du capital déposé. Le juge de première instance a déclaré ce qui suit, au par. 43 :

Dans un deuxième temps, la nature du revenu de l'appelant est un facteur pouvant créer un lien avec la réserve. En l'espèce, les revenus générés par l'entreprise sont liés à une réserve puisqu'ils proviennent des activités de son entreprise qui consiste à fournir un service à des autochtones par des autochtones, à l'exception de quelques services rendus hors réserve. Ce qui crée une certaine difficulté en terme de lien avec la réserve, c'est le fait que la Cour n'est pas en mesure de conclure que l'entreprise de l'appelant est la source des revenus déposés qui, à leur tour, ont généré un revenu de placement. L'appelant a été incapable d'établir la provenance d'une somme d'argent assez considérable ayant servi à générer le revenu de placement, de sorte qu'il m'est impossible de créer un lien avec une réserve en ce qui concerne cette partie de ses placements.

[23] Il s'agit d'une conclusion de fait qui ne sera infirmée en appel que s'il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante » dans l'appréciation de la preuve : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10. Je ne constate aucune erreur de ce genre.

[24] La question consiste à savoir s'il convient d'accorder un poids important à l'absence de lien entre la majeure partie du capital déposé et une réserve. L'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, pourrait être interprété comme donnant à penser qu'il convient de lui accorder un tel poids parce que, comme cela a été mentionné dans *Bastien*, il existe certains parallèles entre les prestations d'assurance-chômage en cause dans *Williams* et le revenu en intérêts en cause ici.

[25] Dans l'affaire *Williams*, le droit aux prestations avait été acquis grâce à un emploi ouvrant

The Court reasoned that there was a connection between the receipt of benefits and the place of the employment which gave rise to those benefits: pp. 894-95. There is an analogy between the qualifying employment in *Williams* and the capital invested in this case: in *Williams*, it was the employment that gave rise to the benefits, and in this case, the capital is what gave rise to the interest. On that reasoning, the location where the capital was earned may be seen as an important connecting factor and one which in this case does not connect the income to a reserve.

[26] The Court in *Williams* held that the weight of this factor was strengthened by another consideration: the tax treatment of premiums and benefits. In general, the benefits are taxable but the premiums are deductible so that overall, the unemployment insurance scheme has fairly minimal impact on general tax revenues. However, in the case of an Indian who receives tax-exempt employment income, taxing the benefits earned because of that income does more than merely offset the tax saved by virtue of the premiums being deductible. Where the qualifying employment income is tax exempt, taxing the benefits erodes the entitlements created by the Indian's employment on a reserve: pp. 895-96. Similarly, it could be said in the case of capital derived from non-taxable sources that to impose tax on the interest earned by that capital would to some extent erode the entitlement to tax-exempt capital.

[27] These parallels between unemployment insurance benefits and interest income suggest that some weight should be given to the absence in this case of a connection between the location where the capital was accumulated and a reserve. However, I am not persuaded that the reasoning that led the Court in *Williams* to attach considerable weight to this factor applies with equal force to the circumstances of this case. There are three considerations that have led me to this conclusion.

droit aux prestations. La Cour a conclu qu'il existait un lien entre la réception des prestations et le lieu de l'emploi à l'origine des prestations : p. 894-895. Il existe une analogie entre l'emploi ouvrant droit aux prestations en cause dans *Williams* et le capital placé en l'espèce : dans *Williams*, c'était l'emploi qui était à l'origine des prestations et, en l'espèce, c'est le capital qui est à l'origine des intérêts. D'après ce raisonnement, l'endroit où le capital a été gagné pourrait être considéré comme un facteur de rattachement important et, en l'espèce, ce facteur ne rattache pas les revenus à une réserve.

[26] La Cour, dans *Williams*, a conclu que l'importance de ce facteur était renforcée par un autre élément : le traitement fiscal des cotisations et des prestations. En général, les prestations sont imposables, mais les cotisations sont déductibles de sorte que, globalement, le régime d'assurance-chômage a une incidence relativement minime sur les recettes fiscales générales. Toutefois, dans le cas d'un Indien qui reçoit un revenu d'emploi exonéré d'impôt, l'imposition des prestations gagnées en raison de ce revenu fait plus que compenser simplement les économies d'impôt liées au fait que les cotisations sont déductibles. Lorsque le revenu d'emploi qui donne droit à des prestations est exonéré d'impôt, l'imposition des prestations porte atteinte aux droits engendrés par le fait que l'Indien travaille sur une réserve : p. 895-896. Dans le même ordre d'idées, on pourrait affirmer que, dans le cas d'un capital provenant de sources non imposables, l'imposition des intérêts générés par le capital porterait atteinte dans une certaine mesure au droit à un capital exempt de taxation.

[27] Ces parallèles entre les prestations d'assurance-chômage et les revenus en intérêts donnent à penser qu'un certain poids devrait être accordé ici à l'absence d'un lien entre l'endroit où le capital a été accumulé et une réserve. Toutefois, je ne suis pas convaincu que le raisonnement qui a amené la Cour à accorder une grande importance à ce facteur dans *Williams* s'applique dans la même mesure aux circonstances en cause aujourd'hui, et ce, pour trois raisons.

[28] First, it is important to take into account the significant differences between unemployment insurance benefits and interest income, in other words, to pay careful attention to the type of property. As Gonthier J. pointed out in *Williams*, connecting factors may have a different relevance with regard to unemployment insurance benefits than in respect of other types of income: p. 892. With respect to unemployment insurance benefits paid by the federal government, the “traditional test” of the residence of the debtor was given limited weight because the debtor — the federal Crown — is present throughout Canada, and the purposes behind fixing the *situs* of an ordinary person do not apply to the Crown and in particular to the Canada Employment and Immigration Commission in respect of the receipt of unemployment insurance benefits: pp. 893-94. In this case, unlike in *Williams*, the potentially relevant connecting factors such as the place of contracting, place of the debtor and place of payment can be applied meaningfully: the Caisse is physically present and carries on business on the reserve and the interest income was payable there. In short, there is no reason in this case, unlike the situation in *Williams*, to discard or give little weight to these factors which connect the interest income to the Mashteuiatsh Reserve.

[29] Second, absent in this case is the symmetry between the tax implications of premiums and benefits that existed in *Williams*. That symmetry was found in *Williams* to strengthen the connection between the place of employment and the benefits. The same cannot be said here. The fact that capital (such as, for example, the aggregation of profits from a business on the reserve) is accumulated in a way that was exempt from tax bears no necessary relationship to the tax treatment of investment income arising from that capital. Moreover, to give determinant weight to this factor in these circumstances could open the door to tax exemption for investment income wherever and however earned, provided that the sums invested

[28] Premièrement, il est important de tenir compte des différences importantes qui existent entre les prestations d'assurance-chômage et le revenu en intérêts, c'est-à-dire d'examiner soigneusement le genre de bien. Comme l'a affirmé le juge Gonthier dans *Williams*, la pertinence des facteurs de rattachement peut varier selon qu'il s'agit de prestations d'assurance-chômage ou d'autres types de revenu : p. 892. En ce qui concerne les prestations d'assurance-chômage versées par le gouvernement fédéral, on a accordé peu de poids au « critère traditionnel » de la résidence du débiteur parce que le débiteur — la Couronne fédérale — est présent dans l'ensemble du Canada et que les objets qui sous-tendent la détermination de l'emplacement d'un citoyen ordinaire ne s'appliquent pas à la Couronne, et en particulier à la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada en ce qui concerne la réception des prestations d'assurance-chômage : p. 893-894. En l'espèce, contrairement à ce qui était le cas dans *Williams*, les facteurs de rattachement potentiellement pertinents, comme le lieu de conclusion du contrat, l'emplacement du débiteur et le lieu du paiement, peuvent être appliqués utilement : la Caisse est physiquement présente et exerce ses activités sur la réserve et c'est là que le revenu en intérêts devait être versé. Bref, contrairement à la situation dans *Williams*, rien ne justifie en l'espèce que l'on rejette ces facteurs qui rattachent le revenu en intérêts à la réserve de Mashteuiatsh ou qu'on ne leur accorde que peu de poids.

[29] Deuxièmement, la symétrie entre le traitement fiscal des cotisations et celui des prestations qui existait dans *Williams* n'existe pas ici. Il a été conclu dans *Williams* que cette symétrie renforçait le lien entre le lieu de l'emploi et les prestations. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il n'y a pas nécessairement de lien entre le fait que du capital (par exemple, les profits amassés grâce à l'exploitation d'une entreprise sur la réserve) soit accumulé à l'abri de l'impôt et le traitement fiscal du revenu de placements généré par ce capital. De plus, accorder un poids déterminant à ce facteur dans les circonstances pourrait ouvrir la porte à l'exonération fiscale d'un revenu de placements sans égard à l'endroit où il a été généré et à la façon dont il l'a été, pourvu

had been accumulated on a tax-exempt basis on a reserve.

[30] Finally, in weighing the connecting factors on a case-by-case basis, it is easy to lose sight of the fact that in particular categories of cases, one connecting factor may have much more weight than another: *Williams*, at p. 892. Given the strength of the connecting factors relating to the location where the contract of investment was entered into, where it was to be performed and the Caisse's place of business, the fact that the bulk of the capital invested was not derived from the tax-exempt activities on a reserve does not in my view appreciably weaken the connection between the income and the Mashteuiatsh Reserve.

### 3. *Where the Income Was Spent*

[31] During the years under assessment, the appellant lived part time off-reserve and owned real property off-reserve. The trial judge thus inferred that a portion of the interest income may well have been spent off a reserve. The location where the investment income is spent was identified as a potentially relevant factor by the trial judge in *Recalma v. Canada*, [1997] 4 C.N.L.R. 272 (T.C.C.), although one entitled to little weight in determining the location of investment income: pp. 278-79. This factor has also been considered in subsequent investment income cases: see, e.g., *Lewin v. The Queen*, 2001 D.T.C. 479 (T.C.C.), at paras. 43 and 63, aff'd 2002 FCA 461, 2003 D.T.C. 5476. However, in my view, this consideration is not a relevant connecting factor in determining the location of the income earned on the term deposits in issue here. As I see it, the type of property, the nature of the taxation of that property and the purpose of the exemption do not support giving any weight to where the money received as interest income is spent.

### 4. *Conclusion*

[32] In this case, as in *Bastien*, I am of the view that the relevant factors point to the Mashteuiatsh

que les sommes investies aient été accumulées à l'abri de l'impôt sur une réserve.

[30] Enfin, en s'appréciant les facteurs de rattachement au cas par cas, on peut facilement perdre de vue le fait que, dans des catégories particulières de cas, un facteur de rattachement peut avoir beaucoup plus de poids qu'un autre : *Williams*, p. 892. À mon avis, compte tenu de la force des facteurs de rattachement concernant le lieu où le contrat de placement a été conclu et où il devait être exécuté et le lieu de l'établissement de la Caisse, le fait que la majeure partie du capital investi ne provenait pas des activités sur une réserve qui sont exonérées d'impôt n'atténue pas sensiblement le lien entre le revenu et la réserve de Mashteuiatsh.

### 3. *L'endroit où le revenu a été dépensé*

[31] Au cours des années visées par l'avis de cotisation, l'appelant a vécu pendant un certain temps hors réserve et a été propriétaire de biens immeubles situés à l'extérieur de la réserve. Le juge de première instance a donc conclu qu'une partie du revenu en intérêts a pu être dépensée à l'extérieur d'une réserve. Le juge de première instance, dans *Recalma c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 675 (QL), a jugé que l'endroit où le revenu en intérêts est dépensé est un facteur potentiellement pertinent, mais un facteur auquel il faut accorder peu de poids pour déterminer l'emplacement du revenu de placements : par. 18. Ce facteur a également été pris en compte dans la jurisprudence ultérieure portant sur les revenus de placements : voir, p. ex., *Lewin c. La Reine*, 2001 CanLII 502 (C.C.I.), par. 43 et 63, conf. par 2002 CAF 461 (CanLII). Toutefois, selon moi, cette considération n'est pas un facteur de rattachement pertinent pour déterminer l'emplacement du revenu généré par les dépôts à terme en cause en l'espèce. À mon avis, le genre de bien, la nature de l'imposition du bien et l'objet de l'exemption ne justifient pas que l'on accorde de l'importance à l'endroit où l'argent reçu à titre de revenu en intérêts a été dépensé.

### 4. *Conclusion*

[32] En l'espèce, comme dans *Bastien*, je suis d'avis que les facteurs pertinents désignent la

Reserve as the location of the interest income, and I would hold that it was situated on a reserve and entitled to the s. 87 exemption from taxation.

#### IV. Disposition

[33] I would allow the appeal with costs throughout.

English version of the reasons of Deschamps and Rothstein JJ. delivered by

[34] DESCHAMPS J. (dissenting) — This appeal was heard together with *Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710. In *Bastien*, I explain why the interest accrued under Alexandre Dubé's investment contract cannot be exempt from taxation. I express the opinion in that case that for the exemption provided for in s. 87(1) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, to apply to an Indian's personal property, the property must have concrete and discernible connections with a reserve.

[35] In the instant case, the findings of fact of the Tax Court of Canada judge disclose no such concrete connections. The connections resulting from the investment contracts that generated the interest that accrued in the taxation years in issue are of limited weight for the purposes of the *Indian Act*. Under the provision governing the tax treatment of interest income, the taxpayer must include any accrued interest in his or her income, even if it has not been paid (*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 12(4)). For this reason, the place of payment should be given little weight. Moreover, any significance of the place of payment is further reduced by the fact that the taxpayer can have access to his or her money without going to the reserve.

[36] The place at which a contract was signed is a factor that cannot be considered in isolation for the purposes of the *Indian Act*, since the parties would have been free to choose a place without regard to any objective requirement that it be connected

résERVE de Mashteuiatsh comme emplacement du revenu en intérêts et je suis d'avis de conclure qu'il était situé sur une réserve et exempté de taxation en vertu de l'art. 87.

#### IV. Dispositif

[33] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Les motifs des juges Deschamps et Rothstein ont été rendus par

[34] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Le présent appel a été entendu en même temps que le pourvoi *Bastien (Succession) c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710. Dans *Bastien*, j'expose les raisons pour lesquelles les intérêts courus en vertu du contrat de placement auquel Alexandre Dubé a adhéré ne peuvent être exonérés d'impôt. J'y exprime l'avis que, pour que l'exemption prévue au par. 87(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, s'applique à un bien meuble d'un Indien, ce bien doit posséder des liens concrets et discernables avec la réserve.

[35] En l'espèce, les conclusions de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt ne révèlent pas l'existence de tels liens concrets. Les liens résultant des contrats de placement ayant généré les intérêts courus dans les années d'imposition en cause ont un poids limité pour l'application de la *Loi sur les Indiens*. En vertu de la disposition relative au traitement fiscal des revenus en intérêts, le contribuable doit inclure dans son revenu les intérêts courus, même s'ils n'ont pas été payés (*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), par. 12(4)). Pour cette raison, le lieu du paiement n'a que peu de poids. De plus, comme le contribuable peut avoir accès à ses fonds sans se rendre sur la réserve, le poids à accorder au lieu du paiement est d'autant diminué.

[36] Le lieu de conclusion du contrat est un facteur qui ne peut être considéré isolément pour les besoins de la *Loi sur les Indiens*, car il pourrait avoir été choisi par les parties indépendamment de quelque contrainte objective que ce soit



with a reserve. The factors established by the Court must not be open to contractual manipulation in ways that are inconsistent with the purpose of the exemption. Experience has shown that it is easy for taxpayers to set up contractual frameworks that create legal relationships that are not based on real requirements. This is why it is necessary to identify concrete and discernible connections with a reserve.

[37] The creditor's place of residence might be of some relevance, but it cannot be determinative, since this factor ceased to be a condition of eligibility for the exemption more than a century ago.

[38] Where a taxpayer has a right to be paid interest that is provided for in an investment contract, the particular nature of this type of property makes it necessary, in order to take account of the purpose of the exemption, to consider the activity that resulted in the accumulation of the capital deposited with the financial institution. If that capital results from an on-reserve activity that generates exempt property, this factor could justify giving the interest provided for in the contract the same tax treatment as the product of the activity. This approach would make it possible to maintain a form of symmetry between the tax treatment of the property that results in the accumulation of the capital and the tax treatment of the interest.

[39] In light of the findings of fact of the Tax Court of Canada judge, it is impossible to identify a sufficient concrete connection with the reserve in this appeal. Those findings are set out in *Bastien*, and it will not be necessary to repeat them here in their entirety. It will suffice to mention that Mr. Dubé did not reside on the reserve, that he was unable to explain where large deposits made at the Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue came from and that the judge was unable to establish a connection between the deposited capital and the transportation company operated by Mr. Dubé. No reason was given for entering into the contract on the reserve that would enable the Court to hold that this fact furthers the purpose of the exemption.

liée à la réserve. Les critères que la Cour établit ne doivent pas être susceptibles de manipulations contractuelles qui ne tiendraient pas compte de l'objet de l'exemption. En effet, on a pu constater dans le passé qu'il était facile pour des contribuables d'ériger des structures contractuelles créant des relations juridiques non fondées sur des besoins concrets. Ces situations démontrent la nécessité de rechercher l'existence de liens concrets et discernables avec la réserve.

[37] La résidence du créancier pourrait avoir une certaine pertinence, mais elle ne saurait être déterminante, étant donné que ce critère a été éliminé depuis plus d'un siècle comme condition d'admissibilité à l'exemption.

[38] Dans le cas d'un droit à des intérêts, dont l'existence est attestée par un contrat de placement, vu la nature particulière d'un tel bien, il faut, pour tenir compte de l'objet de l'exemption, retracer l'activité qui a donné lieu à l'accumulation du capital déposé auprès de l'institution financière. Si ce capital résulte d'une activité exercée sur la réserve et générant des biens exempts, ce facteur peut justifier d'accorder aux intérêts contractuels le même traitement fiscal qu'au produit de l'activité. Cette approche permettrait de conserver une symétrie entre le traitement fiscal réservé au bien ayant permis l'accumulation du capital et celui réservé aux intérêts.

[39] Compte tenu des constatations de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt, il n'est pas possible d'établir un lien concret suffisant avec la réserve dans le présent pourvoi. Ces constatations sont exposées dans *Bastien* et il n'est pas nécessaire de les répéter intégralement. Qu'il suffise de rappeler que M. Dubé ne résidait pas sur la réserve, qu'il a été incapable d'expliquer l'origine des dépôts importants effectués à la Caisse populaire Desjardins de Pointe-Bleue et que le juge n'a pas été en mesure de relier le capital ainsi déposé à l'entreprise de transport exploitée par M. Dubé. Le fait que le contrat a été conclu sur la réserve ne repose sur aucun motif permettant à la Cour de juger qu'il favorise l'objet de l'exemption. Quoique le débiteur

Even though the debtor was situated on the reserve and even though this factor does connect the property with the reserve, the other concrete factors outweigh it significantly. While it is true that the contract in this case was signed on the reserve, this factor cannot be considered significant, since the debtor's place of residence was also on the reserve.

[40] To grant the exemption in such circumstances would be tantamount to turning the reserve into a tax haven for Indians engaged in unspecified for-profit activities off the reserve.

[41] For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed with costs, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Cain Lamarre Casgrain Wells, Chicoutimi.*

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

*Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montreal.*

*Solicitors for the interveners the Assembly of First Nations and the Union of Nova Scotia Indians: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama.*

ait été situé sur la réserve et qu'il s'agisse d'un facteur rattachant le bien à la réserve, les autres facteurs concrets l'emportent facilement. Même si, en l'espèce, le lieu de signature du contrat est la réserve, il ne peut s'agir d'un facteur significatif étant donné qu'il s'agit de la résidence du débiteur.

[40] Reconnaître l'exemption dans de pareilles circonstances équivaudrait à transformer la réserve en abri fiscal pour les Indiens qui se livrent hors réserve à des activités lucratives indéterminées.

[41] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Cain Lamarre Casgrain Wells, Chicoutimi.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes l'Assemblée des Premières Nations et Union of Nova Scotia Indians : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama.*

# INDEX

## ABORIGINAL LAW

1. Taxation — Exemptions — Interest income — Status Indian living on reserve investing income in term deposits with caisse populaire on same reserve — Interest income earned on term deposits paid and deposited in savings account — Whether interest income exempt from income taxation as personal property “situated on a reserve” — Connecting factors approach to determining location of intangible personal property — Whether caisse’s economic activity in “commercial mainstream” off reserve is potentially relevant factor — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

BASTIEN ESTATE V. CANADA, 710.

2. Taxation — Exemptions — Interest income — Status Indian living part time off-reserve investing income in term deposits with caisse populaire located on reserve — Interest income earned on term deposits paid and deposited in savings account — Whether interest income exempt from income taxation as personal property “situated on a reserve” — Connecting factors approach to determining location of intangible personal property — Weight given to creditor’s place of residence, source of invested funds and location where investment income spent — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

DUBÉ V. CANADA, 764.

---

## ACCESS TO INFORMATION

1. Access to records — Request for Ministers’ records located in ministerial offices — Whether records “under control of government institution” as provided in legislation — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 3, 4(1).

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE), 306.

2. Exemptions — Privacy — Personal information — Request for Prime Minister’s agenda — Whether agenda constitutes “personal information” as defined in legislation — If so, whether agenda should nonetheless be disclosed because Prime Minister is “officer” of government institution — Access

## ACCESS TO INFORMATION — (Concluded)

to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE), 306.

---

## ADMINISTRATIVE LAW

Natural justice — Procedural fairness — Doctrine of legitimate expectations — Debt enforcement — Sponsors signing undertakings promising to provide for sponsored relative’s essential needs and ensuring that relative would not require social assistance during sponsorship period — Legislation providing that social assistance paid to relative during sponsorship period constitutes debt that “may be recovered” either by federal or provincial government — Ontario seeking repayment of debts under policy incorporating significant procedural protections in terms of sponsorship undertakings — Sponsors seeking declaration discharging them from debt — Whether duty of procedural fairness applied to enforcement of debt — Whether legitimate expectations created by terms of undertaking were enforceable and satisfied.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MAVI, 504.

---

## CIVIL PROCEDURE

Pleadings — Motion to strike — Government alleged to have artificially inflated accommodation charges required of elderly patients in long-term care facilities to subsidize medical expenses properly the responsibility of government — Statement of claim alleging breach of fiduciary duty, negligence, unjust enrichment, bad faith exercise of discretion and breach of s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether disputed claims disclose cause of action.

ALBERTA V. ELDER ADVOCATES OF ALBERTA SOCIETY, 261.

**COMMERCIAL LAW**

1. Property — Disclosure statements — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether developer liable for misrepresentation under B.C. Real Estate Act for material false statements — Whether developer able to avail itself of statutory defence — Whether deemed reliance under Real Estate Act was rebuttable — Real Estate Act, R.S.B.C. 1996, c. 397, s. 75.

SHARBERN HOLDING INC. v. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD., 175.

2. Security agreements — Fraud — Role of personal property security legislation — Shares purchased with funds fraudulently obtained from finance company pledged as collateral to bank in exchange for increased credit card limit — Finance company obtaining judgment allowing for constructive trust and tracing of funds to persons other than bona fide purchasers for value without notice — Whether finance company has right to recover disputed funds on basis of advances made under mistake of fact, constructive trust or equitable lien — Whether pledge to bank creates statutory enforceable security interest — Whether bank a bona fide purchaser for value without notice — Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10, ss. 1(1), 2, 11, 72.

I TRADE FINANCE INC. v. BANK OF MONTREAL, 360.

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Charter of Rights — Equality rights — Separate labour relations legislation governing agricultural workers in Ontario — Whether the Agricultural Employees Protection Act, 2002 violates workers' right to equality under s. 15 of the Charter by excluding workers from the protections accorded to workers in other sectors — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).

ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) v. FRASER, 3.

2. Charter of Rights — Freedom of association — Collective bargaining rights — Separate labour relations legislation governing agricultural workers in Ontario — Whether s. 2(d) requires legislature to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure effective exercise of associational rights — If so, whether

**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

legislation infringes freedom of association by failing to safeguard the exercise of collective bargaining rights — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 3(b.1).

ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) v. FRASER, 3.

3. Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Whether arrest of accused and search of his vehicle was lawful and reasonable — Whether evidence of cocaine seized during search was admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495(1)(a).

R. v. LOEWEN, 167.

4. Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search warrant — Police obtaining warrant to search four-bedroom townhouse operating as rooming house — Accused renting room in townhouse — Accused charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons — Whether there were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have authorized the search warrant — Whether search of accused's room breached accused's rights under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

R. v. CAMPBELL, 549.

5. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether repudiation amounting to breach of accused's s. 7 Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. NIXON, 566.

6. Charter of Rights — Freedom of association — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether legislation violates right to freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.

ALBERTA (ABORIGINAL AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) v. CUNNINGHAM, 670.

7. Charter of Rights — Right to equality — Ameliorative programs — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether distinction drawn on enumerated or analogous grounds — Whether program genuinely

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

ameliorative — Whether distinction serves or advances object of ameliorative program — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(2) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.

ALBERTA (ABORIGINAL AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) v. CUNNINGHAM, 670.

8. Charter of Rights — Right to liberty — Alberta Metis Settlements Act providing that voluntary registration under the Indian Act precludes membership in a Métis settlement — Whether legislation violates right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14, ss. 75, 90.

ALBERTA (ABORIGINAL AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) v. CUNNINGHAM, 670.

**COURTS**

Supreme Court of Canada — Motion to adduce fresh evidence — Applicant requests 11 publications annexed to an affidavit be added to leave application — Factors guiding exercise of Court's discretion to adduce fresh evidence.

AECON BUILDINGS v. STEPHENSON ENGINEERING LTD., 560.

**CRIMINAL LAW**

1. Evidence — Burden of proof — Accused convicted at trial of sexual assault and unlawful confinement — Whether trial judge failed to give adequate consideration to question of whether evidence raised reasonable doubt — Whether majority of court of appeal erred in setting aside convictions and ordering new trial.

R. v. V.Y., 173.

2. Sexual assault — Consent — Accused and complainant consensually engaging in erotic asphyxiation — Accused anally penetrating complainant during period of unconsciousness — Whether Criminal Code defines consent as requiring conscious, operating mind throughout sexual activity — Whether consent to sexual activity may be given prior to period of unconsciousness — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 273.1, 273.2.

R. v. J.A., 440.

3. Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Curative proviso — Whether trial judge's error in

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

not excluding bad character evidence and in not specifically addressing that evidence in his reasons caused substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. O'BRIEN, 485.

4. Appeals — Powers of Court of Appeal — Reasonable verdict — Jurisdiction of a court of appeal to consider whether there was a miscarriage of justice — Whether there was a miscarriage of justice.

R. v. E.M.W., 542.

5. Search warrant — Validity — Police obtaining warrant to search four-bedroom townhouse operating as rooming house — Accused renting room in townhouse — Accused charged with possession of a sawed-off shotgun and ammunition while under weapons prohibitions and while on probation with conditions not to possess weapons — Whether there were sufficient grounds upon which the issuing justice of the peace could have authorized the search warrant.

R. v. CAMPBELL, 549.

6. Plea agreement — Repudiation — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether act of repudiation matter of tactics or conduct before court or matter of prosecutorial discretion — Whether act of repudiation reviewable on grounds of abuse of process.

R. v. NIXON, 566.

**FAMILY LAW**

Family assets — Bankruptcy and insolvency — Spouses agreeing upon separation to valuation of assets under the Manitoba Family Property Act — Family farm owned by husband — Husband making an assignment in bankruptcy and obtaining discharge before valuation of assets — Valuation subsequently confirming that wife entitled to equalization payment — Effect of bankruptcy and discharge on equalization payment — Whether equalization claim provable in bankruptcy — Whether husband released from equalization claim by discharge from bankruptcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69.4, 121(1), 121(2), 135, 178(1)(f), 178(2) — The Family Property Act, C.C.S.M. c. F25, s. 17.

SCHREYER v. SCHREYER, 605.

## FIDUCIARY DUTY

1. Agent — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Developer entering into non-competition agreements with owners of Marriott units on behalf of owners of Hilton units without prior consent — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether developer owed a fiduciary duty to owners of Hilton units — If so, whether developer was in breach of its fiduciary duty.

SHARBERN HOLDING INC. V. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD., 175.

2. Government — Government alleged to have artificially inflated accommodation charges required of elderly patients in long-term care facilities to subsidize medical expenses properly the responsibility of government — Whether principles of fiduciary duty applicable to private actors apply to governments — Whether government owed fiduciary duty to patients.

ALBERTA V. ELDER ADVOCATES OF ALBERTA SOCIETY, 261.

---

## IMMIGRATION

Sponsorship — Family class — Sponsors signing undertakings promising to provide for sponsored relative's essential needs and ensuring that relative would not require social assistance during sponsorship period — Legislation providing that social assistance paid to relative during sponsorship period constitutes debt that "may be recovered" either by federal or provincial government — Ontario seeking repayment of debts — Sponsors seeking declaration discharging them from debt — Whether Immigration and Refugee Protection Act provides discretion to enforce sponsorship debt — Whether Ontario debt recovery policy improperly fettering exercise of statutory discretion — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 145 — Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 132.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MAVI, 504.

---

## INTELLECTUAL PROPERTY

Trade-marks — Confusion — Alberta company using unregistered trade-marks prior to Ontario company's registration of similar trade-mark — Alberta company applying to expunge Ontario company's trade-mark registration from register of trade-marks — Whether location where mark used

## INTELLECTUAL PROPERTY — (Concluded)

is relevant to confusion analysis — What considerations are applicable in assessment of resemblance between proposed use trade-mark and existing unregistered trade-mark — How nature and cost of wares or services affects confusion analysis — Use of expert evidence in confusion analysis — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 6, 16(3), 17, 19, 20, 21, 30, 35, 40(2), 57(1).

MASTERPIECE INC. V. ALAVIDA LIFESTYLES INC., 387.

---

## TAXATION

1. Income tax — Collection — Bills of exchange — Tax debtor drawing cheques from trust account and depositing them in a joint account owned by him and a third party — Minister of National Revenue issuing three requirements to pay to Bank with respect to tax debtor's tax liability — Bank disputing liability — Whether Bank liable to make payments to tax debtor named as payee of cheques — Whether Bank liable to make payments to tax debtor when receiving cheques payable to tax debtor for deposit in account held jointly by tax debtor and third party — Whether Bank required to comply with requirements to pay — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 224 — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4.

CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. V. CANADA, 635.

2. Income tax — Exemptions — Income from property — Interest income earned on term deposits deposited in status Indian's savings account on reserve — Whether interest income exempt from tax as "personal property of an Indian situated on a reserve" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 3, 9 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

BASTIEN ESTATE V. CANADA, 710.

3. Income tax — Exemptions — Income from property — Interest income earned on term deposits deposited in status Indian's savings account on reserve — Whether interest income exempt from tax as "personal property of an Indian situated on a reserve" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 3, 9 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).

DUBÉ V. CANADA, 764.

---

## TORTS

Negligent misrepresentation — Disclosure statements — Company developing and marketing two hotels on same property — Purchasers of strata units in each hotel entering into differing agreements with developer — Purchasers of Hilton units

**TORTS — (Concluded)**

not informed of different financial arrangements offered to purchasers of Marriott units — Hilton not performing as expected and owners of Hilton units incurring losses — Whether developer liable for negligent misrepresentation under common law.

SHARBERN HOLDING INC. V. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD., 175.

---





# INDEX

## ACCÈS À L'INFORMATION

1. Accès à des documents — Demande de documents ministériels situés dans les bureaux de ministres — Les documents « relèvent-ils d'une institution fédérale » aux termes de la loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 3, 4(1).

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE), 306.

2. Exceptions — Protection des renseignements personnels — Renseignements personnels — Demande de communication de l'agenda du premier ministre — L'agenda constitue-t-il des « renseignements personnels » au sens de la loi? — Dans l'affirmative, l'agenda doit-il malgré tout être communiqué parce que le premier ministre est le « cadre » d'une institution fédérale? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE), 306.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

Justice naturelle — Équité procédurale — Théorie de l'attente légitime — Recouvrement de créances — Répondants ayant signé des engagements à l'effet de subvenir aux besoins essentiels des personnes parrainées et de veiller à ce que ces dernières ne recourent pas à l'assistance sociale pendant la durée du parrainage — Dispositions législatives disposant que les prestations d'assistance sociale versées au parent pendant cette période constituent une créance que « peut recouvrer » l'administration fédérale ou provinciale — Mesures de recouvrement des créances prises par l'Ontario en application d'une politique intégrant d'importantes garanties procédurales au libellé de l'engagement du répondant — Demandes de jugements déclarant que les répondants sont libérés de leur obligation de rembourser les sommes dues — L'obligation d'équité procédurale s'applique-t-elle au recouvrement des créances? — Les attentes légitimes créées par le libellé des engagements sont-elles susceptibles d'exécution et y a-t-on répondu?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MAVI, 504.

## DROIT COMMERCIAL

1. Biens — Communication de renseignements — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d'unités dans le Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — La responsabilité du promoteur est-elle engagée sous le régime de la Real Estate Act de la C.-B. au motif qu'il aurait fait des déclarations erronées sur des points importants? — Le promoteur peut-il se prévaloir du moyen de défense prévu par la Real Estate Act? — La présomption prévue par la Real Estate Act selon laquelle les investisseurs sont réputés s'être fiés à ce qui leur a été présenté est-elle réfutable? — Real Estate Act, R.S.B.C. 1996, ch. 397, art. 75.

SHARBERN HOLDING INC. C. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD., 175.

2. Contrats de sûreté — Fraude — Rôle de la législation en matière de sûretés mobilières — Actions achetées à l'aide de fonds obtenus frauduleusement d'une société de financement et données en gage à une banque en contrepartie d'une augmentation de la limite de crédit d'une carte de crédit — La société de financement a obtenu un jugement déclarant que le produit de la vente des actions était détenu pour son compte par le biais d'une fiducie par interprétation et ordonnant qu'elle pouvait suivre les fonds entre les mains de personnes autres que des acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable — La société de financement a-t-elle le droit de recouvrer les fonds en litige au motif qu'ils ont été avancés à la suite d'une erreur de fait ou qu'ils étaient assujettis à une fiducie par interprétation ou un privilège en equity? — Le gage donné à la banque créait-il une sûreté opposable d'origine législative? — La banque a-t-elle la qualité d'acquéreur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable? — Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 1(1), 2, 11, 72.

I TRADE FINANCE INC. C. BANQUE DE MONTRÉAL, 360.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à l'égalité — Législation distincte en matière de relations de travail régissant les travailleurs

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

agricoles en Ontario — La Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité des travailleurs garanti à l'art. 15 de la Charte en leur refusant les mesures de protection reconnues aux travailleurs d'autres secteurs? — Dans l'affirmative, cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).

ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FRASER, 3.

2. Charte des droits — Liberté d'association — Droits de négociation collective — Législation distincte en matière de relations du travail régissant les travailleurs agricoles en Ontario — L'article 2d) oblige-t-il le législateur à accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d'un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d'association? — Dans l'affirmative, la législation porte-t-elle atteinte à la liberté d'association parce qu'elle ne protège pas l'exercice des droits de négociation collective? — Cette atteinte se justifie-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, ch. 16 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 3b.1).

ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FRASER, 3.

3. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — L'arrestation de l'accusé et la fouille de son véhicule étaient-elles légales et raisonnables? — La cocaïne saisie pendant la fouille était-elle admissible en preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495(1a).

R. C. LOEWEN, 167.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité d'un mandat de perquisition — Obtention par la police d'un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres — L'accusé y louait une chambre — L'accusé a été inculpé de possession d'un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu'il était sous le coup d'ordonnances d'interdiction d'avoir des armes en sa possession et d'une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d'armes en sa possession — Y avait-il suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition? — La fouille de la chambre de l'accusé portait-elle atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la preuve devait-elle être écartée en application de l'art. 24(2) de la Charte?

R. C. CAMPBELL, 549.

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

5. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie l'entente — La répudiation porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusée par l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. NIXON, 566.

6. Charte des droits — Droit à l'égalité — Programmes améliorateurs — La Metis Settlements Act de l'Alberta prévoit que l'inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d'avoir le statut de membre dans un établissement métis — La distinction est-elle établie en raison de motifs énumérés ou analogues? — Le programme est-il véritablement améliorateur? — La distinction tend-elle à l'objet du programme améliorateur ou y contribue-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(2) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.

ALBERTA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) C. CUNNINGHAM, 670.

7. Charte des droits — Droit à la liberté — La Metis Settlements Act de l'Alberta prévoit que l'inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d'avoir le statut de membre dans un établissement métis — La loi enfreint-elle le droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.

ALBERTA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) C. CUNNINGHAM, 670.

8. Charte des droits — Liberté d'association — La Metis Settlements Act de l'Alberta prévoit que l'inscription volontaire en vertu de la Loi sur les Indiens empêche d'avoir le statut de membre dans un établissement métis — La loi enfreint-elle la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, ch. M-14, art. 75, 90.

ALBERTA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) C. CUNNINGHAM, 670.

**DROIT CRIMINEL**

1. Preuve — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et de séquestration — Le juge du procès a-t-il omis de dûment considérer la question de

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

savoir si la preuve soulevait un doute raisonnable? — Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont-ils eu tort d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès?

R. c. V.Y., 173.

2. Agression sexuelle — Consentement — Accusé et plaignante se livrant à l'asphyxie érotique consensuelle — Pénétration anale de la plaignante par l'accusé au cours d'une période d'inconscience — Le consentement, au sens du Code criminel, doit-il émaner d'une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l'activité sexuelle? — Le consentement à une activité sexuelle peut-il être donné avant une période d'inconscience? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 273.1, 273.2.

R. c. J.A., 440.

3. Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Erreur de droit — Disposition réparatrice — L'erreur du juge du procès de ne pas exclure la preuve de mauvaise moralité et de ne pas traiter explicitement de cette preuve dans ses motifs a-t-elle causé un tort important ou entraîné une erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. c. O'BRIEN, 485.

4. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Verdict raisonnable — Pouvoir d'un tribunal d'appel d'examiner s'il y a eu erreur judiciaire — Y a-t-il eu erreur judiciaire?

R. c. E.M.W., 542.

5. Mandat de perquisition — Validité — Obtention par la police d'un mandat de perquisition relativement à une maison en rangée de quatre chambres à coucher convertie en maison de chambres — L'accusé y louait une chambre — L'accusé a été inculpé de possession d'un fusil de chasse à canon tronqué et de munitions alors qu'il était sous le coup d'ordonnances d'interdiction d'avoir des armes en sa possession et d'une ordonnance de probation assortie de conditions, dont celle de ne pas avoir d'armes en sa possession — Y avait-il suffisamment de motifs pour permettre au juge de paix de délivrer le mandat de perquisition?

R. c. CAMPBELL, 549.

6. Entente sur le plaidoyer — Répudiation — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie l'entente — La répudiation constitue-t-elle un élément de stratégie ou de conduite devant le tribunal ou relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — La répudiation peut-elle faire l'objet

**DROIT CRIMINEL — (Fin)**

d'un contrôle judiciaire au motif qu'elle constitue un abus de procédure?

R. c. NIXON, 566.

**DROIT DE LA FAMILLE**

Biens familiaux — Faillite et insolvabilité — Consentement des conjoints lors de la séparation à l'évaluation de l'actif en vertu de la Loi sur les biens familiaux du Manitoba — Époux propriétaire de la ferme familiale — Cession en faillite des biens de l'époux et libération avant l'évaluation de l'actif — Droit de l'épouse à un paiement de compensation confirmé par l'évaluation — Effet de la faillite et de la libération sur le paiement de compensation — La réclamation au titre de la compensation est-elle une réclamation prouvable en matière de faillite? — La libération de l'époux failli a-t-elle eu pour effet de le libérer de la réclamation au titre de la compensation? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69.4, 121(1), 121(2), 135, 178(1)f, 178(2) — Loi sur les biens familiaux, C.P.L.M. ch. F25, art. 17.

SCHREYER C. SCHREYER, 605.

**DROIT DES AUTOCHTONES**

1. Droit fiscal — Exemptions — Revenu en intérêts — Indien inscrit vivant dans une réserve ayant placé un revenu dans des dépôts à terme d'une caisse populaire située sur la même réserve — Revenu en intérêts tiré des dépôts à terme versé et déposé dans un compte d'épargne — Le revenu en intérêts était-il exempté de l'impôt sur le revenu à titre de bien meuble « situé sur une réserve »? — Méthode des facteurs de rattachement pour la détermination de l'emplacement d'un bien meuble immatériel — Les activités économiques hors réserve de la caisse dans le « marché ordinaire » constituent-elles un facteur potentiellement pertinent? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)b).

BASTIEN (SUCCESSION) C. CANADA, 710.

2. Droit fiscal — Exemptions — Revenu en intérêts — Revenu d'un Indien inscrit ayant vécu un certain temps hors réserve placé dans des dépôts à terme d'une caisse populaire située sur une réserve — Revenu en intérêts tiré des dépôts à terme versé et déposé dans un compte d'épargne — Le revenu en intérêts était-il exempté de l'impôt sur le revenu à titre de bien meuble « situé sur une réserve »? — Méthode des facteurs de rattachement pour la détermination de l'emplacement d'un bien meuble immatériel — Poids accordé à la résidence du

**DROIT DES AUTOCHTONES — (Fin)**

créancier, à la source de l'argent placé et au lieu où le revenu de placements a été dépensé — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)b).

DUBÉ C. CANADA, 764.

**DROIT FISCAL**

1. Impôt sur le revenu — Recouvrement — Lettres de change — Le débiteur fiscal tirait des chèques sur son compte en fiducie et les déposait à un compte conjoint dont lui-même et un tiers étaient titulaires — Le ministre du Revenu national a fait parvenir trois demandes péremptoires de paiement à la Banque relativement à la dette fiscale du débiteur fiscal — La Banque s'y est opposée — La Banque était-elle tenue de faire des paiements au débiteur fiscal, désigné comme preneur des chèques? — La Banque, s'étant vue remettre des chèques payables au débiteur fiscal pour dépôt dans un compte détenu conjointement par un tiers et ce débiteur fiscal, était-elle tenue de faire des paiements à ce dernier? — La Banque était-elle tenue d'obtempérer aux demandes péremptoires de paiement? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 224 — Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4.

HYPOTHÈQUES TRUSTCO CANADA C. CANADA, 635.

2. Impôt sur le revenu — Exemptions — Revenu d'un bien — Revenu en intérêts tiré de dépôts à terme par un Indien inscrit déposé dans un compte d'épargne sur une réserve — Le revenu en intérêts était-il exempté de taxation à titre de « bien meuble d'un Indien situé sur une réserve »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)b).

BASTIEN (SUCCESION) C. CANADA, 710.

3. Impôt sur le revenu — Exemptions — Revenu d'un bien — Revenu en intérêts tiré de dépôts à terme par un Indien inscrit déposé dans son compte d'épargne sur une réserve — Le revenu en intérêts était-il exempté de taxation à titre de « bien meuble d'un Indien situé sur une réserve »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87(1)b).

DUBÉ C. CANADA, 764.

**IMMIGRATION**

Parrainage — Catégorie du regroupement familial — Répondants ayant signé des engagements à l'effet de subvenir

**IMMIGRATION — (Fin)**

aux besoins essentiels des personnes parrainées et de veiller à ce que ces dernières ne recourent pas à l'assistance sociale pendant la durée du parrainage — Dispositions législatives disposant que les prestations d'assistance sociale versées au parent pendant cette période constituent une créance que « peut recouvrer » l'administration fédérale ou provinciale — Mesures de recouvrement des créances prises par l'Ontario — Demandes de jugements déclarant que les répondants sont libérés de leur obligation de rembourser les sommes dues — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés confère-t-elle le pouvoir discrétionnaire de recouvrer ou non la somme due par le répondant? — La politique ontarienne de recouvrement des créances entrave-t-elle indûment l'exercice du pouvoir discrétionnaire légal? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 145 — Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 132.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MAVI, 504.

**OBLIGATION FIDUCIAIRE**

1. Mandataire — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d'unités dans le Marriott — Le promoteur conclut pour le compte des propriétaires du Hilton, mais sans avoir préalablement obtenu leur consentement, une entente de non-concurrence avec les propriétaires du Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — Le promoteur avait-il une obligation fiduciaire envers les propriétaires du Hilton? — Le cas échéant, le promoteur a-t-il manqué à son obligation fiduciaire?

SHARBURN HOLDING INC. C. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD., 175.

2. Gouvernement — Allégation que le gouvernement a artificiellement augmenté les frais d'hébergement imposés aux pensionnaires âgés des établissements de soins de longue durée en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement — Les principes relatifs à l'obligation fiduciaire qui régissent les entités privées s'appliquent-ils aux gouvernements? — Le gouvernement a-t-il une obligation fiduciaire envers les patients?

ALBERTA C. ELDER ADVOCATES OF ALBERTA SOCIETY, 261.

**PROCÉDURE CIVILE**

Actes de procédure — Requête en radiation — Allégation que le gouvernement a artificiellement augmenté les frais d'hébergement imposés aux pensionnaires âgés des établissements de soins de longue durée en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement — Déclaration alléguant le manquement à une obligation fiduciaire, la négligence, l'enrichissement injustifié, la mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et la violation de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les allégations contestées révèlent-elles une cause d'action?

ALBERTA C. ELDER ADVOCATES OF ALBERTA SOCIETY, 261.

---

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Marques de commerce — Confusion — Société albertaine employant des marques de commerce non déposées avant qu'une société ontarienne ne fasse enregistrer une marque de commerce similaire — Demande de la société albertaine visant à faire biffer l'enregistrement de la marque de commerce de la société ontarienne dans le registre des marques de commerce — Le lieu où la marque est employée est-il pertinent en ce qui concerne l'analyse relative à la confusion? — De quels facteurs faut-il tenir compte pour évaluer la ressemblance entre une marque de commerce dont l'emploi est projeté et une marque de commerce employée mais non déposée? — Incidence de la nature et du coût des marchandises ou des services sur l'analyse relative à la confusion — Utilisation de la preuve d'expert dans l'analyse relative à la confusion — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6, 16(3), 17, 19, 20, 21, 30, 35, 40(2), 57(1).

MASTERPIECE INC. C. ALAVIDA LIFESTYLES INC., 387.

---

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Déclarations inexactes faites par négligence — Communication de renseignements — Société qui développe puis exploite deux hôtels sur le même terrain — Les acheteurs d'unités dans l'un et l'autre hôtel concluent avec le promoteur des ententes distinctes — Les acheteurs d'unités dans le Hilton ne sont pas informés des différences entre les ententes financières conclues avec eux et celles offertes aux acheteurs d'unités dans le Marriott — Le Hilton ne connaît pas le succès anticipé et ses propriétaires subissent des pertes — Le promoteur est-il responsable en common law pour avoir fait par négligence des déclarations inexactes?

SHARBERN HOLDING INC. C. VANCOUVER AIRPORT CENTRE LTD., 175.

---

**TRIBUNAUX**

Cour suprême du Canada — Requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve — Demanderesse demandant que 11 publications jointes à un affidavit soient ajoutées à sa demande d'autorisation d'appel — Facteurs guidant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de recevoir de nouveaux éléments de preuve.

AECON BUILDINGS C. STEPHENSON ENGINEERING LTD., 560.

---

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>