



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2019 Vol. 3

2^e cahier, 2019 Vol. 3

Cited as [2019] 3 S.C.R. 295-641

Renvoi [2019] 3 R.C.S. 295-641

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
CRAIG MRACEK
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLIE TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
MARC-ANDRÉ ALAIN
SUZANNE AUDET
MARYAM ARZANI
GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Pioneer Corp. v. Godfrey 295

Civil procedure — Class actions — Certification — Plaintiff alleging that defendants conspired to fix prices of optical disc drives and related products — Plaintiff's action certified as class proceeding — Class membership including direct purchasers, indirect purchasers and umbrella purchasers — Whether umbrella purchasers have cause of action under Competition Act — Whether Competition Act bars plaintiff from bringing common law or equitable claims — Whether plaintiff's proposed questions relating to loss suffered by class members meet standard for certification as common issues — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36(1) — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

Limitation of actions — Competition Act setting out limitation period of two years from day on which conduct was engaged in — Action brought against some defendants more than two years after alleged conduct occurred — Whether action against those defendants barred by statutory limitation period — Whether discoverability rule or doctrine of fraudulent concealment applies to extend statutory limitation period — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36(4).

Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc. 418

Intellectual property — Copyright — Crown copyright — Plans of survey — Land surveyor bringing class action on behalf of land surveyors in Ontario who registered or deposited plans of survey in provincial land registry offices — Land surveyor alleging that surveyors' copyright infringed when plans of survey digitized, stored and copied by province's service provider — Action dismissed on basis that copyright in plans of survey belongs to province — Whether copyright in plans of survey vests in Crown pursuant to s. 12 of Copyright Act — Whether plans of survey prepared or published by or under direction or control of province — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 12.

Denis v. Côté 482

Criminal law — Evidence — Journalists — Disclosure of information that identifies or is likely to identify journalistic source — Accused charged with fraud, breach of trust and bribery of officers — Reports by journalist presenting

Continued on next page

SOMMAIRE

Pioneer Corp. c. Godfrey 295

Procédure civile — Recours collectifs — Autorisation — Allégation du demandeur que les défenderesses ont comploté pour fixer les prix de lecteurs de disques optiques et de produits connexes — Action du demandeur autorisée en tant que recours collectif — Groupe composé d'acheteurs directs, d'acheteurs indirects et d'acheteurs sous parapluie — Les acheteurs sous parapluie ont-ils une cause d'action au titre de la Loi sur la concurrence? — La Loi sur la concurrence empêche-t-elle le demandeur d'intenter des recours de common law ou d'equity? — Les questions proposées par le demandeur qui ont trait à la perte subie par les membres du groupe satisfont-elles à la norme d'autorisation de questions en tant que questions communes? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36(1) — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 4(1).

Prescription — Loi sur la concurrence établissant un délai de prescription de deux ans à compter de la date du comportement en question — Action intentée contre certaines défenderesses plus de deux ans après le comportement reproché — Le délai de prescription prévu par la loi fait-il obstacle à l'action intentée contre ces défenderesses? — La règle de la possibilité de découvrir ou la doctrine de la dissimulation frauduleuse s'applique-t-elle de manière à prolonger le délai de prescription établi par la loi? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36(4).

Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc. 418

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Droit d'auteur de la Couronne — Plans d'arpentage — Recours collectif intenté par un arpenteur au nom des arpenteurs en Ontario qui ont inscrit ou déposé des plans d'arpentage auprès de bureaux d'enregistrement immobilier provinciaux — Allégation de l'arpenteur selon laquelle il y a eu violation du droit d'auteur des arpenteurs lorsque les plans d'arpentage ont été numérisés, entreposés et copiés par le fournisseur de services de la province — Recours rejeté au motif que le droit d'auteur sur les plans d'arpentage appartient à la province — Le droit d'auteur sur les plans d'arpentage est-il dévolu à la Couronne aux termes de l'art. 12 de la Loi sur le droit d'auteur? — Les plans d'arpentage ont-ils été préparés ou publiés par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la province? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 12.

Denis c. Côté 482

Droit criminel — Preuve — Journalistes — Divulgence de renseignements identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique — Accusé inculpé de fraude, d'abus de confiance et de corruption de fonctionnaires — Reportages

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

information about investigation into accused that had been obtained from confidential sources — Subpoena served on journalist for purpose of obtaining evidence in support of motion by accused for stay of proceedings — New federal statutory scheme for protection of journalistic sources — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.

Courts — Jurisdiction — Subpoena served on journalist — Court of Québec quashing subpoena pursuant to new federal statutory scheme for protection of journalistic sources — Superior Court confirming on appeal that subpoena valid — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rule on merits of appeal from Superior Court's decision — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.

Fleming v. Ontario 519

Police — Powers — Common law power of arrest — Breach of peace — Counter-protestor, acting lawfully, arrested to prevent apprehended breach of peace by others — Counter-protestor charged with obstructing police officer but charge later withdrawn — Counter-protestor filing statement of claim against Province and police officers seeking general damages for assault and battery, wrongful arrest and false imprisonment, aggravated or punitive damages and damages for violation of various constitutional rights — Whether police have common law power to arrest someone acting lawfully in order to prevent apprehended breach of peace by others.

R. v. M.R.H. 563

Criminal law — Charge to jury — Accused charged with sexual assault and sexual interference — Indictment charging both offences and covering period of time during which two separate incidents alleged to have occurred — Jury asking trial judge during deliberations whether it could convict accused for both offences based on first incident alone — Jury convicting accused of both offences — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in giving confusing charge to jury as to indictment, in responding to jury's question and in failing to provide further instructions on credibility — Majority ordering new trial — Dissenting judge holding that trial judge's charge to jury and response to jury's question were adequate — Convictions restored.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'une journaliste faisant état d'informations au sujet de l'enquête sur l'accusé obtenues de sources confidentielles — Assignation à témoigner signifiée à la journaliste en vue de recueillir des éléments de preuve au soutien d'une requête en arrêt des procédures présentée par l'accusé — Nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.

Tribunaux — Compétence — Assignation à témoigner signifiée à une journaliste — Assignation annulée par la Cour du Québec en application du nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques — Validité de l'assignation confirmée en appel par la Cour supérieure — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour statuer au fond sur un appel de la décision de la Cour supérieure? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.

Fleming c. Ontario 519

Police — Pouvoirs — Pouvoir d'arrestation en common law — Violation de la paix — Arrestation d'un contre-manifestant agissant en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres — Contre-manifestant accusé d'entrave au travail d'un policier, mais retrait ultérieur de l'accusation — Poursuite intentée par le contre-manifestant contre la province et les policiers en dommages-intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration, en dommages-intérêts majorés ou punitifs, et en dommages-intérêts pour violation de divers droits constitutionnels — Les policiers ont-ils en common law le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation de la paix par d'autres?

R. c. M.R.H. 563

Droit criminel — Exposé au jury — Accusé inculpé d'agression sexuelle et de contacts sexuels — Acte d'accusation reprochant les deux infractions et couvrant la période au cours de laquelle deux incidents distincts auraient eu lieu — Question adressée au juge du procès par les jurés pendant les délibérations afin de savoir s'ils pouvaient déclarer l'accusé coupable des deux infractions sur la base du premier incident seulement — Accusé déclaré coupable des deux infractions par le jury — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès avait commis des erreurs en faisant un exposé confus au jury quant à l'acte d'accusation, en formulant sa réponse à la question du jury et en omettant de donner des directives additionnelles sur la question de la crédibilité — Nouveau procès ordonné par les juges majoritaires — Conclusion du juge dissident portant que tant l'exposé du juge du procès aux jurés que la réponse de celui-ci à leur question avaient été adéquats — Déclarations de culpabilité rétablies.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Poulin 566

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Offender convicted of historical sexual offences — Offender asserting constitutional right to receive sentence not available in Criminal Code at time of commission of offences or time of sentencing, but only for discrete period between those two times — Whether offender has right to benefit only of punishment applicable at time of offence and time of sentencing or right to benefit of any punishment applicable during the interval between those two times — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

Criminal law — Appeals — Mootness — Death of respondent — Respondent passing away after leave to appeal granted but prior to hearing of appeal — Whether Court should exercise discretion to hear appeal.

R. v. Kernaz 640

Criminal law — Controlled drugs and substances — Possession of controlled substances for purpose of trafficking — Accused charged with possession of methamphetamine and cocaine for purpose of trafficking — Trial judge acquitting accused on trafficking charges but convicting accused of lesser included offence of simple possession — Court of Appeal finding trial judge applied wrong legal test as to possession for purpose of trafficking and entering conviction on trafficking charges — Conviction upheld.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Poulin 566

Droit constitutionnel — Charte des droits — Bénéfice de la peine la moins sévère — Contrevenant déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel historiques — Revendication par le contrevenant du droit constitutionnel de se voir infliger une peine qui n'était prévue au Code criminel ni au moment de la perpétration des infractions ni à celui de la sentence, mais seulement au cours d'une période précise entre ces deux moments — Le contrevenant a-t-il le droit de bénéficier uniquement de la peine applicable au moment de l'infraction et à celui de la sentence ou le droit de bénéficier de toute peine applicable durant l'intervalle entre ces deux moments? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

Droit criminel — Appels — Caractère théorique — Décès de l'intimé — Décès de l'intimé après l'octroi de l'autorisation d'appel mais avant l'audition du pourvoi — La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre le pourvoi?

R. c. Kernaz 640

Droit criminel — Drogues et substances désignées — Possession de substances désignées en vue d'en faire le trafic — Accusé inculpé de possession de méthamphétamine et de cocaïne en vue d'en faire le trafic — Accusé acquitté par la juge du procès des accusations de trafic mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse de possession simple — Conclusion de la Cour d'appel portant que la juge du procès n'a pas appliqué la bonne analyse juridique à l'égard de la possession aux fins de trafic et inscription par la Cour d'appel d'une déclaration de culpabilité à l'égard des accusations de trafic — Déclaration de culpabilité confirmée.

**Pioneer Corporation,
Pioneer North America, Inc.,
Pioneer Electronics (USA) Inc.,
Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd.
and Pioneer Electronics of Canada Inc.**
Appellants

v.

Neil Godfrey *Respondent*

- and -

**Toshiba Corporation, Toshiba Samsung
Storage Technology Corp., Toshiba Samsung
Storage Technology Corp. Korea,
Toshiba of Canada Ltd., Toshiba America
Information Systems, Inc.,
Samsung Electronics Co., Ltd.,
Samsung Electronics Canada Inc.,
Samsung Electronics America, Inc.,
Koninklijke Philips Electronics N.V.,
Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips &
Lite-On Digital Solutions Corporation,
Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc.,
Philips Electronics Ltd., Panasonic Corporation,
Panasonic Corporation of North America,
Panasonic Canada Inc., BENQ Corporation,
BENQ America Corporation and
BENQ Canada Corp.** *Appellants*

v.

Neil Godfrey *Respondent*

and

**Option consommateurs,
Consumers Council of Canada,
Canadian Chamber of Commerce and
Consumers' Association of Canada**
Interveniers

**INDEXED AS: PIONEER CORP. v. GODFREY
2019 SCC 42**

**Pioneer Corporation,
Pioneer North America, Inc.,
Pioneer Electronics (USA) Inc.,
Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd.
et Pioneer Électronique du Canada, inc.**
Appelantes

c.

Neil Godfrey *Intimé*

- et -

**Toshiba Corporation, Toshiba Samsung
Storage Technology Corp., Toshiba Samsung
Storage Technology Corp. Korea,
Toshiba du Canada Limitée, Toshiba America
Information Systems, Inc.,
Samsung Electronics Co., Ltd.,
Samsung Electronics Canada Inc.,
Samsung Electronics America, Inc.,
Koninklijke Philips Electronics N.V.,
Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips
& Lite-On Digital Solutions Corporation,
Philips & Lite-On Digital Solutions USA,
Inc., Philips Electronics Ltd., Panasonic
Corporation, Panasonic Corporation of North
America, Panasonic Canada Inc., BENQ
Corporation, BENQ America Corporation et
BENQ Canada Corp.** *Appelantes*

c.

Neil Godfrey *Intimé*

et

**Option consommateurs,
Consumers Council of Canada,
Chambre de commerce du Canada et
Association des consommateurs du Canada**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : PIONEER CORP. c. GODFREY
2019 CSC 42**

File Nos.: 37809, 37810.

2018: December 11; 2019: September 20.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil procedure — Class actions — Certification — Plaintiff alleging that defendants conspired to fix prices of optical disc drives and related products — Plaintiff’s action certified as class proceeding — Class membership including direct purchasers, indirect purchasers and umbrella purchasers — Whether umbrella purchasers have cause of action under Competition Act — Whether Competition Act bars plaintiff from bringing common law or equitable claims — Whether plaintiff’s proposed questions relating to loss suffered by class members meet standard for certification as common issues — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36(1) — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

Limitation of actions — Competition Act setting out limitation period of two years from day on which conduct was engaged in — Action brought against some defendants more than two years after alleged conduct occurred — Whether action against those defendants barred by statutory limitation period — Whether discoverability rule or doctrine of fraudulent concealment applies to extend statutory limitation period — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36(4).

The proposed representative plaintiff applied for certification of a class proceeding under the British Columbia *Class Proceedings Act*. The plaintiff alleges that the defendants, who manufacture Optical Disc Drives (“ODDs”) and ODD products, conspired to fix prices of ODDs and ODD products between 2004 and 2010 (“class period”). He advances various causes of action based on that alleged conduct. They include a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, which allows for the recovery of damages or loss that resulted from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act*, as well as common law and equitable claims. The plaintiff seeks to bring the proposed class proceeding on behalf of all British Columbia residents who purchased an ODD or an ODD product during

N^{os} du greffe : 37809, 37810.

2018 : 11 décembre; 2019 : 20 septembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Procédure civile — Recours collectifs — Autorisation — Allégation du demandeur que les défenderesses ont comploté pour fixer les prix de lecteurs de disques optiques et de produits connexes — Action du demandeur autorisée en tant que recours collectif — Groupe composé d’acheteurs directs, d’acheteurs indirects et d’acheteurs sous parapluie — Les acheteurs sous parapluie ont-ils une cause d’action au titre de la Loi sur la concurrence? — La Loi sur la concurrence empêche-t-elle le demandeur d’intenter des recours de common law ou d’equity? — Les questions proposées par le demandeur qui ont trait à la perte subie par les membres du groupe satisfont-elles à la norme d’autorisation de questions en tant que questions communes? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36(1) — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 4(1).

Prescription — Loi sur la concurrence établissant un délai de prescription de deux ans à compter de la date du comportement en question — Action intentée contre certaines défenderesses plus de deux ans après le comportement reproché — Le délai de prescription prévu par la loi fait-il obstacle à l’action intentée contre ces défenderesses? — La règle de la possibilité de découvrir ou la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’applique-t-elle de manière à prolonger le délai de prescription établi par la loi? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36(4).

Le représentant proposé des demandeurs a demandé l’autorisation d’un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique. Le demandeur allègue que les défenderesses, qui fabriquent des lecteurs de disques optiques (« LDO ») et des produits munis de LDO, ont comploté pour fixer les prix des LDO et des produits munis de LDO entre 2004 et 2010 (« période visée par le recours collectif »). Il avance diverses causes d’action fondées sur ce comportement reproché, notamment une cause d’action au titre de l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, qui permet l’indemnisation d’une perte ou des dommages qui découlent d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI de cette loi, ainsi que l’exercice de recours de common law et d’equity. Le

the class period. The proposed class consists of direct purchasers, indirect purchasers, and umbrella purchasers, that is, purchasers whose ODD or ODD product was manufactured and supplied by a non-defendant. Although the action against most of the defendants was filed within two years of the end of the class period, the action against a subset of the defendants (“Pioneer defendants”) was filed more than two years after the end of the class period.

The certification judge certified the action as a class proceeding, subject to certain exceptions and conditions. He was not satisfied that it was plain and obvious that the action against the Pioneer defendants was barred by the two-year limitation period set out in s. 36(4) of the *Competition Act*. He also held that the umbrella purchasers had a cause of action against the defendants under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, that a breach of the *Competition Act* could represent the unlawfulness element of the various causes of action advanced by the plaintiff, thereby affirming the availability of those common law and equitable actions, and that the plaintiff’s proposed questions in relation to loss suffered by the class were certifiable as common questions. The Court of Appeal dismissed the appeals brought by the defendants.

Held (Côté J. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: It is not plain and obvious that the plaintiff’s claim against the Pioneer defendants will fail on the basis that it was commenced after the two-year limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* because the discoverability rule applies to extend the limitation period. As for the inclusion of umbrella purchasers, the pleadings against all the defendants disclose a cause of action for them under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, thereby satisfying the conditions under s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act* for certification. Also, as s. 36(1) of the *Competition Act* does not bar common law or equitable claims, it is not plain and obvious that the plaintiff’s other claims cannot succeed. Furthermore, the certification judge identified the correct standard to certify commonality of loss as a common issue

demandeur cherche à intenter le recours collectif projeté au nom de tous les résidents de la Colombie-Britannique qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO durant la période visée par le recours collectif. Le groupe projeté est composé des acheteurs directs, des acheteurs indirects et des acheteurs sous parapluie, c’est-à-dire les acheteurs dont les LDO ou produits munis de LDO ont été fabriqués et fournis par une personne qui n’est pas une défenderesse. Bien que l’action contre la plupart des défenderesses ait été déposée moins de deux ans après la fin de la période visée par le recours collectif, l’action contre un sous-groupe des défenderesses (« défenderesses Pioneer ») a été déposée plus de deux ans après la fin de cette période.

Le juge saisi de la demande d’autorisation a autorisé l’action comme recours collectif, sous réserve de certaines exceptions et conditions. Il n’était pas convaincu que l’action intentée contre les défenderesses Pioneer était évidemment et manifestement prescrite en raison de l’écoulement du délai de prescription de deux ans prévu au par. 36(4) de la *Loi sur la concurrence*. Il a également conclu que les acheteurs sous parapluie avaient une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence* contre les défenderesses, qu’une infraction à la *Loi sur la concurrence* pouvait constituer l’élément d’illégalité des diverses causes d’action avancées par le demandeur, confirmant ainsi qu’il est possible de se prévaloir de ces recours de common law et d’equity, et que les questions proposées par le demandeur relativement à la perte subie par le groupe pouvaient être autorisées en tant que questions communes. La Cour d’appel a rejeté les appels formés par les défenderesses.

Arrêt (la juge Côté est dissidente en partie) : Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : Il n’est pas évident et manifeste que la demande du demandeur contre les défenderesses Pioneer doit être rejetée au motif qu’elle a été introduite après le délai de prescription de deux ans prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence* parce que la règle de la possibilité de découvrir s’applique de façon à prolonger le délai de prescription. Quant à l’inclusion des acheteurs sous parapluie, les actes de procédure contre toutes les défenderesses révèlent une cause d’action dont ils sont les titulaires en vertu de l’al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*, répondant ainsi aux conditions d’autorisation prévues à l’al. 4(1)a de la *Class Proceedings Act*. En outre, puisque le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne fait pas obstacle aux recours de common law ou d’equity, il n’est pas évident et

and there is no basis to interfere with his certification of these loss-related questions.

Where a limitation period is subject to the rule of discoverability, a cause of action will not accrue for the purposes of the running of the limitation period until the material facts on which the cause of action is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence. The discoverability rule is not a universally applicable rule of limitations, but a rule of construction to aid in the interpretation of statutory limitation periods. It can therefore be displaced by clear legislative language. In determining whether discoverability applies, substance, not form, is to prevail: even where the statute does not explicitly state that the limitation period runs from “the accrual of the cause of action”, discoverability applies if it is evident that the operation of a limitation period is conditioned upon accrual of a cause of action or knowledge of an injury. Discoverability will apply where the event triggering the limitation period is an element of the cause of action because, in such cases, the legislature has shown its intention that the limitation period be linked to the cause of action’s accrual.

The discoverability rule applies to extend the two-year limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*, such that it begins to run only when the material facts on which the cause of action granted by s. 36(1)(a) of the *Competition Act* is based are discovered or ought to have been discovered by the exercise of reasonable diligence. The event triggering this particular limitation period is the occurrence of an element of the underlying cause of action — specifically, conduct contrary to Part VI of the *Competition Act*. Consideration of the rationales for limitation periods affirms the application of the discoverability rule to this provision.

Furthermore, it is not plain and obvious that the doctrine of fraudulent concealment could not delay the running of the limitation period. Fraudulent concealment is a form of equitable fraud that arises so as to delay the running of a limitation period when it would be, for any

manifeste que les autres recours exercés par le demandeur ne peuvent être accueillis. Qui plus est, le juge saisi de la demande d’autorisation a arrêté la norme applicable à l’autorisation, en tant que question commune, de la question de la communauté de la perte et il n’y a aucune raison de modifier sa décision d’autoriser ces questions relatives à la perte.

Quand un délai de prescription est assujéti à la règle de la possibilité de découvrir, une cause d’action ne prendra naissance, pour les besoins de l’écoulement du délai de prescription, qu’au moment où les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable. La règle de la possibilité de découvrir n’est pas une règle de prescription d’application universelle; c’est plutôt une règle d’interprétation visant à faciliter l’interprétation des délais de prescription fixés par la loi. Elle peut donc être écartée par un texte législatif clair. Pour décider si la règle de la possibilité de découvrir s’applique, le fond, non la forme, doit prévaloir : même si la loi ne précise pas que le délai de prescription commence à courir à compter de « la naissance de la cause d’action », la règle de la possibilité de découvrir s’applique s’il est évident que le point de départ du délai de prescription dépend de la naissance de la cause d’action ou de la connaissance d’un préjudice. La règle de la possibilité de découvrir s’applique lorsque l’événement marquant le point de départ du délai de prescription est un élément de la cause d’action car, en pareil cas, la législature a manifesté son intention que le délai de prescription soit lié à la naissance de la cause d’action.

La règle de la possibilité de découvrir s’applique de façon à prolonger le délai de prescription de deux ans établi au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence* de sorte que ce délai ne commence à courir qu’au moment où les faits importants sur lesquels repose la cause d’action reconnue par l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* sont découverts ou auraient dû l’être par diligence raisonnable. Le fait déclencheur de ce délai de prescription est la survenance d’un élément de la cause d’action sous-jacente — plus précisément, le comportement qui va à l’encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. L’examen des justifications qui sous-tendent les délais de prescription confirme que la règle de la possibilité de découvrir s’applique à cette disposition.

De plus, il n’est pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne pouvait retarder le point de départ du délai de prescription. La dissimulation frauduleuse est une forme de fraude d’equity dont la présence permet de retarder le point de départ d’un délai

reason, unconscionable for the defendant to rely on the advantage gained by having concealed the existence of a cause of action. The inquiry is not into the relationship within which the conduct occurred, but into the unconscionability of the conduct itself. Its application is therefore not conditioned upon a special relationship between the parties.

Umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*. Under the theory of umbrella pricing, the entire market for the subject product is affected because anti-competitive cartel activity causes non-cartel manufacturers to also raise their prices. The text of s. 36(1)(a), which provides a cause of action to “[a]ny person who has suffered loss or damage as a result of” conduct contrary to s. 45 of the *Competition Act*, supports the view that umbrella purchasers have a cause of action thereunder. Parliament’s use of the words “[a]ny person” empowers any claimant who can demonstrate that loss or damage was incurred as a result of a defendant’s conduct to bring a claim. Also, interpreting s. 36(1)(a) so as to permit umbrella purchaser actions furthers the purpose of the *Competition Act* set out in s. 1.1, which is to “maintain and encourage competition in Canada” with a view to providing consumers with “competitive prices and product choices”. This interpretation also furthers two other objectives of the *Competition Act*: it furthers the objective of deterrence because it increases the potential liability falling upon those who engage in anti-competitive behaviour, and it furthers the objective of compensation because it affords umbrella purchasers recourse to recover from loss arising from what is assumed to have been anti-competitive conduct. Moreover, departmental and parliamentary statements fortify the view that Parliament intended that the cause of action in s. 36(1)(a) be broadly available to anyone who suffers a loss from anti-competitive behaviour.

Recognizing that umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) does not risk exposing defendants to indeterminate liability. Firstly, liability of defendants is limited by the class period, and by the specific products whose prices are alleged to have been fixed. Also, in order for cartel members to profit from a conspiracy, the entire market price has to increase — the umbrella effect is therefore an intended consequence of the anti-competitive behaviour. Intended results are not indeterminate, but rather

de prescription lorsqu’il serait abusif pour le défendeur de profiter de l’avantage obtenu en dissimulant l’existence d’une cause d’action. L’examen ne porte pas sur la relation dans le cadre de laquelle le comportement a eu lieu, mais sur le caractère abusif du comportement lui-même. Son application ne tient donc pas à l’existence d’une relation spéciale entre les parties.

Les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*. Selon la théorie de l’effet parapluie sur les prix, c’est l’ensemble du marché du produit en cause qui est touché parce que les activités anticoncurrentielles du cartel provoquent également une hausse des prix chez les fabricants ne faisant pas partie du cartel. Le texte de l’al. 36(1)a), qui accorde un droit d’action à « [t]oute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite » d’un comportement allant à l’encontre de l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence*, étaye le point de vue selon lequel, sous son régime, les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action. L’emploi, par le législateur, de l’expression « [t]oute personne » habilite à intenter un recours tout demandeur capable de démontrer que la perte ou les dommages ont été subis par suite du comportement d’une défenderesse. De plus, interpréter l’al. 36(1)a) de façon à autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise l’atteinte de l’objet de la *Loi sur la concurrence* décrit à l’art. 1.1, qui est de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada » dans le but d’assurer aux consommateurs « des prix compétitifs et un choix dans les produits ». Cette interprétation favorise également l’atteinte de deux autres objectifs de la *Loi sur la concurrence* : elle favorise l’atteinte de l’objectif de dissuasion, en ce que le risque de responsabilité auquel s’exposent ceux qui se livrent à des comportements anticoncurrentiels augmente et elle favorise l’atteinte de l’objectif d’indemnisation, parce que les acheteurs sous parapluie ont ainsi la possibilité de recouvrer les pertes découlant de ce qui est présumé être un comportement anticoncurrentiel. Qui plus est, certaines déclarations ministérielles et parlementaires renforcent l’opinion que le législateur entendait que la cause d’action prévue à l’al. 36(1)a) soit largement accessible pour quiconque subit une perte par suite d’un comportement anticoncurrentiel.

La reconnaissance d’une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a) aux acheteurs sous parapluie ne risque pas d’exposer les défenderesses à une responsabilité indéterminée. Premièrement, la responsabilité des défenderesses est limitée par la période visée par le recours collectif et par les produits dont les prix auraient été fixés. De plus, pour que les membres du cartel puissent tirer profit du complot, les prix du marché global doivent augmenter. L’effet parapluie est ainsi une conséquence voulue du

pre-determined. Secondly, as s. 36(1)(a) limits recovery to only those purchasers who can show that they suffered a loss or damage “as a result of” a defendant’s conspiratorial conduct, recovery is limited to claimants with a loss that is not too remote from the conduct and umbrella purchasers will have to demonstrate that they suffered such loss or damage. Thirdly, the elements of the wrongful conduct outlined in the text of s. 45(1) in force at the relevant time limit the reach of liability to those who, at a minimum, specifically intend to agree upon anti-competitive conduct.

Section 36(1) of the *Competition Act* does not bar common law or equitable claims, such as claims in civil conspiracy. Prior to the enactment of the cause of action contained in what is now s. 36(1) of the *Competition Act*, a breach of s. 45(1) of the *Competition Act* was, as it still is, able to satisfy the “unlawful means” element of the tort of civil conspiracy. The enactment of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* did not oust common law and equitable actions by its express terms or by necessary implication. Section 36(1) is not duplicative of the tort of civil conspiracy, it does not provide a new and superior remedy, nor does it represent a comprehensive and exclusive code regarding claims for anti-competitive conspiratorial conduct. In addition, s. 62 of the *Competition Act* contemplates the subsistence of common law and equitable rights of action. It is therefore not plain and obvious that the plaintiff is precluded from bringing common law and equitable causes of action alongside his s. 36(1)(a) claim.

In order for loss-related questions to be certified as common issues, a plaintiff’s expert’s methodology need only be sufficiently credible or plausible to establish that loss reached the requisite purchaser level. It is not necessary that it establish that each and every class member suffered a loss nor must it be able to identify those class members who suffered no loss so as to distinguish them from those who did. In *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, the Court directed that, for a court to certify loss-related questions as common issues in a price-fixing class proceeding, it must be satisfied that the plaintiff has shown a plausible methodology to establish that loss reached one or more claimants at the purchaser level. For indirect purchasers, this would involve demonstrating that the direct purchasers

comportement anticoncurrentiel. Des résultats voulus ne sont pas indéterminés, mais bien déterminés à l’avance. Deuxièmement, comme l’al. 36(1)a limite le recours en indemnisation aux seuls acheteurs qui peuvent démontrer qu’ils ont subi une perte ou des dommages « par suite » du complot d’une défenderesse, seuls les demandeurs ayant subi une perte qui n’est pas trop éloignée du comportement peuvent donc être indemnisés et les acheteurs sous parapluie devront démontrer qu’ils ont subi une telle perte ou de tels dommages. Troisièmement, les éléments du comportement répréhensible décrits dans le libellé du par. 45(1) qui était en vigueur durant la période en question limitent l’étendue de la responsabilité à ceux qui, au minimum, ont eu l’intention expresse de convenir d’un comportement anticoncurrentiel.

Le paragraphe 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne fait pas obstacle aux recours de common law ou d’equity, tels qu’une action pour complot civil. Avant l’adoption de la disposition conférant une cause d’action qui se trouve dans ce qui est devenu le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, une infraction au par. 45(1) de cette loi pouvait, et peut encore, satisfaire à l’élément « moyens illégaux » du délit de complot civil. L’adoption de la disposition du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* conférant une cause d’action n’a pas écarté les recours de common law et d’equity de façon expresse ou par déduction nécessaire. Le paragraphe 36(1) ne fait pas double emploi avec le délit de complot civil, il ne prévoit pas de nouvelle façon supérieure de remédier à un manquement et il n’est pas non plus un code complet et exclusif régissant les actions pour comportement ou complot anticoncurrentiel. De plus, l’art. 62 de la *Loi sur la concurrence* prévoit le maintien des droits d’action en common law et en equity. Il n’est donc pas évident et manifeste que le demandeur ne peut exercer des recours de common law et d’equity en même temps qu’une action fondée sur l’al. 36(1)a).

Pour que les questions relatives à la perte soient autorisées en tant que questions communes, la méthode de l’expert du demandeur n’a qu’à être suffisamment fiable ou acceptable pour établir que l’acheteur du niveau requis a subi une perte. Il n’est pas nécessaire que cette méthode établisse que chaque membre du groupe a subi une perte. Il n’est pas non plus nécessaire qu’elle permette d’identifier les membres du groupe qui n’ont subi aucune perte de manière à les distinguer de ceux qui en ont subi une. Dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, la Cour a prescrit que, pour autoriser les questions liées à la perte en tant que questions communes dans un recours collectif pour fixation du prix, le tribunal doit être convaincu que le demandeur a présenté une méthode valable pour établir que

passed on the overcharge. Additionally, showing that loss reached the indirect purchaser level satisfies the criteria for certifying a common issue, since it will significantly advance the litigation, is a prerequisite to imposing liability upon the defendants and will result in common success. Showing loss reached the requisite purchaser level will advance the claims of all the purchasers at that level, because a common issues trial will either determine liability or terminate the litigation, with either scenario advancing the litigation toward resolution.

Aggregate damages under s. 29(1)(b) of the *Class Proceedings Act* are purely remedial, and available only after all other common issues have been determined, including liability. Irrespective, then, of whether aggregate damages are certified as a common issue, it is for the trial judge to determine, following the common issues trial, whether the statutory criteria are met such that the aggregate damages provisions can be applied to award damages. Aggregate damages provisions cannot be used to establish liability. In order for individual class members to participate in the award of damages, the trial judge must be satisfied that each has actually suffered a loss where proof of loss is essential to a finding of liability (as it is for liability under s. 36 of the *Competition Act*). Whether a plaintiff's expert's methodology is sufficient for the purposes of establishing a defendant's liability to all class members will depend on the findings of the trial judge.

Per Côté J. (dissenting in part): Both appeals should be allowed in part. The Pioneer defendants have not demonstrated that the plaintiff's claim for recovery under s. 36(1) of the *Competition Act* is time-barred by the limitation period in s. 36(4)(a)(i). While the discoverability rule does not apply to toll the limitation period, it is not plain and obvious that the fraudulent concealment doctrine has no application in this case. There is agreement with the majority, though for different reasons, that the existence of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* does not preclude the plaintiff from advancing claims at common law or in equity based on the same conduct prohibited by Part VI. However, there is disagreement that the umbrella purchasers have a claim against the

la perte a été transférée à un ou à plusieurs demandeurs du niveau de l'acheteur. Dans le cas des acheteurs indirects, cela implique de démontrer que les acheteurs directs ont refilé la majoration. Qui plus est, démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs indirects satisfait au critère d'autorisation d'une question commune, puisqu'une telle démonstration permettra de faire progresser substantiellement l'instance, qu'elle est essentielle pour imposer une responsabilité aux défenderesses et qu'elle débouche sur un succès commun. Démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs du niveau requis fera progresser les réclamations de tous les acheteurs de ce niveau, car l'audition des questions communes déterminera la responsabilité ou mettra fin au litige; les deux scénarios contribuent au règlement du litige.

Les dommages-intérêts globaux au sens de l'al. 29(1)(b) de la *Class Proceedings Act* ont un objectif purement réparateur et ne peuvent être octroyés qu'après le règlement de toutes les autres questions communes, y compris la responsabilité. Peu importe, donc, si les dommages-intérêts globaux sont autorisés en tant que question commune, il revient au juge du procès de décider, au terme de l'audition des questions communes, si les critères établis par la loi sont respectés de sorte que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux peuvent s'appliquer pour octroyer ceux-ci. Les dispositions sur les dommages-intérêts globaux ne peuvent servir à établir la responsabilité. Pour que les membres du groupe participent à l'octroi des dommages-intérêts, le juge du procès doit être convaincu que chacun d'eux a réellement subi une perte lorsque la preuve de la perte est essentielle à une conclusion de responsabilité (comme c'est le cas de la responsabilité fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*). La réponse à la question de savoir si la méthode de l'expert du demandeur suffit pour établir la responsabilité d'un défendeur envers tous les membres du groupe dépend des conclusions du juge du procès.

La juge Côté (dissidente en partie) : Il y a lieu d'accueillir les deux pourvois en partie. Les défenderesses Pioneer n'ont pas démontré que le recours en indemnisation intenté par le demandeur au titre du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* est prescrit en raison du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)(a)(i). Bien que la règle de la possibilité de découvrir ne s'applique pas de manière à repousser le point de départ du délai de prescription, il n'est pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne trouve pas application en l'espèce. Il est convenu avec les juges majoritaires — bien que pour des motifs différents — que l'existence de la cause d'action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas le demandeur d'intenter des recours en

defendants under s. 36(1) of the *Competition Act*. There is also disagreement that the certification judge identified the correct standard for certifying loss as a common issue pursuant to s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* and therefore that the plaintiff's methodology met the correct standard in the present case.

The discoverability rule does not apply to toll the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* that is applicable to the plaintiff's claim for recovery under s. 36(1) of that statute. Discoverability is a judge-made rule of statutory interpretation that assists in determining whether the event triggering the commencement of a limitation period depends upon the state of the plaintiff's knowledge. This rule applies only where a legislature provides that the limitation period runs from the accrual of the cause of action (or wording to that effect) or from the occurrence of some event that is related to the state of the plaintiff's knowledge. Conversely, where a legislature provides that a limitation period is triggered by an event that occurs without regard to the plaintiff's state of mind, courts cannot apply the discoverability rule to postpone the commencement of the limitation period until such time as the plaintiff discovered that the event had taken place.

Statutory language referring to the occurrence of an element of the cause of action cannot be equated with language referring to the accrual or arising of the cause of action in its entirety such that the discoverability rule automatically applies in the former case. This would expand the scope of the discoverability rule in a manner that is neither consistent with precedent nor justifiable in principle and would create an arbitrary distinction between triggering events that are related to the cause of action and those that are not, even though both may occur independently of the plaintiff's state of mind. A preferable approach is instead one that considers each statutory limitation clause on its own terms, recognizing that a triggering event that relates to a cause of action can, but need not, be dependent on the plaintiff's state of mind.

The limitation period in s. 36(4)(a)(i) commences on the day on which the conduct contrary to Part VI of the

common law ou en equity qui visent le même comportement interdit par la partie VI. Toutefois, il y a désaccord pour dire que les acheteurs sous parapluie ont un recours contre les défenderesses en vertu du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Il y a également désaccord sur le fait que le juge saisi de la demande d'autorisation a appliqué la bonne norme pour autoriser la question de la perte en tant que question commune en vertu de l'al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act* et, donc, que la méthode du demandeur a satisfait à la bonne norme en l'espèce.

La règle de la possibilité de découvrir ne s'applique pas de façon à repousser le point de départ du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence* qui s'applique au recours en indemnisation intenté par le demandeur au titre du par. 36(1) de cette loi. La règle de la possibilité de découvrir est une règle prétorienne d'interprétation statutaire qui aide à déterminer si l'événement qui marque le point de départ du délai de prescription dépend de la connaissance qu'en avait le demandeur. Cette règle s'applique uniquement dans les affaires où le législateur précise que le délai de prescription commence à courir au moment où la cause d'action prend naissance (ou toute autre formulation allant dans le même sens) ou au moment où survient un événement qui a un rapport avec la connaissance du demandeur. À l'inverse, lorsqu'une législature prévoit que le point de départ d'un délai de prescription est marqué par un événement qui survient indépendamment de l'état d'esprit du demandeur, les tribunaux ne peuvent appliquer la règle de la possibilité de découvrir pour reporter le point de départ du délai de prescription jusqu'à ce que le demandeur découvre la survenance de l'événement.

Les mots d'une disposition législative qui font mention de la survenance d'un élément de la cause d'action ne sauraient être assimilés à des mots qui désignent la naissance de la cause d'action dans son ensemble de telle sorte que la règle de la possibilité de découvrir s'applique automatiquement dans le premier cas. Cela étendrait la portée de la règle de la possibilité de découvrir d'une manière qui n'est ni conforme à la jurisprudence ni justifiable en principe et créerait une distinction arbitraire entre les faits déclencheurs ayant un rapport avec la cause d'action et ceux qui n'en ont pas, même si les deux peuvent se produire indépendamment de l'état d'esprit du demandeur. Il vaut mieux plutôt examiner chaque disposition statutaire de prescription selon ses propres termes, en tenant compte qu'un fait déclencheur ayant un rapport avec une cause d'action peut, mais ne doit pas nécessairement, dépendre de la connaissance du demandeur.

Le délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) commence à courir à la date à laquelle le comportement allant

Competition Act actually takes place and not the day on which a potential claimant discovers that it took place. There is simply no link between the triggering event and the plaintiff's state of mind. The provision does not contain wording to the same effect as accrual of the s. 36 cause of action. Applying discoverability would make the limitation period chosen by Parliament virtually meaningless and create uncertainty around the likelihood and timing of significant litigation.

A special relationship between the parties — one that is based on trust and confidence — is not always a prerequisite or a necessary element for the operation of the doctrine of fraudulent concealment. This doctrine operates to prevent a limitation clause from being used as an instrument of injustice in circumstances where a defendant conceals the facts giving rise to a potential cause of action from a plaintiff. In such circumstances, equity suspends the running of the limitation clock until the injured party can reasonably discover the cause of action. Fraud in equity is broader than it is at common law and what constitutes unconscionable conduct will vary from case to case and depend in part on the connection between the parties. Based on this understanding of the fraudulent concealment doctrine, it is not plain and obvious that equity can intervene to toll the applicable limitation period only in cases where there exists a special relationship; it may be that it can also intervene in cases — at least in the commercial context, as here — where the plaintiff can demonstrate something commensurate with or tantamount to a special relationship. However, simply establishing the existence of the conspiracy will not suffice for the fraudulent concealment doctrine to toll the applicable limitation period.

It is plain and obvious that the claims by umbrella purchasers — those class members who purchased from a non-defendant a product that was not manufactured or supplied by a defendant — under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed. While on its face, s. 36(1) appears to be worded broadly enough to capture umbrella purchaser claims, so long as they can prove that they suffered loss or damage as a result of the conduct specified in para. (a) or (b) of subs. (1), this statutory provision must be interpreted in a manner that is consistent with the principles of indeterminacy and remoteness that limit the extent of liability at common law. Indeterminacy is a policy consideration that negates the imposition of a duty of care in negligence where it would expose the defendant to liability in an indeterminate amount for an indeterminate

à l'encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* se produit, et non à la date où le demandeur éventuel découvre que le comportement en question s'est produit. Il n'existe tout simplement aucun lien entre ce fait déclencheur et l'état d'esprit du demandeur. La disposition en cause ne contient pas des mots dans le sens de naissance de la cause d'action fondée sur l'art. 36. Si la règle de la possibilité de découvrir s'appliquait, le délai de prescription choisi par le Parlement perdrait pratiquement tout son sens et laisserait planer l'incertitude quant à la probabilité d'engager de nombreuses poursuites et au moment de les engager.

L'existence d'une relation spéciale — fondée sur la confiance — entre les parties ne constitue pas toujours une condition préalable ou un élément nécessaire à l'application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Cette doctrine vise à empêcher que le délai de prescription serve à créer une injustice, lorsque le défendeur cache au demandeur les faits à l'origine d'une cause d'action potentielle. En pareille situation, l'équité permet de suspendre l'écoulement du délai de prescription jusqu'à ce que la partie lésée puisse raisonnablement découvrir l'existence de la cause d'action. Le terme « fraude » comporte un sens plus large en equity qu'en common law et ce en quoi consiste une conduite abusive varie d'une affaire à l'autre et dépend en partie du lien qui unit les parties. Vu cette conception de la dissimulation frauduleuse, il n'est pas évident et manifeste que l'équité peut intervenir pour repousser le point de départ du délai de prescription uniquement dans les cas où il existe une relation spéciale; il se peut qu'elle puisse aussi intervenir dans les cas — du moins en matière commerciale, comme dans le cas présent — où le demandeur peut démontrer quelque chose correspondant ou d'équivalent à une relation spéciale. Cependant, le simple fait d'établir l'existence du complot ne suffit pas pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription applicable.

Il est évident et manifeste que les acheteurs sous parapluie — les membres du groupe qui ont acheté, d'une personne qui n'est pas une défenderesse, un produit qui n'a pas été fabriqué ou fourni par une défenderesse — ne peuvent avoir gain de cause contre les défenderesses dans leur recours fondé sur l'al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*. Bien qu'à première vue, le libellé du par. 36(1) semble suffisamment général pour englober les réclamations des acheteurs sous parapluie, pourvu qu'ils puissent établir qu'ils ont subi une perte ou des dommages par suite des comportements énumérés aux al. a) et b) du par. (1), il faut interpréter cette disposition conformément aux principes de l'indétermination et du caractère éloigné qui limitent l'étendue de la responsabilité en common law. L'indétermination correspond à une considération

time to an indeterminate class and remoteness limits the scope of liability in negligence where the harm is too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable. Although these principles relate primarily to liability in negligence, they can inform the analysis of claims under s. 36 for pure economic loss. Section 36(1) should not be interpreted in a manner that would permit claimants to recover from defendants for any losses that in some way flowed from the alleged price-fixing conspiracy as it would expose defendants to liability that is potentially limitless in scope for loss and damage that are too remote from any price-fixing that occurred. Consistent with the principles underlying indeterminacy and remoteness, the cause of action in s. 36(1) should be read as limiting the scope of liability of defendants to loss and damage flowing from their own pricing decisions, not those of third parties. Any overcharges the umbrella purchasers may have incurred in the present case were the direct result of pricing decisions made by non-defendant manufacturers and suppliers of ODDs, regardless of whether those choices were influenced by broader market trends. The defendants have control over their own business decisions but not over those of third parties. For this reason, it would be unfair to hold the defendants liable to the umbrella purchasers where they had no control over such liability.

It is not plain and obvious that s. 36(1) bars a plaintiff from alleging common law and equitable causes of action in respect of conduct that breaches the prohibitions in Part VI of the *Competition Act*. The coexistence of statutory and common law or equitable claims arising from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act* is contemplated by s. 62 of that statute. The inclusion of s. 62 in the statutory framework suggests that Parliament did not intend the provisions of the *Competition Act* to intrude upon the provinces' jurisdiction over civil rights and liberties. That s. 62 applies only to Part VI of the *Competition Act* is not consequential as the cause of action created by s. 36(1)(a) is expressly tied to conduct that would constitute an offence under that part. When the words of s. 62 are read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object

de politique générale qui vient écarter l'imposition d'une obligation de diligence en droit de la négligence lorsque le défendeur serait exposé à une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée, et le caractère éloigné a pour effet de limiter l'étendue de la responsabilité pour négligence si le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable. Bien que ces principes se rapportent principalement à la responsabilité pour négligence, ils peuvent guider l'analyse des réclamations fondées sur l'art. 36 pour des pertes purement économiques. Le paragraphe 36(1) ne devrait pas être interprété d'une manière qui permettrait aux demandeurs de se faire indemniser par les défenderesses pour toute perte découlant d'une façon ou d'une autre du complot allégué de fixation des prix parce que cela aurait pour effet d'exposer les défenderesses à une responsabilité potentiellement illimitée, ainsi qu'à une responsabilité à l'égard de pertes et de dommages qui sont trop éloignés de toute fixation des prix. Conformément aux principes sous-tendant l'indétermination et le caractère éloigné, il y a lieu de considérer que la cause d'action prévue au par. 36(1) limite l'étendue de la responsabilité des défendeurs aux pertes et aux dommages découlant de leurs propres décisions, et non de celles prises par des tiers. Toute majoration que les acheteurs sous parapluie auraient pu absorber en l'espèce était en fin de compte la conséquence directe des choix en matière de prix effectués par ces fabricants et fournisseurs de LDO autres que les défenderesses, que ces choix aient ou non été influencés par des tendances générales du marché. Les défenderesses exercent un contrôle sur leur propres décisions d'affaires, mais non sur celles des autres fabricants et fournisseurs. Pour ce motif, il serait injuste de tenir les défenderesses responsables envers les acheteurs sous parapluie alors qu'elles n'avaient aucun contrôle sur cette responsabilité.

Il n'est pas évident et manifeste que le par. 36(1) empêche le demandeur d'exercer des recours de common law et d'equity à l'égard d'un comportement qui enfreint les prohibitions prévues à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. La coexistence des recours fondés sur la loi et des recours fondés sur la common law ou l'equity qui découlent d'un comportement allant à l'encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* est prévue à l'art. 62 de cette loi. L'inclusion de l'art. 62 dans le cadre législatif donne à penser que le Parlement ne voulait pas que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portent atteinte à la compétence des provinces sur les droits et libertés civiles. Le fait que l'art. 62 s'applique seulement à la partie VI de la *Loi sur la concurrence* est sans conséquence parce que la cause d'action créée par l'al. 36(1)a est expressément liée au comportement qui constituerait

of the act and the intention of Parliament, this provision has the effect of preserving all civil rights of action that a claimant may have in respect of anti-competitive conduct contemplated under Part VI of that Act. Section 62 would be meaningless if s. 36(1) were interpreted as exhaustive in respect of civil claims for such conduct.

For questions to be certified as common issues under s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*, the representative plaintiff must show there is some basis in fact for the commonality requirement — that is, that the questions be capable of resolution on a class-wide basis. What the “some basis in fact” standard requires in any given case depends on what it is that the proposed questions ask; different questions will impose different requirements. In class actions where loss is an essential element of liability, loss-related questions can be certified as common issues only if the representative plaintiff’s expert methodology will be able to actually identify which class members suffered a loss at trial.

In the present case, in order for loss-related questions to be certified as common issues among indirect purchasers pursuant to s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*, the representative plaintiff’s proposed methodology must be capable of establishing at trial that at least some identifiable indirect purchasers actually suffered a loss. The plaintiff has not met the required standard in the present case because his methodology is only capable of establishing at trial that loss was occasioned somewhere at the indirect purchaser level of the distribution chain. Such a methodology will not enable the common issues trial judge to determine which class members actually suffered a loss — an essential element of the causes of action pleaded, and necessary for the purpose of making determinations as to liability. The proposed loss-related questions will therefore not be capable of resolution on a class-wide or common basis. What is required of the plaintiff in this case is a methodology capable of answering the loss-related questions on an individualized basis, either by showing that all of the indirect purchasers suffered a loss or at least by identifying those who did and separating them from those who did not.

une infraction sous le régime de cette partie. Lorsqu’on lit les termes de l’art. 62 dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du Parlement, cette disposition a pour effet de préserver tous les droits d’action au civil que peut exercer le demandeur relativement à un comportement anticoncurrentiel envisagé à la partie VI de cette loi. L’article 62 serait vide de sens si le par. 36(1) était interprété comme une disposition exhaustive en ce qui concerne les recours civils relatifs à ce type de comportement.

Pour qu’une question soit autorisée en tant que question commune conformément à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, le représentant des demandeurs doit établir l’existence d’un certain fondement factuel pour respecter l’exigence de la question commune, c’est-à-dire que la question doit pouvoir faire l’objet d’une résolution à l’échelle du groupe. Dans un cas donné, la norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel » dépend de la teneur des questions proposées; des exigences différentes seront imposées selon les questions soulevées. Dans des recours collectifs où la perte constitue un élément essentiel pour établir la responsabilité, les questions de perte ne peuvent être autorisées en tant que questions communes que si la méthode de l’expert du représentant des demandeurs permet d’identifier au procès les membres du groupe qui ont subi une perte.

En l’espèce, pour que les questions liées à la perte soient autorisées en tant que questions communes aux acheteurs indirects en application de l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, la méthode que propose le représentant des demandeurs doit permettre d’établir au procès qu’au moins un certain nombre d’acheteurs indirects identifiables ont effectivement subi une perte. Le demandeur n’a pas satisfait à la norme applicable en l’espèce parce que sa méthode permet seulement d’établir au procès qu’une perte a été subie quelque part au niveau de l’acheteur indirect dans la chaîne de distribution. Cette méthode ne permettra pas au juge appelé à statuer sur les questions communes de déterminer quels membres du groupe ont réellement subi une perte — un élément essentiel des causes d’action plaidées et nécessaires à la prise de décisions sur la responsabilité. Les questions de perte proposées par le demandeur ne pourront donc pas être résolues à l’échelle du groupe ou en commun. Il incombe au demandeur en l’espèce de proposer une méthode permettant de répondre aux questions liées à la perte de façon individuelle : en démontrant que tous les acheteurs indirects ont subi une perte ou, à tout le moins, en identifiant ceux qui ont subi une perte et en les distinguant de ceux qui n’en ont pas subi.

Cases Cited

By Brown J.

Applied: *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; **referred to:** *Watson v. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2006 FCA 415, [2007] 3 F.C.R. 245, aff'd 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Bowes v. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123; *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Burt v. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *T.P. v. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Kone AG and Others v. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12; *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Crosslink Technology Inc. v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435; *Cement LaFarge v. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 S.C.R. 452; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêt appliqué : *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; **arrêts mentionnés :** *Watson c. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Bande et nation indienne d'Ermineskin c. Canada*, 2006 CAF 415, [2007] 3 R.C.F. 245, conf. par 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Bowes c. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123; *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Burt c. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *T.P. c. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Kone AG et autres c. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12; *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Crosslink Technology Inc. c. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435; *Cement LaFarge c. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 R.C.S. 452; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666.

By Côté J. (dissenting in part)

M. (K.) v. M. (H.), [1992] 3 S.C.R. 6; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; *CCS Corp. v. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1; *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2008 FC 825, 67 C.P.R. (4th) 241; *Garford Pty Ltd. v. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 FC 996, 88 C.P.R. (4th) 7; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991, 80 C.P.R. (4th) 1; *Fairview Donut Inc. v. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252; *Giroux Estate v. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341; *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *First City Capital Ltd. v. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Alex*, 2017 SCC 37, [2017] 1 S.C.R. 967; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Taylor v. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Associated General Contractors v. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983); *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *R. v. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

M. (K.) c. M. (H.), [1992] 3 R.C.S. 6; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801; *CCS Corp. c. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1; *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2008 CF 825, 67 C.P.R. (4th) 241; *Garford Pty Ltd. c. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 CF 996, 88 C.P.R. (4th) 7; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 991, 80 C.P.R. (4th) 1; *Fairview Donut Inc. c. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252; *Giroux Estate c. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341; *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *First City Capital Ltd. c. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Taylor c. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Associated General Contractors c. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983); *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Blue Shield of Virginia c. McCready*, 457 U.S. 465 (1982); *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Westfair Foods Ltd. c. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*,

214; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Pro-Sys v. Microsoft*, 2010 BCSC 285.

Statutes and Regulations Cited

Budget Implementation Act, 2009, S.C. 2009, c. 2, s. 410.
Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 1, 4(1), Division 2, 29 to 34, 37(1).
Clayton Act, 15 U.S.C. § 15, s. 4.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 1.1, 36, Part VI, 45, 52, 62.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 206(1).
Land Titles Act, R.S.A. 2000, c. L-4.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, ss. 6 to 8, 21.
Limitation of Actions Act, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5.
Limitation of Actions Act, S.N.S. 2014, c. 35, s. 8.
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1).
Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45(1).
Limitations Act, S.S. 2004, c. L-16.1, ss. 5 to 7.
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4, 5, 15.
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 138.14.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1960, c. 370, s. 3.
Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, s. 5.

Authors Cited

Canada. Competition Bureau of Canada. *Competitor Collaboration Guidelines*. Gatineau, December 2009.
 Canada. Consumer and Corporate Affairs. *Proposals for a New Competition Policy for Canada: First Stage*. Ottawa, 1973.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs*, Issue No. 45, 1st Sess., 30th Parl., May 8, 1975, p. 45:18.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2019, release 55).
 Inderst, Roman, Frank P. Maier-Rigaud, and Ulrich Schwalbe. “Umbrella Effects” (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739.
 Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
 Mew, Graeme, Debra Rolph, and Daniel Zacks. *The Law of Limitations*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Pro-Sys c. Microsoft*, 2010 BCSC 285.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 1, 4(1), division 2, 29 à 34, 37(1).
Clayton Act, 15 U.S.C. § 15, art. 4.
Code de la route, L.R.O. 1990, c. H.8, art. 206(1).
Land Titles Act, R.S.A. 2000, c. L-4.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, art. 6 à 8, 21.
Limitation of Actions Act, S.N.S. 2014, c. 35, art. 8.
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, art. 3(1).
Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, art. 45(1).
Limitations Act, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5 à 7.
Loi d'exécution du budget de 2009, L.C. 2009, c. 2, art. 410.
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4, 5, 15.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, L.R.C. 1970, c. C-23.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 1.1, 36, partie VI, 45, 52, 62.
Loi sur la prescription, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.14.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1960, c. 370, art. 3.
Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, art. 5.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Bureau de la concurrence Canada. *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Gatineau, décembre 2009.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques*, fascicule n° 45, 1^{re} sess., 30^e lég., 8 mai 1975, p. 45:18.
 Canada. Consommation et Corporations. *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada : première étape*, Ottawa, 1973.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2019, release 55).
 Inderst, Roman, Frank P. Maier-Rigaud, et Ulrich Schwalbe. « Umbrella Effects » (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739.
 Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
 Mew, Graeme, Debra Rolph, et Daniel Zacks. *The Law of Limitations*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Veel, Paul-Erik. *Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, August 12, 2016 (online: <https://litigate.com/waiting-forever-for-the-axe-to-drop-discoverability-and-the-limitation-period-for-competition-act-claims/pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC42_eng.pdf).

Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto: Thomson Reuters, 2014.

Wright, Kevin, Todd Shikaze, and Emily Snow. “On the ‘Level’ After *Godfrey*: Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions” (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Groberman and Savage JJ.A.), 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319, [2017] 12 W.W.R. 448, [2017] B.C.J. No. 1618 (QL), 2017 CarswellBC 2245 (WL Can.), affirming a decision of Masuhara J., 2016 BCSC 844, [2016] B.C.J. No. 979 (QL), 2016 CarswellBC 1313 (WL Can.). Appeals dismissed, Côté J. dissenting in part.

W. Michael G. Osborne, Brigeeta Richdale and Jessica Lewis, for the appellants Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. and Pioneer Electronics of Canada Inc.

Laura F. Cooper and Vera Toppings, for the appellants Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba of Canada Ltd. and Toshiba America Information Systems, Inc.

Robert E. Kwinter and Evangelia (Litsa) Kriaris, for the appellants Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. and Samsung Electronics America, Inc.

Neil Campbell, Joan Young and Samantha Gordon, for the appellants Koninklijke Philips Electronics

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed., Pyrmont, N.S.W., Lawbook Co., 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Veel, Paul-Erik. *Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, August 12, 2016 (en ligne : <https://litigate.com/waiting-forever-for-the-axe-to-drop-discoverability-and-the-limitation-period-for-competition-act-claims/pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC42_eng.pdf).

Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2014.

Wright, Kevin, Todd Shikaze, et Emily Snow. « On the “Level” After *Godfrey* : Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions » (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Groberman et Savage), 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319, [2017] 12 W.W.R. 448, [2017] B.C.J. No. 1618 (QL), 2017 CarswellBC 2245 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Masuhara, 2016 BCSC 844, [2016] B.C.J. No. 979 (QL), 2016 CarswellBC 1313 (WL Can.). Pourvois rejetés, la juge Côté est dissidente en partie.

W. Michael G. Osborne, Brigeeta Richdale et Jessica Lewis, pour les appelantes Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. et Pioneer Électronique du Canada, inc.

Laura F. Cooper et Vera Toppings, pour les appelantes Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba du Canada Limitée et Toshiba America Information Systems, Inc.

Robert E. Kwinter et Evangelia (Litsa) Kriaris, pour les appelantes Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. et Samsung Electronics America, Inc.

Neil Campbell, Joan Young et Samantha Gordon, pour les appelantes Koninklijke Philips Electronics

N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. and Philips Electronics Ltd.

John F. Rook, Q.C., Christiaan A. Jordaan and Emrys Davis, for the appellants Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America and Panasonic Canada Inc.

Stephen Fitterman, for the appellants BENQ Corporation, BENQ America Corporation and BENQ Canada Corp.

Reidar M. Mogerma, Linda J. Visser, David G. A. Jones, Charles M. Wright, Katie I. Duke and Bridget M. R. Moran, for the respondent.

Maxime Nasr and Violette Leblanc, for the interveners Option consommateurs.

Jonathan J. Foreman and Jean-Marc Metrailler, for the interveners the Consumers Council of Canada.

Sandra A. Forbes and Adam Fanaki, for the interveners the Canadian Chamber of Commerce.

Jean-Marc Leclerc and Mohsen Seddigh, for the interveners the Consumers' Association of Canada.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] The proposed representative plaintiff, Neil Godfrey, applied for certification of a class proceeding under the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The defendants manufacture Optical Disc Drives (“ODDs” — a memory storage device that uses laser light or electromagnetic waves near the light spectrum to read and/or record data on optical discs), and ODD products (products that contain ODDs). Godfrey alleges that

N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. et Philips Electronics Ltd.

John F. Rook, c.r., Christiaan A. Jordaan et Emrys Davis, pour les appelantes Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America et Panasonic Canada Inc.

Stephen Fitterman, pour les appelantes BENQ Corporation, BENQ America Corporation et BENQ Canada Corp.

Reidar M. Mogerma, Linda J. Visser, David G. A. Jones, Charles M. Wright, Katie I. Duke et Bridget M. R. Moran, pour l'intimé.

Maxime Nasr et Violette Leblanc, pour l'intervenante Option consommateurs.

Jonathan J. Foreman et Jean-Marc Metrailler, pour l'intervenant Consumers Council of Canada.

Sandra A. Forbes et Adam Fanaki, pour l'intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Jean-Marc Leclerc et Mohsen Seddigh, pour l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] Le représentant proposé des demandeurs, Neil Godfrey, a demandé l'autorisation d'un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, de la Colombie-Britannique. Les défenderesses fabriquent des lecteurs de disques optiques (« LDO » — un dispositif de stockage de la mémoire qui utilise la lumière laser ou les ondes électromagnétiques près du spectre optique pour lire ou enregistrer des données sur un disque optique), et des

the defendants conspired to fix prices of ODDs and ODD products.

[2] The certification judge granted Godfrey’s application. Two sets of defendants — one led by Pioneer Corporation, and the other by Toshiba Corporation — each appealed from that decision, unsuccessfully, to the British Columbia Court of Appeal. At stake in these appeals is, principally, whether it is plain and obvious that the claim under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, of so-called “umbrella purchasers” who bought ODDs or ODD products manufactured and supplied by someone *other than* the defendants, but who allege that the defendants’ price-fixing conduct raised the market price of the product, cannot succeed. This depends on whether these umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a). For the reasons that follow, I agree with the courts below that they do, and it therefore follows that it is not plain and obvious that their claim cannot succeed.

[3] These appeals also present an occasion to clarify the operation of the statutory limitation period for claims under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, to affirm the availability of common law and equitable actions in respect of claims also brought under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, and to reiterate the standard required to certify loss-related questions as common issues in class proceedings.

[4] As I will explain below, my disposition of all these matters would lead me to dismiss the appeals.

II. Background

[5] Godfrey applied for certification of a class proceeding against 42 defendants (collectively, “Toshiba”),

produits munis de LDO (produits qui contiennent des LDO). M. Godfrey allègue que les défenderesses ont comploté pour fixer les prix des LDO et des produits munis de LDO.

[2] Le juge saisi de la demande d’autorisation de M. Godfrey a accueilli celle-ci. Deux groupes de défendeurs — l’un dirigé par Pioneer Corporation, et l’autre par Toshiba Corporation — ont tous deux fait appel sans succès de cette décision à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Les présents pourvois soulèvent principalement la question de savoir s’il est évident et manifeste que la demande fondée sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, de ceux qu’on appelle les « acheteurs sous parapluie », qui ont acheté des LDO ou des produits munis de LDO fabriqués et fournis par quelqu’un d’*autre que* les défenderesses, mais qui allèguent que la fixation des prix par les défenderesses s’est traduite par une hausse du prix du produit sur le marché, ne peut être accueillie. La réponse à cette question dépend de la question de savoir si les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis, à l’instar des tribunaux d’instance inférieure, qu’ils en ont une, si bien qu’il n’est pas évident et manifeste que leur demande ne peut être accueillie.

[3] En outre, les présents pourvois donnent à la Cour l’occasion d’apporter des précisions sur les délais de prescription applicables aux actions fondées sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, de confirmer qu’il est possible de se prévaloir des recours de common law et d’equity alors qu’une demande a également été introduite sous le régime de l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, et de rappeler la norme applicable à l’autorisation des questions liées à la perte en tant que questions communes à trancher dans un recours collectif.

[4] Comme je l’expliquerai plus loin, les conclusions auxquelles j’arrive sur ces questions m’amènent à rejeter les pourvois.

II. Contexte

[5] M. Godfrey a demandé l’autorisation d’un recours collectif visant 42 défenderesses (collectivement,

alleging a conspiracy to raise, maintain, fix and/or stabilize the price of ODDs between January 1, 2004 and January 1, 2010 (“class period”). He deposed that he purchased ODD products during the class period, and that he seeks to bring the proposed class proceeding on behalf of all British Columbia residents who purchased an ODD or an ODD product during the class period. The proposed class consists of:

- (a) **direct purchasers**, whose ODD or ODD product was manufactured or supplied *by a defendant* and purchased *from that defendant*,
- (b) **indirect purchasers**, whose ODD or ODD product was manufactured or supplied *by a defendant* and purchased *from a non-defendant*; and
- (c) **umbrella purchasers**, whose ODD or ODD product was manufactured *and* supplied *by a non-defendant*.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2016 BCSC 844 — Masuhara J.*

[6] The certification judge certified the action as a class proceeding, subject to certain exceptions and conditions (para. 221 (CanLII)). One condition was that the class definition be amended so as to satisfy s. 4(1)(b) of the *Class Proceedings Act*. The certification judge held that the class definition (“[a]ll persons resident in British Columbia who purchased [ODDs and ODD products] in [the class period]”) was insufficiently precise, as it was unclear which products were included (paras. 128-31).

[7] In his reasons, the certification judge resolved a number of matters, only two of which are relevant to these appeals: whether the pleadings disclose a cause

« Toshiba », alléguant que celles-ci avaient comploté pour augmenter, maintenir, fixer ou stabiliser le prix des LDO entre le 1^{er} janvier 2004 et le 1^{er} janvier 2010 (« période visée par le recours collectif »). Il a déclaré avoir acheté des produits munis de LDO au cours de la période visée par le recours collectif, et qu’il cherche à intenter le recours collectif projeté au nom de tous les résidents de la Colombie-Britannique qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO durant la période visée. Le groupe projeté est composé des acheteurs suivants :

- a) **acheteurs directs** dont les LDO ou les produits munis de LDO ont été fabriqués ou fournis *par une défenderesse* et achetés *de cette défenderesse*,
- b) **acheteurs indirects** dont les LDO ou les produits munis de LDO ont été fabriqués ou fournis *par une défenderesse* et achetés *d’une personne qui n’est pas une défenderesse*;
- c) **acheteurs sous parapluie** dont les LDO ou les produits munis de LDO ont été fabriqués *et* fournis *par une personne qui n’est pas une défenderesse*.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2016 BCSC 844 — le juge Masuhara*

[6] Le juge saisi de la demande d’autorisation a autorisé l’action comme recours collectif, sous réserve de certaines exceptions et conditions (par. 221 (CanLII)). Par exemple, il fallait modifier la définition du groupe pour qu’elle respecte l’al. 4(1)(b) de la *Class Proceedings Act*. Le juge saisi de la demande d’autorisation a conclu que la définition du groupe [TRADUCTION] (« [t]outes les personnes résidant en Colombie-Britannique qui ont acheté [des LDO et des produits munis de LDO] durant [la période visée par le recours collectif] ») n’était pas suffisamment précise, en ce qu’elle ne permettait pas de savoir quels produits étaient visés (par. 128-131).

[7] Dans ses motifs, le juge saisi de la demande d’autorisation a tranché plusieurs questions, dont seulement deux sont pertinentes pour les présents pourvois :

of action, and whether Godfrey’s proposed questions relating to loss suffered by the class are certifiable as common questions.

(1) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?

[8] The certification judge first considered whether Godfrey’s pleadings satisfy s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act*, which conditions certification upon the pleadings disclosing a cause of action.

(a) *The Pioneer Claim*

[9] A subset of the named defendants (“Pioneer”) opposed Godfrey’s certification application, arguing that the action was bound to fail because it was barred by the two-year limitation period in s. 36(4) of the *Competition Act* (although the action against the other defendants was filed on September 27, 2010, the action against Pioneer was not filed until August 16, 2013). The certification judge held, however, that this argument could not be considered at the certification stage (para. 46). Further, it was not plain and obvious in any event that the limitation period could *not* be extended in this case by applying principles of discoverability or fraudulent concealment.

(b) *Umbrella Purchasers*

[10] Toshiba argued that the umbrella purchasers had no cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, because their inclusion would expose it to indeterminate liability. For four reasons, however, the certification judge held that the umbrella purchasers had a cause of action:

1. While “allowing umbrella claims is inconsistent with restitutionary law”, restitutionary law does not determine the scope of the *Competition Act* claims, since s. 36 exists to

les actes de procédure révèlent-ils une cause d’action et les questions proposées par M. Godfrey relativement à la perte subie par le groupe peuvent-elles être autorisées en tant que questions communes?

(1) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d’action?

[8] Le juge saisi de la demande d’autorisation s’est d’abord demandé si les actes de procédure produits par M. Godfrey respectaient l’al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act*, qui impose comme condition à l’autorisation que les actes de procédures révèlent une cause d’action.

a) *L’action contre Pioneer*

[9] Un sous-groupe faisant partie des défenderesses désignées (« Pioneer ») s’est opposé à la demande d’autorisation de M. Godfrey, soutenant que l’action était vouée à l’échec parce qu’elle était prescrite en raison de l’écoulement du délai de prescription de deux ans prévu au par. 36(4) de la *Loi sur la concurrence* (bien que l’action contre les autres défenderesses ait été déposée le 27 septembre 2010, l’action contre Pioneer a seulement été déposée le 16 août 2013). Le juge saisi de la demande d’autorisation a conclu, cependant, qu’il ne pouvait pas tenir compte de cet argument à l’étape de l’autorisation (par. 46). Il a ajouté que, de toute façon, il n’était pas évident et manifeste que, dans la présente affaire, le délai de prescription *ne* pouvait *pas* être prorogé par application des principes de la possibilité de découvrir ou de la dissimulation frauduleuse.

b) *Acheteurs sous parapluie*

[10] Toshiba a fait valoir que les acheteurs sous parapluie n’avaient pas de cause d’action suivant l’al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*, car leur participation au recours collectif exposerait Toshiba à une responsabilité indéterminée. Le juge saisi de la demande d’autorisation a toutefois conclu, pour quatre motifs, que les acheteurs sous parapluie avaient une cause d’action :

1. S’il est vrai [TRADUCTION] « qu’autoriser l’instruction des demandes présentées par les acheteurs sous parapluie est incompatible avec le droit de la restitution », il reste que le droit de la

compensate for losses, not to restore wrongful gains (para. 73).

2. The possibility of indeterminate liability does not militate against affording umbrella purchasers a cause of action, since the defendants' liability exposure, while significant, would not be indeterminate (paras. 75-76).
3. While umbrella claims expose the defendants to liability for the pricing decisions of non-defendants, the pricing decisions of non-defendants, under the theory of umbrella effects, are not truly "independent" (para. 77).
4. The umbrella purchaser claims would further the goals of the *Competition Act*, including compensation and deterrence (para. 78).

(c) "Unlawfulness" Element

[11] The certification judge then considered Toshiba's argument that a breach of the *Competition Act* could not constitute the "unlawful" element of civil causes of action, such as the tort of unlawful means conspiracy (para. 83). He held that he was bound by *Watson v. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1, such that it could. While, for other reasons, the pleadings did not disclose a cause of action for the unlawful means tort, Godfrey was permitted to amend his pleadings (paras. 109-10). And, while finding that Godfrey's pleadings *did* disclose a cause of action in civil conspiracy (both predominant purpose conspiracy and unlawful means conspiracy), unjust enrichment and waiver of tort (paras. 100, 102, 115 and 119), the certification judge also found that the umbrella purchasers' claims in unjust enrichment and waiver of tort were bound to fail (paras. 116 and 120).

restitution ne définit pas la portée des demandes fondées sur la *Loi sur la concurrence*, puisque l'art. 36 vise l'indemnisation des pertes, non la restitution des gains illicites (par. 73).

2. L'éventualité d'une responsabilité indéterminée n'empêche pas de reconnaître une cause d'action aux acheteurs sous parapluie, étant donné que la responsabilité à laquelle s'exposent les défenderesses, quoiqu'importante, ne serait pas indéterminée (par. 75-76).
3. Bien que les demandes présentées par les acheteurs sous parapluie puissent exposer les défenderesses à une responsabilité quant à des décisions d'établissement des prix prises par des tiers, il reste que, selon la théorie de l'effet parapluie, ces décisions ne sont pas véritablement « indépendantes » (par. 77).
4. Les réclamations des acheteurs sous parapluie favoriseraient l'atteinte des objectifs de la *Loi sur la concurrence*, notamment l'indemnisation et la dissuasion (par. 78).

c) Élément d'« illégalité »

[11] Le juge saisi de la demande d'autorisation a ensuite examiné l'argument de Toshiba suivant lequel une infraction à la *Loi sur la concurrence* ne pouvait constituer l'élément [TRADUCTION] « illégal » d'une cause d'action civile, telle que le complot qui prévoit le recours à des moyens illégaux (par. 83). Il a conclu qu'il était lié par l'arrêt *Watson c. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1, et que cela se pouvait donc. Bien que, pour d'autres raisons, les actes de procédure n'aient pas révélé de cause d'action pour délit d'atteinte par un moyen illégal, M. Godfrey a été autorisé à les modifier (par. 109-110). Et bien qu'il ait conclu que les actes de procédure de M. Godfrey *révélaient* une cause d'action pour complot civil, à la fois pour complot visant principalement à causer un préjudice et complot d'atteinte par un moyen illégal, enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel (par. 100, 102, 115 et 119), le juge saisi de la demande d'autorisation a également conclu que les actions pour enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel intentées par les acheteurs sous parapluie étaient vouées à l'échec (par. 116 et 120).

(2) Do the Claims Raise Common Issues?

[12] Godfrey sought to have 25 questions certified as common questions under s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* (several of which related to loss alleged to have been suffered by the proposed class (para. 143)). Godfrey's expert, Dr. Keith Reutter, opined that (1) all the proposed class members would have been impacted by Toshiba's alleged conspiracy, and (2) there are methods available to estimate any overcharge that resulted from the alleged conspiracy, as well as aggregate damages (paras. 151-52). Some of the defendants, however, retained their own expert, Dr. James Levinsohn, who opined that it would not be possible to determine the fact of injury for the proposed class members using common evidence and analysis (para. 153).

[13] After examining Dr. Reutter's opinion in detail, the certification judge concluded that his was a plausible methodology which satisfied the standard set in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, for evidence to support certifying loss as a common issue. Specifically, it could establish that overcharges were passed on to the indirect purchaser level (paras. 167 and 179).

[14] The certification judge therefore certified all of the common issues with respect to the direct purchasers and indirect purchasers, except those relating to the unlawful means tort (para. 199). With respect to the umbrella purchasers, he certified all of the common issues except those relating to the unlawful means tort, unjust enrichment, waiver of tort (para. 200) and aggregate damages (para. 188).

B. *British Columbia Court of Appeal, 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319 — per Savage J.A.*

[15] Pioneer appealed, arguing the certification judge erred in holding: (1) that the limitation period

(2) Les demandes soulèvent-elles des questions communes?

[12] M. Godfrey a demandé que 25 questions soient autorisées en tant que questions communes au titre de l'al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act* (plusieurs de ces questions portent sur la perte que le groupe projeté aurait subie (par. 143)). L'expert de M. Godfrey, M. Keith Reutter, s'est dit d'avis que (1) tous les membres du groupe projeté ont été touchés par le complot auquel aurait participé Toshiba, et que (2) des méthodes permettent d'estimer la valeur de toute majoration ayant découlé du complot et le montant des dommages-intérêts globaux (par. 151-152). Certaines défenderesses ont cependant fait appel à leur propre expert, M. James Levinsohn, selon qui il ne serait pas possible d'établir le préjudice subi par les membres du groupe proposé au moyen d'une preuve et d'analyses communes (par. 153).

[13] Après avoir examiné en détail l'opinion de M. Reutter, le juge saisi de la demande d'autorisation a conclu que la méthode qu'il proposait était une méthode acceptable qui respectait la norme établie dans l'arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, et qui justifiait l'autorisation de la question liée à la perte en tant que question commune. Plus particulièrement, cette méthode permettait d'établir que la majoration a été refilee aux acheteurs indirects (par. 167 et 179).

[14] Le juge saisi de la demande d'autorisation a donc autorisé toutes les questions communes concernant les acheteurs directs et les acheteurs indirects, à l'exception de celles portant sur le délit d'atteinte par un moyen illégal (par. 199). Quant aux acheteurs sous parapluie, il a autorisé toutes les questions communes à l'exception de celles portant sur le délit d'atteinte par un moyen illégal, l'enrichissement sans cause, la renonciation au recours délictuel (par. 200) et les dommages-intérêts globaux (par. 188).

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319 — le juge Savage*

[15] Pioneer s'est pourvue en appel, soutenant que le juge saisi de la demande d'autorisation avait

defence cannot be considered at the certification stage; (2) that it is not plain and obvious that the discoverability rule never applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*; and (3) that it is not plain and obvious that the doctrine of fraudulent concealment cannot toll the limitation period in this case (para. 45).

[16] Toshiba also appealed, arguing the certification judge erred by: (1) recasting the standard for certifying loss as a common issue; (2) holding that a breach of s. 45 of the *Competition Act* can furnish the “unlawfulness” element for common law actions; and (3) allowing the umbrella purchasers’ causes of action to proceed (para. 44).

[17] The Court of Appeal dismissed both sets of appeals.

(1) Pioneer’s Appeal

[18] Agreeing with the certification judge, the Court of Appeal held that limitations arguments should, generally, not be considered at the certification stage. Further, and that aside, the limitations issue in this case was “intimately connected with the facts of the alleged conspiracy” and should be reserved for trial (paras. 67-68). Alternatively, were discoverability properly considered at the certification stage, it would not be plain and obvious that discoverability does not apply to delay the running of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*. While recognizing that some courts have declined to apply discoverability to s. 36(4)(a)(i) (para. 72), the Court of Appeal read this Court’s decision in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, as directing that discoverability applies where the limitation period is explicitly linked to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action (para. 89).

commis une erreur en concluant : (1) que la défense de prescription ne peut pas être prise en compte à l’étape de l’autorisation; (2) qu’il n’est pas évident et manifeste que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique jamais au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence*; et (3) qu’il n’est pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne permet pas de repousser le point de départ du délai de prescription en l’espèce (par. 45).

[16] Toshiba s’est également pourvue en appel, soutenant que le juge saisi de la demande d’autorisation s’était trompé : (1) en reformulant le critère d’autorisation de la question liée à la perte à titre de question commune; (2) en concluant qu’une infraction à l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence* peut offrir l’élément d’« illégalité » requis pour les actions en common law; et (3) en laissant les causes d’action des acheteurs sous parapluie suivre leur cours (par. 44).

[17] La Cour d’appel a rejeté les deux appels.

(1) Appel de Pioneer

[18] Souscrivant à l’opinion du juge saisi de la demande d’autorisation, la Cour d’appel a conclu que, de façon générale, il ne convenait pas de tenir compte des arguments sur la prescription à l’étape de l’autorisation. Qui plus est, la question de la prescription en l’espèce était [TRADUCTION] « étroitement liée aux faits sous-tendant l’allégation de complot » et elle devait être tranchée au procès (par. 67-68). Subsidièrement, même si l’on tenait compte du principe de la possibilité de découvrir de manière adéquate au stade de l’autorisation, il ne serait pas évident et manifeste que ce principe ne permet pas de reporter le point de départ du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence*. Tout en reconnaissant que certains tribunaux ont refusé d’appliquer ce principe au sous-al. 36(4)a)(i) (par. 72), la Cour d’appel a jugé qu’il se dégage de l’arrêt *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, que la règle de la possibilité de découvrir s’applique lorsque le délai de prescription est expressément lié à la connaissance de la partie lésée ou au fondement de la cause d’action (par. 89).

[19] Further, the certification judge was correct, said the Court of Appeal, to conclude that it is not plain and obvious that the doctrine of fraudulent concealment could not apply (para. 110). Equitable fraud was sufficient to invoke the doctrine, and a purely commercial relationship could support the requirement for a “special relationship” (paras. 102-3) between the parties so as to toll the applicable limitation period. Accordingly, Godfrey’s failure to plead a “special relationship” would not preclude the doctrine’s application here (para. 104).

(2) Certifying Loss as a Common Issue

[20] Toshiba argued that, since Dr. Reutter’s proposed methodology could neither demonstrate that loss was suffered by each class member nor identify the class members who did not suffer harm, the certification judge erred in certifying questions relating to harm as common questions (para. 113). It also saw error in the certification judge’s reference (at para. 169) to the *Class Proceedings Act*’s aggregate damages provisions as supporting the possibility of liability, even where some class members have not demonstrated actual loss.

[21] The Court of Appeal rejected these arguments, noting that *Microsoft* allows loss to be certified as a common issue if “the methodology [is] able to establish that the overcharges have been passed on to the indirect-purchaser level in the distribution chain” (para. 149, citing *Microsoft*, at para. 115). Certifying an issue as common does not create an ultimate right to recovery; it is merely a procedural step that does not change the substantive rights of the parties (para. 158). And, while the aggregate damages provisions in the *Class Proceedings Act* are applicable only once liability is established, they do indeed demonstrate that the statute contemplates recovery where certain class

[19] En outre, aux dires de la Cour d’appel, le juge saisi de la demande d’autorisation a eu raison de conclure qu’il n’était pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne pouvait s’appliquer (par. 110). L’existence d’une fraude en equity suffit pour invoquer la doctrine, et l’existence d’un lien purement commercial permet de satisfaire à l’exigence d’une [TRADUCTION] « relation spéciale » (par. 102-103) entre les parties de manière à repousser le point de départ du délai de prescription applicable. Ainsi, l’omission de M. Godfrey de faire état d’une « relation spéciale » n’empêcherait pas l’application de la doctrine en l’espèce (par. 104).

(2) Autorisation de la question de la perte en tant que question commune

[20] Toshiba a fait valoir que, puisque la méthode proposée par M. Reutter ne permettait pas de démontrer que la perte a été subie par chacun des membres du groupe, ni d’identifier ceux du groupe qui n’ont pas subi de préjudice, le juge saisi de la demande d’autorisation avait commis une erreur en autorisant les questions liées au préjudice en tant que questions communes (par. 113). Elle considère également que le juge a commis une erreur en mentionnant (par. 169) que les dispositions de la *Class Proceedings Act* portant sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent étayer une déclaration de responsabilité, même si certains membres du groupe n’ont pas démontré qu’ils avaient réellement subi une perte.

[21] La Cour d’appel a rejeté ces arguments, soulignant que selon l’arrêt *Microsoft*, les questions liées à la perte peuvent être autorisées en tant que questions communes si « la méthode [permet d’]établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution » (par. 149, citant *Microsoft*, par. 115). Autoriser une question en tant que question commune ne crée aucun droit ultime d’indemnisation; il s’agit simplement d’une étape procédurale qui ne change rien aux droits substantiels des parties (par. 158). Et, bien que les dispositions relatives aux dommages-intérêts globaux contenues dans la *Class Proceedings Act* ne s’appliquent qu’une fois la responsabilité établie,

members have not proven that they suffered loss (paras. 160-61).

(3) Unlawfulness Element

[22] The Court of Appeal agreed with the certification judge that a breach of s. 45 of the *Competition Act* could represent the unlawfulness element of the various causes of action advanced by Godfrey (para. 186).

(4) The Umbrella Purchasers

[23] Here, too, the Court of Appeal found no error in the certification judge's reasons. Umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* based on a breach of s. 45(1) (paras. 247-48). Toshiba's arguments that the certification judge did not expressly consider whether the umbrella purchasers have claims at common law, and that the certification judge erred in his interpretation of s. 36, were rejected (paras. 188-89).

[24] Finally, the Court of Appeal agreed with the certification judge that Toshiba's concerns about indeterminate liability did not support denying certification of the umbrella purchasers' claims. An action under s. 36(1)(a) based on a breach of s. 45(1) is subject to internal limitations within ss. 36(1) and 45(1) which address indeterminacy such that it does not arise as a concern in this case (paras. 230-31). Further, Toshiba's additional potential liability to the umbrella purchasers would be significantly less, relative to its potential liability to non-umbrella purchasers (para. 236).

IV. Issues on Appeal

[25] Pioneer's appeal raises the issue of whether it is plain and obvious that the claim against it will not

elles démontrent que la loi envisage la possibilité d'indemnisation si certains membres du groupe n'ont pas démontré qu'ils avaient subi une perte (par. 160-161).

(3) Élément d'illégalité

[22] La Cour d'appel a convenu avec le juge saisi de la demande d'autorisation qu'une infraction à l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence* pouvait constituer l'élément d'illégalité des diverses causes d'action avancées par M. Godfrey (par. 186).

(4) Les acheteurs sous parapluie

[23] Là encore, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur dans les motifs du juge saisi de la demande d'autorisation. Les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action suivant l'al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*, laquelle est fondée sur une infraction au par. 45(1) (par. 247-248). Les arguments de Toshiba, selon lesquels le juge saisi de la demande d'autorisation n'aurait pas expressément examiné si les acheteurs sous parapluie disposaient de recours en common law et le juge aurait commis une erreur dans son interprétation de l'art. 36, ont été rejetés (par. 188-189).

[24] Enfin, la Cour d'appel a partagé l'avis du juge saisi de la demande d'autorisation selon lequel la crainte d'une responsabilité indéterminée manifestée par Toshiba ne justifiait pas le refus d'autoriser les demandes des acheteurs sous parapluie. Toute action fondée sur l'al. 36(1)a au titre d'un manquement au par. 45(1) est assujettie aux restrictions inhérentes aux par. 36(1) et 45(1), qui circonscrivent la responsabilité de sorte qu'une telle crainte ne se pose pas en l'espèce (par. 230-231). Qui plus est, la responsabilité supplémentaire à laquelle Toshiba pourrait être tenue à l'égard des acheteurs sous parapluie serait substantiellement moindre comparativement à sa responsabilité éventuelle à l'égard des autres acheteurs (par. 236).

IV. Questions en litige

[25] Le pourvoi de Pioneer soulève la question de savoir s'il est évident et manifeste que la demande

succeed because it is statute-barred by s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*. In answering this question, we must decide:

1. whether the principle of discoverability applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*; and
2. whether, for fraudulent concealment to toll the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*, a special relationship between the parties must be established.

[26] The appeals, taken together, raise three common issues:

1. whether it is plain and obvious that the umbrella purchasers' claim under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed;
2. whether it is plain and obvious that s. 36(1) of the *Competition Act* bars a plaintiff from bringing concurrent common law and equitable claims; and
3. the required standard to certify loss as a common issue, and whether Dr. Reutter's evidence satisfies that standard.

V. Analysis

[27] Section 4(1) of the *Class Proceedings Act* contains the requirements for certification of a class proceeding in British Columbia. At issue is whether Godfrey has satisfied s. 4(1)(a), which requires that the pleadings disclose a cause of action, and s. 4(1)(c), which requires that the claims of the class members raise common issues. The former requirement is satisfied unless, assuming all the facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 20; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25; *Microsoft*, at para. 63). The latter is satisfied where

contre elle ne sera pas accueillie parce qu'elle est prescrite par le sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*. Pour répondre à cette question, nous devons trancher les questions suivantes :

1. Le principe de la possibilité de découvrir s'applique-t-il au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*?
2. Pour que la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*, faut-il établir une relation spéciale entre les parties?

[26] Pris ensemble, les pourvois soulèvent trois questions communes :

1. Est-il évident et manifeste que la demande des acheteurs sous parapluie fondée sur l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* ne peut être accueillie?
2. Est-il évident et manifeste que le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* empêche le demandeur d'exercer concurremment des recours de common law ou d'equity?
3. Quelle est la norme requise pour autoriser la question de la perte en tant que question commune et le témoignage de M. Reutter satisfait-il à cette norme?

V. Analyse

[27] Le paragraphe 4(1) de la *Class Proceedings Act* énonce les conditions d'autorisation d'un recours collectif en Colombie-Britannique. Il s'agit de savoir si M. Godfrey a respecté l'al. 4(1)a), qui exige que les actes de procédure révèlent une cause d'action, et l'al. 4(1)c), qui exige que les réclamations des membres du groupe soulèvent des questions communes. La première condition est respectée à moins que, en tenant tous les faits allégués pour avérés, il soit évident et manifeste que la réclamation du demandeur au fond est insoutenable (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 20; *Hollick v. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25; *Microsoft*,

there is “some basis in fact” to support a common issue (*Hollick*, at para. 25; *Microsoft*, at paras. 99-100).

[28] Although at certification the plaintiff must satisfy s. 4(1)’s requirements that I have just described, the standard of review on appeal for each particular question depends on the nature of the question, and will be identified in turn.

A. *Pioneer’s Appeal*

[29] Noting that the alleged conspiracy is said to have ended on January 1, 2010, and that the action against Pioneer was not commenced until August 16, 2013, Pioneer argues that Godfrey’s claim is statute-barred, as it was commenced after the two-year limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* expired. As I will explain, I agree that the discoverability rule applies to extend the limitation period in s. 36(4)(a)(i). It is not plain and obvious that Godfrey’s claim against Pioneer will fail on this basis. Although it is therefore unnecessary to opine on whether the doctrine of fraudulent concealment would apply, I take this opportunity to briefly discuss why its application is not conditioned upon a special relationship between the parties.

[30] Determining whether discoverability applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) is a question of law subject to a standard of correctness, as is the question of whether fraudulent concealment requires a special relationship to be established between the parties. The applicability of either doctrine is, however (and as noted by the Court of Appeal), “bound up in the facts” and must be left to the trial judge to decide (C.A. reasons, at para. 68).

par. 63). La dernière condition est respectée lorsqu’il existe un « certain fondement factuel » pouvant étayer une question commune (*Hollick*, par. 25; *Microsoft*, par. 99-100).

[28] Au stade de l’autorisation, le demandeur doit satisfaire aux exigences du par. 4(1) que je viens de décrire; toutefois, la norme de contrôle en appel applicable à chaque question en particulier dépend de la nature de la question et je préciserai quelle norme s’applique dans chaque cas.

A. *Appel formé par Pioneer*

[29] Soulignant que le complot allégué aurait pris fin le 1^{er} janvier 2010 et que l’action intentée contre elle n’a été introduite que le 16 août 2013, Pioneer soutient que la demande de M. Godfrey est prescrite parce qu’elle a été introduite après l’expiration du délai de prescription de deux ans prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*. Comme je vais l’expliquer, je reconnais que la règle de la possibilité de découvrir s’applique de façon à prolonger le délai de prescription établi au sous-al. 36(4)a(i). Il n’est pas évident et manifeste que la demande de M. Godfrey contre Pioneer doit être rejetée pour ce motif. Bien qu’il ne soit donc pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’applique, je saisis l’occasion d’examiner brièvement les raisons pour lesquelles son application ne tient pas à l’existence d’une relation spéciale entre les parties.

[30] La question de savoir si la possibilité de découvrir s’applique au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) est une question de droit contrôlée suivant la norme de la décision correcte, tout comme la question de savoir si la dissimulation frauduleuse oblige à établir l’existence d’une relation spéciale entre les parties. Toutefois, comme l’a souligné la Cour d’appel, l’applicabilité de ces deux doctrines est [TRADUCTION] « intimement liée aux faits » et il appartient au juge du procès de trancher cette question (motifs de la C.A., par. 68).

(1) Discoverability

- (a)
- Limitation Periods Run From the Accrual or Knowledge of the Cause of Action*

[31] This Court has recognized that limitation periods may be subject to a rule of discoverability, such that a cause of action will not accrue for the purposes of the running of a limitation period until “the material facts on which [the cause of action] is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence” (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224; *Ryan*, at paras. 2 and 22).

[32] This discoverability rule does not apply automatically to every limitation period. While a “rule”, it is not a universally applicable rule of *limitations*, but a rule of *construction* to aid in the interpretation of statutory limitation periods (*Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 37). It can therefore be displaced by clear legislative language (*Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2006 FCA 415, [2007] 3 F.C.R. 245, at para. 333, aff’d 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222). In this regard, many provincial legislatures have chosen to enact statutory limitation periods that codify, limit or oust entirely discoverability’s application, particularly in connection with ultimate limitation periods (see, e.g., *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4, 5 and 15; *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1); *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, ss. 6 to 8 and 21; *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, ss. 5 to 7; *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5; *Limitation of Actions Act*, S.N.S. 2014, c. 35, s. 8; see also *Bowes v. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123, at paras. 146-58).

[33] Further, absent legislative intervention, the discoverability rule applies only where the limitation period in question runs from the accrual of the cause of action, or from some other event that

(1) Possibilité de découvrir

- a)
- Le délai de prescription commence à courir à compter de la naissance ou de la connaissance de la cause d’action*

[31] Notre Cour a reconnu que les délais de prescription peuvent être assujettis à la règle de la possibilité de découvrir, de sorte que la cause d’action prendra naissance, pour les besoins de l’écoulement du délai de prescription, « lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable » (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, p. 224; *Ryan*, par. 2 et 22).

[32] La règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas automatiquement à chaque délai de prescription. C’est une « règle », certes, mais ce n’est pas une règle de *prescription* d’application universelle; c’est plutôt une règle d’*interprétation* visant à faciliter l’interprétation des délais de prescription fixés par la loi (*Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 37). Elle peut donc être écartée par un texte législatif clair (*Bande et nation indienne d’Ermineskin c. Canada*, 2006 CAF 415, [2007] 3 R.C.F. 245, par. 333, conf. par 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222). À cet égard, plusieurs législatures provinciales ont choisi d’établir au moyen de lois des délais de prescription qui codifient, limitent ou écartent complètement l’application de la règle de la possibilité de découvrir, notamment en ce qui concerne les délais de prescription maximum (voir, p. ex., la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4, 5 et 15; *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, par. 3(1); *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, art. 6 à 8 et 21; *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5 à 7; *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5; *Limitation of Actions Act*, S.N.S. 2014, c. 35, art. 8; voir aussi *Bowes c. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123, par. 146-158).

[33] De plus, en l’absence d’intervention de la législature, la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique que si le délai de prescription en cause commence à courir à compter de la naissance de la

occurs when the plaintiff has knowledge of the injury sustained:

In my opinion, the judge-made discoverability rule is nothing more than a rule of construction. Whenever a statute requires an action to be commenced within a specified time from the happening of a specific event, the statutory language must be construed. When time runs from “the accrual of the cause of action” or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained, the judge-made discoverability rule applies. But, when time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed. [Emphasis added.]

(*Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 (Man. C.A.), at para. 22, cited in *Peixeiro*, at para. 37.)

[34] Two points flow from this statement. First, where the running of a limitation period is contingent upon the accrual of a cause of action or some other event that can occur only when the plaintiff has knowledge of his or her injury, the discoverability principle applies in order to ensure that the plaintiff had knowledge of the existence of his or her legal rights before such rights expire (*Peixeiro*, at para. 39).

[35] Secondly (and conversely), where a statutory limitation period runs from an event unrelated to the accrual of the cause of action or which does not require the plaintiff’s knowledge of his or her injury, the rule of discoverability will not apply. In *Ryan*, for example, this Court held that discoverability did not apply to s. 5 of the *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32, which stated that an action against a deceased could not be brought after one year from the date of death. As the Court explained (para. 24):

The law does not permit resort to the judge-made discoverability rule when the limitation period is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to

cause d’action ou de tout autre événement survenant au moment où le demandeur prend connaissance du préjudice subi :

[TRADUCTION] À mon avis, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage n’est rien de plus qu’une règle d’interprétation. Dans tous les cas où une loi indique que l’action en justice doit être intentée dans un certain délai après un événement donné, il faut interpréter les termes de cette loi. Lorsque ce délai court à partir du « moment où naît la cause d’action » ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu’au moment où la [partie lésée] prend connaissance du dommage, c’est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage qui s’applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d’un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la [partie lésée], cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur. [Je souligne.]

(*Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 (C.A. Man.), par. 22, cité dans *Peixeiro*, par. 37.)

[34] Deux points se dégagent de cet énoncé. Premièrement, lorsque le point de départ du délai de prescription dépend de la naissance de la cause d’action ou de quelque autre événement ne pouvant survenir qu’au moment où le demandeur prend connaissance de son préjudice, le principe de la possibilité de découvrir s’applique de manière à garantir que le demandeur avait connaissance des droits que la loi lui confère avant qu’ils expirent (*Peixeiro*, par. 39).

[35] Deuxièmement (et inversement), lorsqu’un délai de prescription légal commence à courir à compter d’un événement qui n’a rien à voir avec la naissance de la cause d’action ou qui n’exige pas que le demandeur ait connaissance du préjudice qu’il a subi, la règle de la possibilité de découvrir ne s’appliquera pas. Dans l’arrêt *Ryan*, par exemple, la Cour a conclu que la règle ne s’appliquait pas à l’art. 5 de la *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32, qui dispose qu’aucune action ne peut être intentée contre une personne décédée après un an suivant la date de son décès. Comme la Cour l’a expliqué (par. 24) :

Il n’est pas permis, en droit, de recourir à la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage dans les cas où la loi applicable lie expressément le délai de

the injured party's knowledge or the basis of the cause of action. [Emphasis added; citation omitted.]

By tying, then, the limitation period to an event unrelated to the cause of action, and which did not necessitate the plaintiff's knowledge of an injury, the legislature had clearly displaced the discoverability rule (*Ryan*, at para. 27).

[36] In determining whether a limitation period runs from the accrual of a cause of action or knowledge of the injury, such that discoverability applies, substance, not form, is to prevail: even where the statute does not explicitly state that the limitation period runs from “the accrual of the cause of action”, discoverability will apply if it is evident that the operation of a limitation period is, in substance, conditioned upon accrual of a cause of action or knowledge of an injury. Indeed, clear statutory text is necessary to oust its application. In *Peixeiro*, for example, this Court applied the discoverability rule to s. 206(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, which stated that an action must be commenced within two years of the time when “damages were sustained” (para. 2). The use of the phrase “damages were sustained” rather than “when the cause of action arose” was a “distinction without a difference”, as it was unlikely that the legislature intended that the limitation period should run without the plaintiff's knowledge (para. 38).

[37] It is therefore clear that the “the judge-made discoverability rule will apply when the requisite limitation statute indicates that time starts to run from when the cause of action arose (or other wording to that effect)” (G. Mew, D. Rolph and D. Zacks, *The Law of Limitations* (3rd ed. 2016), at p. 103 (emphasis added)). And, while my colleague Côté J. claims to disagree with my analysis, I am fortified by the endorsement in her reasons of this formulation of discoverability (paras. 140 and 149).

prescription à un événement déterminé qui n'a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d'action. [Je souligne; référence omise.]

En rattachant, alors, le délai de prescription à un événement qui n'a aucun rapport avec la cause d'action et qui n'exige pas que le demandeur ait connaissance d'un préjudice, la législature a clairement écarté la règle de la possibilité de découvrir (*Ryan*, par. 27).

[36] Pour décider si un délai de prescription commence à courir à la date de la naissance de la cause d'action ou lorsque le demandeur a connaissance du préjudice qu'il a subi, de sorte que la règle de la possibilité de découvrir s'applique, le fond, non la forme, doit prévaloir : même si la loi ne précise pas que le délai de prescription commence à courir à compter de « la naissance de la cause d'action », le principe de la possibilité de découvrir s'applique s'il est évident que le point de départ du délai de prescription dépend, en substance, de la naissance de la cause d'action ou de la connaissance d'un préjudice. En fait, pour écarter l'application du principe, il faut un texte législatif clair. Dans l'arrêt *Peixeiro*, par exemple, notre Cour a appliqué la règle de la possibilité de découvrir au par. 206(1) du *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8, selon lequel l'action devait être intentée dans les deux ans de la date à laquelle les « dommages ont été subis » (par. 2). L'utilisation des mots « où les dommages ont été subis » plutôt que « date où la cause d'action a pris naissance » est une « distinction sans importance », puisqu'il est peu probable que la législature ait voulu que le délai de prescription commence à courir à l'insu du demandeur (par. 38).

[37] Il est donc clair que [TRADUCTION] « la règle prétorienne de la possibilité de découvrir s'applique quand la loi de prescription voulue indique que le délai commence à courir à la date de la naissance de la cause d'action (ou qu'il utilise d'autres mots en ce sens) » (G. Mew, D. Rolph et D. Zacks, *The Law of Limitations* (3^e éd. 2016), p. 103 (je souligne)). Et, bien que ma collègue prétende être en désaccord avec mon analyse, elle me conforte dans mon opinion en cautionnant cette formulation de la règle de la possibilité de découvrir (par. 140 et 149).

[38] The issue raised by this appeal is what constitutes sufficiently clear legislative expression in this regard, such that discoverability will apply. In my view, where the event triggering the limitation period is an element of the cause of action, the legislature has shown its intention that the limitation period be linked to the cause of action's accrual, such that discoverability will apply. As this Court stated in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, the accrual of a cause of action is a “gradatio[n]” (p. 34). Where all the elements of a cause of action occur simultaneously, the cause of action accrues contemporaneously with the occurrence of each element (*M. (K.)*, at p. 34). Where, however, the occurrence of each element is separated in time, the accrual of the cause of action is a continuing (but not continual) process. That is, the cause of action will continue to accrue as each element of the cause of action occurs.

[39] This was what the Court in *Ryan* was referring to when it said that discoverability does not apply where the limitation period “is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action” (para. 24 (emphasis added)). In *Ryan*, discoverability did not apply because the action was “complete in all its elements” before the operation of the event triggering the limitation period (para. 18). The limitation period was not dependent upon the accrual of the cause of action and thus the limitation period would begin to run independent of the accrual of the cause of action (see *Ryan*, at paras. 16, 18, 20, 29 and 32). Citing the trial judge with approval, the Court added this:

The fact of death is of no relevance to the cause of action in question. It is not an element of the cause of action and is not required to complete the cause of action. Whatever the nature of the cause of action, it is existing and complete before the *Survival of Actions Act* operates, in the case of a death, to maintain it and provide a limited time window within which it must be pursued. The fact of the death is irrelevant to the cause of action and serves

[38] Il s’agit en l’espèce de savoir ce qui constitue une expression suffisamment claire de la législature en ce sens pour que la règle de la possibilité de découvrir s’applique. À mon avis, lorsque l’événement marquant le point de départ du délai de prescription est un élément de la cause d’action, la législature a manifesté son intention que le délai de prescription soit lié à la naissance de la cause d’action, déclenchant du même coup l’application de la règle de la possibilité de découvrir. Comme l’a affirmé notre Cour dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, la cause d’action « peut prendre naissance [à différents moments] » (p. 34). Si tous les éléments d’une cause d’action apparaissent simultanément, la cause d’action prend naissance au moment où survient chaque élément (*M. (K.)*, p. 34). En revanche, si les éléments ne surviennent pas tous en même temps, la naissance de la cause d’action est un processus en cours (mais non continu). En d’autres termes, la cause d’action continue de prendre naissance à mesure que survient chacun de ses éléments.

[39] C’est ce dont parlait la Cour dans *Ryan* quand elle a dit que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas lorsque « la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n’a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d’action » (par. 24 (je souligne)). Dans *Ryan*, cette règle ne s’appliquait pas car « tous les éléments » de l’action « [étaient] présents » avant que ne survienne le fait qui marque le point de départ du délai de prescription (par. 18). Le délai de prescription ne dépendait pas de la naissance de la cause d’action et il commencerait donc à courir indépendamment de la naissance de la cause d’action (voir *Ryan*, par. 16, 18, 20, 29 et 32). Citant le juge de première instance avec approbation, la Cour a ajouté ceci :

[TRADUCTION] Le décès en tant que tel n’a aucune pertinence en ce qui concerne la cause d’action en question. Il ne constitue pas un élément de la cause d’action et n’est pas nécessaire pour compléter la cause d’action. Quelle que soit la nature de la cause d’action, elle existe et est complète avant que la *Survival of Actions Act* s’applique, en cas de décès, pour la maintenir et fixer un délai limité dans lequel l’action devra être intentée. Le décès

only to provide a time from which the time within which to bring the action is to be calculated. [Emphasis added; para. 32.]

[40] Had, however, the event triggering the limitation period been an *element* of the cause of action, or had it been required to occur before the cause of action could accrue, discoverability *could* apply (*Ryan*, at paras. 29-30, citing *Burt v. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193). I do not see my colleague Côté J. as disagreeing on this point: she is quite right when she says that “the words ‘basis of the cause of action’ in para. 24 of *Ryan* should be understood as essentially synonymous with the ‘arising or accrual of the cause of action’” (para. 148). As this Court held in *Peixeiro*, where the limitation period is based on an event that can be construed as synonymous with the accrual of the cause of action, discoverability will apply (para. 38).

[41] From all this, it is evident that discoverability continues to apply where the legislature has shown its intent that a limitation period shall run from “when the cause of action arose (or other wording to that effect)” or where the event triggering the limitation period requires the plaintiff’s knowledge of his or her injury (*Mew et al.*, at p. 103). Conversely, discoverability does not apply where that triggering event does not depend on the plaintiff’s knowledge or is independent of the accrual of the cause of action. This is not, as my colleague suggests, a modified test for discoverability (reasons of Côté J., at para. 154), but rather is the product of this Court’s application of *Fehr* in *Peixeiro* (regarding when discoverability *does* apply) and *Ryan* (regarding when discoverability *does not* apply).

en tant que tel n’est pas pertinent en ce qui concerne la cause d’action et sert seulement de point de départ pour calculer le délai dans lequel l’action devra être intentée. [Je souligne; par. 32.]

[40] Si en revanche le fait déclencheur du délai de prescription constituait un *élément* de la cause of action, ou s’il devait se produire avant que la cause d’action puisse prendre naissance, la règle de la possibilité de découvrir *pourrait* s’appliquer (*Ryan*, par. 29-30, citant *Burt c. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193). Je ne pense pas que ma collègue la juge Côté est en désaccord sur ce point : elle a parfaitement raison de dire que « l’expression “fondement de la cause d’action” figurant au par. 24 de l’arrêt *Ryan* devrait être considérée comme étant essentiellement synonyme de l’expression “naissance de la cause d’action” » (par. 148). Comme l’a conclu la Cour dans *Peixeiro*, lorsque le délai de prescription découle d’un fait susceptible d’être jugé synonyme de la naissance de la cause d’action, la règle de la possibilité de découvrir s’applique (par. 38).

[41] Il ressort clairement de tout ce qui précède que la règle de la possibilité de découvrir continue de s’appliquer lorsque la législature a manifesté son intention que le délai de prescription commence à courir [TRADUCTION] « à la naissance de la cause d’action (ou utilisé d’autres mots en ce sens) », ou encore lorsque le fait déclencheur du délai de prescription exige du demandeur qu’il ait connaissance du préjudice qu’il a subi (*Mew et autres*, p. 103). En revanche, la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas lorsque le fait déclencheur ne dépend pas de la connaissance du demandeur ou est indépendant de la naissance de la cause d’action. Il ne s’agit pas là, contrairement à ce que laisse entendre ma collègue, d’un critère modifié relatif à la possibilité de découvrir (motifs de la juge Côté, par. 154). Il s’agit plutôt de la conséquence de l’application par notre Cour de l’arrêt *Fehr* dans *Peixeiro* (à propos des circonstances où la règle de la possibilité de découvrir *s’applique*) et dans *Ryan* (au sujet des circonstances où la règle de la possibilité de découvrir *ne s’applique pas*).

(b) The Statutory Scheme, and the Objects of Statutory Limitation Periods

[42] Bearing in mind that, as I have explained, the discoverability rule is a rule of *construction*, its application depends on an examination of the pertinent statutory text to assess what triggers the running of the limitation period in question, supplemented by consideration of the statutory scheme within which it operates, and of the legislature's purpose in enacting limitation periods (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[43] Turning first to the statutory text, the relevant provisions of s. 36 of the *Competition Act* state:

36 (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, . . .

...

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

...

(4) No action may be brought under subsection (1),

(a) in the case of an action based on conduct that is contrary to any provision of Part VI, after two years from

(i) a day on which the conduct was engaged in, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

whichever is the later; . . .

...

b) Le régime législatif et les objectifs des délais de prescription légaux

[42] Compte tenu du fait que, comme je l'ai expliqué, la règle de la possibilité de découvrir est une règle d'*interprétation*, son application dépend d'un examen du texte législatif pertinent visant à déterminer ce qui marque le point de départ du délai de prescription en question, complété par un examen du régime législatif dans lequel ladite disposition s'inscrit et de l'intention qu'avait la législature quand elle a fixé ce délai de prescription (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[43] Passons d'abord au texte législatif. Les dispositions pertinentes de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* prévoient :

36 (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) . . . d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

...

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

...

(4) Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date du comportement en question,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

...

[44] The text of s. 36(4)(a)(i) provides that no action may be brought under s. 36(1)(a) after two years from a day *on which conduct contrary to Part VI* occurred. From this, it is clear that the event triggering this particular limitation period is an element of the underlying cause of action. That is, the limitation period in s. 36(4)(a)(i) is triggered by the occurrence of an element of the underlying cause of action — specifically, conduct contrary to Part VI of the *Competition Act*. Therefore, it is subject to discoverability (*Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, at para. 18).

[45] The scheme of s. 36(4) also supports the view that discoverability was intended to apply to the limitation period in s. 36(4)(a)(i). Section 36(4)(a) sets out two limitation periods — s. 36(4)(a)(i), which runs from the day on which the conduct occurred and s. 36(4)(a)(ii), which runs from the day on which criminal proceedings are disposed of. The applicable limitation period is whichever event occurs later. Pioneer argues that Parliament enacted s. 36(4)(a)(ii) to revive a cause of action where the limitation period has expired under s. 36(4)(a)(i), which revival would mitigate any unfairness created by the operation of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) (A.F. (Pioneer), at para. 92). I do not view s. 36(4)(a)(ii)'s operation in this way. It is simply an example of a limitation period to which discoverability does not apply because, as the Court of Appeal for Ontario said in *Fanshawe*, the event triggering the limitation period under s. 36(4)(a)(ii) — the disposition of criminal proceedings — is “not connected to a plaintiff’s cause of action or knowledge” (para. 47). When s. 36(4)(a)(i) is contrasted with s. 36(4)(a)(ii), it is likely that Parliament intended that discoverability apply to the former limitation period and not the latter. Further, where criminal proceedings are *not* brought against a wrongdoer, the putative mitigating effect of s. 36(4)(a)(ii) would be of no assistance to plaintiffs whose right of action has expired by operation of s. 36(4)(a)(i).

[44] Le texte du sous-al. 36(4)a(i) prévoit que les actions visées à l’al. 36(1)a) se prescrivent dans les deux ans qui suivent la date du *comportement qui va à l’encontre de la partie VI*. Partant, il est évident que le fait déclencheur de ce délai de prescription est un élément de la cause d’action sous-jacente. En d’autres termes, le délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) court à compter de la survenance d’un élément de la cause d’action sous-jacente — plus précisément, le comportement qui va à l’encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. Par conséquent, il est assujéti à la règle de la possibilité de découvrir (*Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, par. 18).

[45] Le régime établi par le par. 36(4) appuie également la thèse selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir est censée s’appliquer au délai de prescription du sous-al. 36(4)a(i). L’alinéa 36(4)a) prévoit deux délais de prescription : celui du sous-al. 36(4)a(i), qui commence à courir à la date du comportement en question, et celui du sous-al. 36(4)a(ii), qui commence à courir à la date où il est statué sur la poursuite. Le délai de prescription applicable est celui qui commence à courir à la dernière de ces dates. Pioneer soutient que le Parlement a adopté le sous-al. 36(4)a(ii) en vue de faire renaître une cause d’action qui est prescrite suivant le sous-al. 36(4)a(i), et que cette renaissance atténuerait toute iniquité créée par l’application du délai de prescription du sous-al. 36(4)a(i) (m.a. (Pioneer), par. 92). Selon moi, ce n’est pas ainsi que fonctionne le sous-al. 36(4)a(ii). Cette disposition n’est qu’un exemple de délai de prescription auquel la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas parce que, comme l’a dit la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Fanshawe*, le fait déclencheur du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(ii) — la date à laquelle il est statué sur la poursuite — n’est [TRADUCTION] « pas lié à la cause d’action ou à la connaissance du demandeur » (par. 47). Si l’on compare le sous-al. 36(4)a(i) au sous-al. 36(4)a(ii), le législateur voulait probablement que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au premier délai de prescription, mais non au deuxième. Qui plus est, lorsqu’*aucune* poursuite *n’est* intentée contre le contrevenant, le soi-disant effet d’atténuation attribué au sous-al. 36(4)a(ii) ne serait d’aucun secours au demandeur dont le droit d’action a expiré par application du sous-al. 36(4)a(i).

[46] So much for the statutory text and scheme. I turn, then, to consider this limitation period's relation to the overall object of the *Competition Act*, which is to "maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy . . . and . . . provide consumers with competitive prices and product choices" (*Competition Act*, s. 1.1). Anti-competitive agreements — which represent "conduct that is contrary to . . . Part VI" (s. 36(1)(a)) — are invariably conducted through secrecy and deception (*Fanshawe*, at para. 46; C.A. reasons, at para. 93), meaning that they are, by their very nature, *unknown* to s. 36(1)(a) claimants. Parliament would have known this when enacting the limitation provision contained in s. 36(4)(a)(i). It would therefore be absurd, and would render the cause of action granted by s. 36(1)(a) almost meaningless, to state that Parliament did not intend for discoverability to apply, such that the plaintiff's right of action would expire prior to his or her acquiring knowledge of the anti-competitive behaviour. I agree with the Court of Appeal that "it cannot be said that Parliament intended to accord such little weight to the interests of injured plaintiffs in the context of alleged conspiracies so as to exclude the availability of the discoverability rule in s. 36(4)" (C.A. reasons, at para. 93).

[47] The application of discoverability to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) is also supported by the object of statutory limitation periods. This Court has recognized that three rationales underlie limitation periods (*M. (K.)*, at pp. 29-31), which courts must consider in deciding whether the discoverability rule applies to a particular limitation period. The first is that limitation periods foster *certainty*, in that "[t]here comes a time . . . when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations" (*M. (K.)*, at p. 29). This concern must be balanced against the unfairness of allowing a wrongdoer to escape liability while the victim of injury continues to suffer the consequences (*M. (K.)*,

[46] Voilà pour le texte législatif et le régime qu'il établit. Je passe maintenant à l'examen du lien qui unit le délai de prescription à l'objet général de la *Loi sur la concurrence*, qui est de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne [. . .] de même que [. . .] d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits » (*Loi sur la concurrence*, art. 1.1). Les ententes anticoncurrentielles — qui participent des « comportement[s] allant à l'encontre [. . .] de la partie VI » (al. 36(1)a)) — font invariablement appel au secret et à la tromperie (*Fanshawe*, par. 46; motifs de la C.A., par. 93), ce qui veut dire qu'elles sont, de par leur nature même, *inconnues* des demandeurs visés par l'al. 36(1)a). Le législateur devait le savoir lorsqu'il a établi le délai de prescription du sous-al. 36(4)a)(i). Il serait non seulement absurde d'affirmer qu'il n'était pas dans l'intention du législateur que la règle de la possibilité de découvrir s'applique, de sorte que le droit d'action du demandeur expirerait avant qu'il prenne connaissance du comportement anticoncurrentiel, mais affirmer cela reviendrait à dénuer pratiquement de son sens la cause d'action reconnue par l'al. 36(1)a). Je conviens avec la Cour d'appel [TRADUCTION] « [qu']il est impossible de dire que le législateur a voulu accorder si peu d'importance aux intérêts des demandeurs lésés, dans les cas d'allégation de complot, qu'il a écarté le recours à la règle de la possibilité de découvrir au par. 36(4) » (motifs de la C.A., par. 93).

[47] L'application de la règle de la possibilité de découvrir au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) est également étayée par l'objet sous-tendant les délais de prescription légaux. Notre Cour a reconnu que les délais de prescription reposent sur trois justifications (*M. (K.)*, p. 29-31), dont les tribunaux doivent tenir compte pour décider si la règle de la possibilité de découvrir s'applique à un délai de prescription donné. La première est que les délais de prescription favorisent la *certitude*, en ce qu'« [i]l arrive un moment [. . .] où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations » (*M. (K.)*, p. 29). Ce souci de certitude doit être sou-pesé en regard de l'iniquité qui consiste à permettre à

at p. 29). The second rationale is *evidentiary*: limitation periods are intended to help prevent evidence from going stale, to the detriment of the plaintiff or the defendant (*M. (K.)*, at p. 30). Finally, limitation periods serve to encourage *diligence* on the part of plaintiffs in pursuing their claims (*M. (K.)*, at p. 30).

[48] Consideration of these rationales for limitation periods affirms discoverability's application here. Even recognizing that shorter limitation periods indicate that Parliament put a premium on the certainty that comes with a limitation statute's function of repose (*Peixeiro*, at para. 34), balancing all of the competing interests underlying s. 36(4)(a)(i) weighs in favour of applying discoverability. The ability of plaintiffs to advance claims for loss arising from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act* outweighs defendants' interests in barring them, especially where such conduct is, as I have already noted, concealed from plaintiffs (*Fanshawe*, at para. 46) (such that the evidentiary rationale — that is, the concern about evidence going “stale” — has no place in the analysis). To hold otherwise would create perverse incentives, encouraging continued concealment of anti-competitive behaviour until the two-year limitation period has elapsed. It would therefore not only bar plaintiffs from pursuing their claims, but reward concealment that has been “particularly effective” (*Fanshawe*, at para. 49).

[49] In contrast, applying discoverability to s. 36(4)(a)(i) would not unduly affect the defendant's interests, as discoverability does not excuse the plaintiff from moving matters along, such that the rationale of encouraging diligence is still served (*Peixeiro*, at para. 39). Where plaintiffs sleep on their rights or otherwise do not diligently pursue their

un contrevenant d'échapper à sa responsabilité alors que la victime du préjudice continue à en subir les conséquences (*M. (K.)*, p. 29). La deuxième justification se rattache à la *preuve* : les délais de prescription visent à empêcher que des éléments de preuve deviennent périmés, au détriment du demandeur ou du défendeur (*M. (K.)*, p. 30). Enfin, les délais de prescription servent à encourager les demandeurs à faire preuve de *diligence* dans la poursuite de leurs actions (*M. (K.)*, p. 30).

[48] L'examen des justifications qui sous-tendent les délais de prescription confirme que le principe de la possibilité de découvrir s'applique en l'espèce. Même si je reconnais que la brièveté d'un délai de prescription tend à indiquer que le législateur attache une grande importance à la certitude qui découle de toute loi visant à assurer la tranquillité d'esprit (*Peixeiro*, par. 34), j'estime que la mise en balance de l'ensemble des intérêts divergents sur lesquels repose le sous-al. 36(4)a(i) milite en faveur de l'application de la règle de la possibilité de découvrir. La capacité des demandeurs de poursuivre en justice pour les pertes découlant d'un comportement allant à l'encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* l'emporte sur l'intérêt des défendeurs à les en empêcher, surtout lorsqu'un tel comportement a lieu, comme je l'ai déjà mentionné, à l'insu des demandeurs (*Fanshawe*, par. 46) (de sorte que la justification rattachée à la preuve — la crainte que la preuve devienne « périmée » — n'a pas sa place dans l'analyse). Conclure autrement aurait pour effet indésirable d'inciter l'auteur du comportement anticoncurrentiel à continuer de garder le secret jusqu'à l'expiration du délai de prescription de deux ans. Non seulement les demandeurs ne pourraient pas tenter leurs recours, mais l'on se trouverait à récompenser l'auteur d'une tromperie qui a été [TRADUCTION] « particulièrement efficace » (*Fanshawe*, par. 49).

[49] Par contraste, l'application de la règle de la possibilité de découvrir au sous-al. 36(4)a(i) ne nuirait pas indûment aux intérêts des défendeurs, car la règle de la possibilité de découvrir ne dispense pas le demandeur de faire avancer sa cause, de sorte que l'objectif d'encourager la diligence demeure atteint (*Peixeiro*, par. 39). Le demandeur qui tarde

claims, discoverability will not operate to extend the limitation period (Mew et al., at p. 83).

[50] For all of these reasons, I find that the discoverability rule applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i), such that it begins to run only when the material facts on which Godfrey’s claim is based were discovered by him or ought to have been discovered by him by the exercise of reasonable diligence.

(2) Fraudulent Concealment

[51] In light of my finding that discoverability applies to s. 36(4)(a)(i), it is, strictly speaking, unnecessary to consider the doctrine of fraudulent concealment. Given, however, the submissions and attention given to this issue at the courts below, I will comment briefly here on whether fraudulent concealment requires establishing a special relationship between the parties.

[52] Fraudulent concealment is an equitable doctrine that prevents limitation periods from being used “as an instrument of injustice” (*M. (K.)*, at pp. 58-59). Where the defendant fraudulently conceals the existence of a cause of action, the limitation period is suspended until the plaintiff discovers the fraud or ought reasonably to have discovered the fraud (*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 390). It is a form of “equitable fraud” (*Guerin*, at p. 390; *M. (K.)*, at pp. 56-57), which is not confined to the parameters of the common law action for fraud (*M. (K.)*, at p. 57). As Lord Evershed, M.R. explained in *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), at p. 249, cited in *M. (K.)*, at pp. 56-57:

It is now clear . . . that the word “fraud” in s. 26(b) of the Limitation Act, 1939, is by no means limited to common law fraud or deceit. Equally, it is clear, having regard to

à exercer ses droits ou qui n’agit pas avec diligence dans la poursuite de son action ne pourra bénéficier de l’application de la règle de la possibilité de découvrir pour faire prolonger le délai de prescription (Mew et autres, p. 83).

[50] Pour toutes ces raisons, j’estime que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au délai de prescription du sous-al. 36(4)a)(i), de sorte que ce délai n’a commencé à courir qu’à la date à laquelle M. Godfrey a découvert les faits importants sur lesquels repose sa demande ou encore à la date à laquelle il les aurait découverts s’il avait fait preuve de diligence raisonnable.

(2) Dissimulation frauduleuse

[51] Étant donné ma conclusion que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au sous-al. 36(4)a)(i), il est pour ainsi dire inutile d’examiner la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Toutefois, compte tenu de l’attention accordée à cette question devant les juridictions inférieures, ainsi que des observations qui ont été présentées à ce sujet, je me prononcerai brièvement sur la question de savoir si la dissimulation frauduleuse exige la preuve d’une relation spéciale entre les parties.

[52] La doctrine de la dissimulation frauduleuse est une doctrine d’équité qui vise à empêcher que les délais de prescription servent « à créer une injustice » (*M. (K.)*, p. 58-59). Si le défendeur a dissimulé frauduleusement l’existence d’une cause d’action, le délai de prescription est suspendu jusqu’au moment où le demandeur découvre, ou aurait raisonnablement dû découvrir, la fraude (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 390). Il s’agit d’une forme de « fraude d’équité » (*Guerin*, p. 390; *M. (K.)*, p. 56-57), qui n’est pas limitée par les paramètres de l’action pour fraude de la common law (*M. (K.)*, p. 57). Comme l’a expliqué le maître des rôles lord Evershed dans l’arrêt *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), p. 249, cité dans l’arrêt *M. (K.)*, p. 56-57 :

[TRADUCTION] Il est maintenant évident [. . .] que le terme « fraude » employé à l’al. 26b) de la Limitation Act, 1939, n’est aucunement limité à une tromperie ou à une fraude de

the decision in *Beaman v. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, that no degree of moral turpitude is necessary to establish fraud within the section. What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to do so now, but it is, I think, clear that the phrase covers conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other. [Emphasis added in *M. (K.)*.]

[53] While it is therefore clear that equitable fraud *can* be established in cases where a special relationship subsists between the parties, Lord Evershed, M.R. did not limit its establishment to such circumstances, nor did he purport to define exhaustively the circumstances in which it would or would not apply (see *T.P. v. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122, at para. 10). Indeed, he expressly refused to do so: “What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to do so now” (*Kitchen*, at p. 249 (emphasis added)).

[54] When, then, does fraudulent concealment arise so as to delay the running of a limitation period? Recalling that it is a form of *equitable* fraud, it becomes readily apparent that what matters is *not* whether there is a *special relationship* between the parties, but whether it would be, for *any* reason, *unconscionable* for the defendant to rely on the advantage gained by having concealed the existence of a cause of action. This was the Court’s point in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 39:

[Equitable fraud] “. . . refers to transactions falling short of deceit but where the Court is of the opinion that it is unconscientious for a person to avail himself of the advantage obtained” (p. 37). Fraud in the “wider sense” of a ground for equitable relief “is so infinite in its varieties that the Courts have not attempted to define it”, but “all kinds of unfair dealing and unconscionable conduct in matters of contract come within its ken” . . . [Emphasis added.]

common law. Il est également clair, compte tenu de l’arrêt *Beaman c. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, qu’aucun degré de turpitude morale n’est nécessaire pour prouver qu’il y a fraude au sens de l’article. Ce que vise la fraude d’equity est une chose que LORD HARDWICKE n’a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant; toutefois, j’estime qu’il est clair que cette expression vise une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est une iniquité de la part de l’une envers l’autre. [Souligné dans *M. (K.)*.]

[53] S’il est donc évident que la fraude d’equity *peut* être établie dans les cas où il existe une relation spéciale entre les parties, le maître des rôles lord Evershed ne l’a pas limitée à ces cas, non plus qu’il n’a tenté de définir de façon exhaustive les cas où elle pourrait, ou non, s’appliquer (voir *T.P. c. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122, par. 10). Il a d’ailleurs refusé expressément de le faire : [TRADUCTION] « Ce que vise la fraude d’equity est une chose que LORD HARDWICKE n’a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant » (*Kitchen*, p. 249 (je souligne)).

[54] Mais alors quand la présence d’une dissimulation frauduleuse permet-elle de retarder le point de départ d’un délai de prescription? Rappelons qu’il s’agit d’une forme de fraude d’equity. Partant, il devient évident que ce qui importe, ce *n’est pas* de savoir s’il existe une *relation spéciale* entre les parties, mais si, *pour quelque raison que ce soit*, il serait *abusif* pour le défendeur de profiter de l’avantage obtenu en dissimulant l’existence d’une cause d’action. C’est ce qu’a expliqué la Cour dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 39 :

[La fraude d’equity] « . . . s’entend également d’opérations qui ne sont pas dolosives, mais à l’égard desquelles le tribunal estime qu’il serait abusif de laisser une personne profiter de l’avantage obtenu » (p. 37). Au « sens plus large » de fraude donnant ouverture à une réparation en equity, la fraude se présente sous [TRADUCTION] « un nombre tellement infini de formes que les tribunaux n’ont pas tenté de la définir », mais « elle vise toutes sortes de manœuvres déloyales et de conduites abusives en matière contractuelle » . . . [Je souligne.]

It follows that the concern which drives the application of the doctrine of equitable fraud is not limited to the unconscionability of taking advantage of a special relationship with the plaintiff. Nor is the doctrine's application limited, as my colleague suggests, to cases where there is something "tantamount to or commensurate with" a special relationship between the plaintiff and the defendant (paras. 171 and 173-74). While a special relationship is *a* means by which a defendant might conceal the existence of a cause of action, equitable fraud may also be established by pointing to other forms of unconscionable behaviour, such as (for example) "some abuse of a confidential position, some intentional imposition, or some deliberate concealment of facts" (*M. (K.)*, at p. 57, citing *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1979), vol. 28, at para. 919). In short, the inquiry is not into the *relationship* within which the conduct occurred, but into the *unconscionability* of the conduct itself.

[55] The question of whether Pioneer's alleged conduct amounts to fraudulent concealment will, of course, fall to be decided by a trial judge. Nevertheless, I agree with the Court of Appeal and the certification judge that it is not "plain and obvious" that fraudulent concealment could not delay the running of the limitation period in this case (C.A. reasons, at para. 110).

B. *Umbrella Purchasers' Cause of Action Under Section 36(1) of the Competition Act*

[56] Toshiba argues that the certification judge erred by certifying the umbrella purchasers' claims brought under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*. For the following reasons, I disagree.

[57] Whether umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* is a question of law, reviewable on a standard of correctness. Since, as I explain below, I have concluded that umbrella purchasers *do* have a cause of action

Il s'ensuit que ce n'est pas seulement l'iniquité qui découle du fait de laisser une personne profiter de l'avantage d'une relation spéciale avec le demandeur qui justifie l'application de la doctrine de la fraude d'équité. L'application de la doctrine n'est pas non plus restreinte, comme le suggère ma collègue, aux cas où il y a quelque chose d'« équivalen[t] ou correspondant à » une relation spéciale entre le demandeur et le défendeur (par. 171 et 173-174). Bien qu'une relation spéciale soit pour le défendeur *un* moyen de dissimuler l'existence d'une cause d'action, la fraude d'équité peut aussi être établie en invoquant d'autres formes de conduite abusive, par exemple [TRADUCTION] « que l'on [a] abusé d'une situation de confiance, que l'on [a] délibérément abusé de la bonté de quelqu'un ou délibérément caché des faits » (*M. (K.)*, p. 57, citant *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1979), vol. 28, par. 919). Bref, l'examen ne porte pas sur la *relation* dans le cadre de laquelle le comportement a eu lieu, mais sur le *caractère abusif* du comportement lui-même.

[55] La question de savoir si le comportement reproché à Pioneer constitue de la dissimulation frauduleuse devra, bien sûr, être tranchée par le juge de première instance. Néanmoins, je conviens avec la Cour d'appel et le juge saisi de la demande d'autorisation qu'il n'est pas « évident et manifeste » que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne pouvait retarder le point de départ du délai de prescription en l'espèce (motifs de la C.A., par. 110).

B. *La cause d'action que reconnaît le par. 36(1) de la Loi sur la concurrence aux acheteurs sous parapluie*

[56] Toshiba soutient que le juge saisi de la demande d'autorisation a commis une erreur en autorisant les réclamations présentées par les acheteurs sous parapluie sur le fondement de l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec elle.

[57] La question de savoir si les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action fondée sur l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* est une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Puisque, comme je l'explique plus loin, j'ai

under s. 36(1)(a), it is *not* plain and obvious that their claim cannot succeed. Godfrey’s pleadings disclose a cause of action for umbrella purchasers, thereby satisfying the conditions under s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act* for certification.

[58] The theory behind holding price-fixers liable to umbrella purchasers — who, it will be recalled are in this case persons who purchased ODDs or ODD products neither manufactured nor supplied by the defendants — is that the defendants’ anti-competitive cartel activity creates an “umbrella” of supra-competitive prices, causing non-cartel manufacturers to raise their prices (*Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87 (“*Shah (Ont. S.C.J.)*”), at para. 159). Additionally, the European Court of Justice in *Kone AG and Others v. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12, explained umbrella pricing as:

Where a cartel manages to maintain artificially high prices for particular goods and certain conditions are met, relating, in particular, to the nature of the goods or the size of the market covered by that cartel, it cannot be ruled out that a competing undertaking, outside the cartel in question, might choose to set the price of its offer at an amount higher than it would have chosen under normal conditions of competition, that is, in the absence of that cartel. In such a situation, even if the determination of an offer price is regarded as a purely autonomous decision, taken by the undertaking not party to a cartel, it must none the less be stated that such a decision has been able to be taken by reference to a market price distorted by that cartel and, as a result, contrary to the competition rules. [Emphasis added; para. 29.]

[59] In short, a rising tide lifts all boats; under the theory of umbrella pricing, the entire market for the subject product is affected:

Umbrella effects typically arise when price increases lead to a diversion of demand to substitute products.

conclu que les acheteurs sous parapluie *ont effectivement* une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a), il *n’est pas* manifeste et évident que leur demande ne peut être accueillie. Les actes de procédure de M. Godfrey révèlent une cause d’action dont sont titulaires les acheteurs sous parapluie, répondant ainsi aux conditions d’autorisation prévues à l’al. 4(1)a) de la *Class Proceedings Act*.

[58] La logique qui sous-tend la recherche de la responsabilité des participants à un accord de fixation des prix envers les acheteurs sous parapluie — qui, rappelons-le, sont en l’espèce les personnes qui ont acheté des LDO ou des produits munis de LDO qui n’ont été ni fabriqués, ni fournis par les défenderesses — est que les activités anticoncurrentielles des défenderesses créent un « parapluie » ou une « ombrelle » de prix supraconcurrentiels qui provoque une hausse des prix chez les fabricants ne faisant pas partie du cartel (*Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87 (« *Shah (C.S.J. Ont.)* »), par. 159). En outre, la Cour de justice de l’Union européenne a expliqué en ces termes dans *Kone AG et autres c. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12, l’effet d’ombrelle (ou effet parapluie) sur les prix :

Lorsqu’une entente parvient à maintenir un prix artificiellement élevé pour certains produits et que certaines conditions du marché sont réunies, tenant, notamment, à la nature du produit ou à la taille du marché couvert par cette entente, il ne peut être exclu que l’entreprise concurrente, extérieure à celle-ci, choisisse de fixer le prix de son offre à un montant supérieur à celui qu’elle aurait choisi dans des conditions normales de concurrence, c’est-à-dire en l’absence de ladite entente. Dans un tel contexte, même si la détermination d’un prix d’offre est considérée comme une décision purement autonome, adoptée par l’entreprise ne participant pas à une entente, il y a lieu cependant de constater que cette décision a pu être prise par référence à un prix du marché faussé par cette entente et, par conséquent, contraire aux règles de concurrence. [Je souligne; par. 29.]

[59] Bref, la marée monte également pour tous les bateaux; selon la théorie de l’effet parapluie sur les prix, c’est l’ensemble du marché du produit en cause qui est touché :

[TRADUCTION] L’effet parapluie se produit habituellement lorsqu’une augmentation des prix donne lieu à

Because successful cartels typically reduce quantities and increase prices, this diversion leads to a substitution away from the cartels' products toward substitute products produced by cartel outsiders. . . . [T]he increased demand for substitutes typically leads to higher prices for the substitute products. Such price increases are called umbrella effects and may arise either in the same relevant market . . . or in neighboring markets.

(R. Inderst, F. Maier-Rigaud and U. Schwalbe, "Umbrella Effects" (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739, at p. 740)

[60] Several decisions of lower courts have certified umbrella purchaser actions brought under s. 36(1)(a) without expressly considering whether such purchasers had a cause of action (see: *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.); *Crosslink Technology Inc. v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111). Appellate decisions in British Columbia and Ontario have, however, expressly considered the issue and concluded that they *do* (see: C.A. reasons, at para. 247; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721 ("*Shah (ONCA)*"), at para. 52).

[61] Whether umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* is a question of statutory interpretation. The text of s. 36(1)(a) must therefore be read in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and objects of the *Competition Act*.

(1) Text of Section 36(1)

[62] As already noted, s. 36(1)(a) of the *Competition Act* creates a statutory cause of action which allows for the recovery of damages or loss that resulted from

un détournement de la demande vers des produits de substitution. Comme les participants à un cartel prospère s'entendent en général pour réduire les quantités et augmenter les prix, ce détournement se traduit par un abandon des produits du cartel au profit des produits fabriqués par des non participants au cartel. [. . .] [L]a demande accrue pour les produits de substitution entraîne habituellement une hausse des prix de ces produits. Cette hausse est appelée l'« effet parapluie » et cet effet peut se produire sur le même marché pertinent [. . .] ou sur des marchés voisins.

(R. Inderst, F. Maier-Rigaud et U. Schwalbe, « Umbrella Effects » (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739, p. 740)

[60] Dans plusieurs décisions, les juridictions inférieures ont autorisé des actions intentées par des acheteurs sous parapluie en vertu de l'al. 36(1)a) sans se demander explicitement si ces acheteurs avaient une cause d'action (voir : *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.); *Crosslink Technology Inc. c. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111). Des tribunaux d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario ont toutefois expressément abordé la question et conclu qu'ils en *avaient* une (voir : motifs de la C.A., par. 247; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721 (« *Shah (ONCA)* »), par. 52).

[61] La question de savoir si les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action fondée sur l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* est une question d'interprétation législative. Le texte de l'al. 36(1)a) doit donc être lu dans son contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *Loi sur la concurrence*.

(1) Texte du par. 36(1)

[62] Comme je l'ai déjà expliqué, l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* crée une cause d'action qui permet l'indemnisation d'une perte ou des dommages

conduct contrary to Part VI. The relevant portion states:

Recovery of damages

36 (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI . . .

...

may . . . sue for and recover from the person who engaged in the conduct . . . an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

[63] Godfrey relies on “conduct that is contrary to . . . Part VI” (“Offences in Relation to Competition”), since he alleges that Toshiba acted contrary to s. 45(1)(b), (c), and (d) of the *Competition Act*. During the class period,¹ s. 45(1) stated:

Conspiracy

45. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

...

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or

qui découlent d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI. Voici les passages pertinents :

Recouvrement de dommages-intérêts

36 (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) . . . d’un comportement allant à l’encontre d’une disposition de la partie VI;

...

peut [. . .] réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement [. . .] une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu’elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n’excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l’affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

[63] M. Godfrey se fonde sur les termes « comportement allant à l’encontre [. . .] de la partie VI » (« Infractions relatives à la concurrence »), puisqu’il allègue que Toshiba a agi en contravention des al. 45(1)(b), (c), et d) de la *Loi sur la concurrence*. Durant la période visée par le recours collectif¹, le par. 45(1) était rédigé comme suit :

Complot

45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale d’un million de dollars, ou l’une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

...

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d’un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l’achat, le troc, la vente, l’entreposage, la location, le transport ou la fourniture d’un produit, dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens;

¹ Section 45(1) was amended by the *Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2, s. 410. The amendments are not material to these reasons for judgment.

¹ Le paragraphe 45(1) a été modifié par la *Loi d’exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, c. 2, art. 410. Les modifications ne sont pas importantes pour les présents motifs.

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding one million dollars or to both.

[64] The text of s. 36(1)(a) supports the view that umbrella purchasers have a cause of action thereunder for conduct contrary to s. 45(1) of the *Competition Act*. Section 36(1)(a) provides a cause of action to *any person* who has *suffered loss or damage* as a result of conduct contrary to s. 45. Significantly, Parliament’s use of “any person” does not narrow the realm of possible claimants. Rather, it empowers *any* claimant who can demonstrate that loss or damage was incurred as a result of the defendant’s conduct to bring a claim. On this point, the following paragraph from the Court of Appeal for Ontario’s decision in *Shah (ONCA)* (at para. 34) is apposite, and I adopt it as mine:

On a plain reading, if the umbrella purchasers can prove loss resulting from a proven conspiracy under s. 45, s. 36(1) grants those purchasers a statutory means by which to recover those losses. Taking the language at face value, the umbrella purchasers’ right of recovery is limited only by their ability to demonstrate two things: (1) that the respondents conspired within the meaning of s. 45; and (2) that the losses or damages suffered by the appellants resulted from that conspiracy.

(2) Purpose of the *Competition Act*

[65] As I have already recounted, the purpose of the *Competition Act* is to “maintain and encourage competition in Canada” with a view to providing consumers with “competitive prices and product choices” (s. 1.1). A conspiracy to price-fix is the “very antithesis of the *Competition Act*’s objective” (*Shah (ONCA)*, at para. 38). Monetary sanctions for such anti-competitive conduct therefore further the *Competition Act*’s purpose. This Court has also recognized two other objectives of the *Competition*

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

[64] Le texte de l’al. 36(1)a étaye le point de vue selon lequel, sous son régime, les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action pour tout comportement allant à l’encontre du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. L’alinéa 36(1)a accorde un droit d’action à *toute personne* qui a *subi une perte ou des dommages* par suite d’un comportement allant à l’encontre de l’art. 45. Fait important, l’emploi, par le législateur, de l’expression « toute personne » n’a pas pour effet de restreindre les catégories de demandeurs éventuels. Cette expression a plutôt pour effet d’habiliter à intenter un recours *tout* demandeur capable de démontrer que la perte ou le dommage a été subi en raison du comportement du défendeur. Sur ce point, le paragraphe suivant tiré de l’arrêt *Shah (ONCA)* de la Cour d’appel de l’Ontario (par. 34) est pertinent et je le fais mien :

[TRADUCTION] Suivant le sens ordinaire des mots utilisés, si les acheteurs sous parapluie peuvent démontrer qu’ils ont subi une perte par suite d’un complot établi sur le fondement de l’art. 45, le par. 36(1) leur accorde un moyen de recouvrer cette perte. Interprété au pied de la lettre, le par. 36(1) confère aux acheteurs sous parapluie un droit de recouvrement qui n’est limité que par leur capacité à démontrer deux choses : (1) que les intimés ont comploté au sens de l’art. 45; et (2) que la perte ou les dommages subis par les appelants découlent de ce complot.

(2) Objet de la *Loi sur la concurrence*

[65] Comme je l’ai déjà mentionné, l’objet de la *Loi sur la concurrence* est de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada » dans le but d’assurer aux consommateurs « des prix compétitifs et un choix dans les produits » (art. 1.1). Comploter en vue de fixer les prix va [TRADUCTION] « totalement à l’encontre de l’objet de la *Loi sur la concurrence* » (*Shah (ONCA)*, par. 38). Les sanctions pécuniaires imposées dans de tels cas de conduite anticoncurrentielle favorisent ainsi l’atteinte de la fin visée par la *Loi sur*

Act of particular relevance here, being deterrence of anti-competitive behaviour, and compensation for the victims of such behaviour (*Infineon Technologies AG v. Option Consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600 (“*Infineon*”), at para. 111; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545 (“*Sun-Rype*”), at paras. 24-27; *Microsoft*, at paras. 46-49). Interpreting s. 36(1)(a) so as to permit umbrella purchaser actions furthers both of these objectives.

[66] Allowing umbrella purchaser actions furthers deterrence because it increases the potential liability falling upon those who engage in anti-competitive behaviour (*Shah (ONCA)*, at para. 38). Here, Godfrey alleges that four of the named defendants controlled 94 percent of the global ODD market (A.R., vol. II, at para. 70). While this means that Toshiba’s potential liability to the umbrella purchasers would only marginally increase its existing liability to non-umbrella purchasers, I accept that any increase in potential liability will likely carry a correspondingly deterrent effect.

[67] The objective of compensation is also furthered by allowing umbrella purchaser actions, because doing so affords umbrella purchasers recourse to recover from loss arising from what, for the purposes of these appeals, is assumed to have been anti-competitive conduct. Barring a class of purchasers who were, on the theory pleaded, intended by the defendants to pay higher prices as a result of their price-fixing is inconsistent with the compensatory goal of the *Competition Act*.

[68] Relatedly, and while far from determinative, departmental and parliamentary statements fortify my view that Parliament intended that the cause of action in s. 36(1)(a) be broadly available, such that anyone who suffers a loss from anti-competitive behaviour could bring a private action. The briefing document accompanying the first stage of the

la concurrence. Notre Cour a reconnu deux autres objectifs de la *Loi sur la concurrence* qui revêtent en l’espèce une importance particulière : la dissuasion des comportements anticoncurrentiels et l’indemnisation des victimes de ces comportements (*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600 (« *Infineon* »), par. 111; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545 (« *Sun-Rype* »), par. 24-27; *Microsoft*, par. 46-49). Interpréter l’al. 36(1)a de façon à autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise l’atteinte de ces deux objectifs.

[66] Autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise la dissuasion, en ce que le risque de responsabilité auquel s’exposent ceux qui se livrent à des comportements anticoncurrentiels augmente (*Shah (ONCA)*, par. 38). En l’espèce, M. Godfrey allègue que quatre des défenderesses désignées contrôlaient 94 p. 100 du marché global des LDO (d.a., vol. II, par. 70). Bien que cela signifie que la responsabilité potentielle à laquelle s’expose Toshiba à l’égard des acheteurs sous parapluie ne ferait qu’augmenter légèrement la responsabilité qu’elle a envers les autres acheteurs que ceux sous parapluie, je reconnais que toute augmentation de sa responsabilité éventuelle aura probablement un effet dissuasif correspondant.

[67] Autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise également l’atteinte de l’objectif d’indemnisation, parce que ces acheteurs auraient ainsi la possibilité de recouvrer les pertes découlant de ce qui, pour les besoins des présents pourvois, est présumé être un comportement anticoncurrentiel. Exclure une catégorie d’acheteurs qui, selon la thèse avancée, devaient payer des prix plus élevés par suite du stratagème de fixation des prix établi par les défenderesses est incompatible avec l’objectif d’indemnisation de la *Loi sur la concurrence*.

[68] Dans le même ordre d’idées, bien que ce soit loin d’être concluant, certaines déclarations ministérielles et parlementaires me confortent dans mon opinion que le législateur entendait que la cause d’action prévue à l’al. 36(1)a soit largement accessible, de sorte que quiconque subit une perte par suite d’un comportement anticoncurrentiel peut intenter

modernization amendments (which introduced the original civil remedies provision) stated:

Under the existing law there is no civil recourse under the Act for persons injured by reason of the fact that others have participated in violation of the Combines Investigation Act. The provision dealing with civil damages, although it is expected to be of particular value to small businessmen who have been hurt by conduct contrary to the Act, will be equally available to consumers and to any other members of the public who have been so damaged.

The amendment provides that anyone who has suffered loss or damage because of such a violation . . . may . . . sue for and be awarded damages equal to the actual loss incurred . . . [Emphasis added.]

(Consumer and Corporate Affairs Canada, *Proposals for a New Competition Policy for Canada* (1973), at pp. 48-49)

This is further supported by parliamentary committee discussions on the introduction of a private cause of action. In committee, the responsible minister explicitly stated that there was no reason to limit consumers' recourse under the private cause of action to direct loss or damage (House of Commons, Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 45, 1st Sess., 30th Parl., May 8 1975, at p. 45:18).

(3) Indeterminate Liability

[69] Toshiba argues that recognizing the umbrella purchasers as having a cause of action would expose Toshiba to a “potentially limitless scope of liability” (A.F. (Toshiba), at para. 97). This raises the question, first of all, of whether indeterminate liability is relevant *at all* to deciding the scope of possible s. 36(1)(a) claimants for conduct contrary to s. 45(1) of the *Competition Act*. On this point, the Court of Appeal considered that it might be relevant

une action privée. On peut lire ce qui suit dans le document d'information préparé à l'occasion de la première étape des modifications visant à moderniser la Loi (qui ont mené à l'adoption de la première disposition relative aux recours civils) :

En vertu de la loi actuelle, il n'existe pas de recours possible en dommages-intérêts pour les personnes lésées du fait que d'autres ont participé à des infractions à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. La disposition visant les dommages-intérêts sera d'une valeur particulière pour les petites entreprises lésées par des actions contraire (*sic*) à la Loi mais ladite disposition pourra également être invoquée par les consommateurs et par toutes personnes ayant été ainsi lésées.

La modification stipule que toute personne qui a subi des pertes ou un préjudice à cause d'une telle infraction [. . .] peut tenter des poursuites et recevoir des dommages-intérêts équivalents à la perte réelle subie . . . [Je souligne.]

(Consommation et Corporations Canada, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada* (1973), p. 45)

Cette opinion est de plus étayée par les délibérations du comité parlementaire sur la création d'une cause d'action en droit privé. En comité, le ministre responsable a expressément déclaré qu'il n'y avait aucune raison de limiter le recours par les consommateurs à la cause d'action en droit privé pour recouvrer la perte ou les dommages directement subis (Chambre des communes, Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fasc. n° 45, 1^{re} sess., 30^e lég., 8 mai 1975, p. 45:18).

(3) Responsabilité indéterminée

[69] Toshiba soutient que la reconnaissance d'une cause d'action aux acheteurs sous parapluie aurait pour effet de l'exposer à une [TRADUCTION] « responsabilité potentiellement illimitée » (m.a. (Toshiba), par. 97). Ce qui nous amène, premièrement, à la question de savoir si la responsabilité indéterminée est un facteur d'une *quelconque* pertinence pour décider qui sont les demandeurs susceptibles de se prévaloir de l'al. 36(1)a par suite d'un comportement allant à

(on the express assumption that concerns about indeterminate liability might properly be considered outside the context of a negligence action) (C.A. reasons, at para. 227). I note, parenthetically, that whether that assumption is valid — that is, whether indeterminate liability might properly be considered *at all* in the context of a claim under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* — I am content to leave for another day since, for the reasons that follow, I am of the view that indeterminate liability would not arise in this case in any event.

[70] Toshiba argues that indeterminate liability is a relevant consideration here because the umbrella purchasers seek to recover for pure economic loss. Toshiba relies upon this Court’s statement in *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, that “[t]he risk of indeterminate liability is enhanced by the fact that the claims are for pure economic loss” (para. 100). In *Imperial Tobacco*, a class proceeding was brought against Imperial Tobacco by persons who purchased “light” or “mild” cigarettes. Imperial Tobacco issued third-party notices to the Government of Canada, alleging it was liable to tobacco companies for, *inter alia*, negligent misrepresentation. This Court held that “the prospect of indeterminate liability is fatal to the tobacco companies’ claims of negligent misrepresentation”, since “Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes” (para. 99). Similarly, Toshiba argues that it had no control over the quantity of ODDs sold to the umbrella purchasers by non-defendant manufacturers or the number of purchasers to whom it may be liable, such that the extent of its liability is indeterminate (A.F. (Toshiba), at para. 102).

[71] Several features of this case, however, lead me to the view that recognizing the umbrella purchasers’

l’encontre du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. Sur ce point, la Cour d’appel a jugé (en supposant expressément que les préoccupations au sujet de la responsabilité indéterminée pourraient valablement être examinées dans un contexte autre que celui d’une action pour négligence) qu’il pourrait s’agir d’un facteur pertinent (motifs de la C.A., par. 227). Je signale incidemment qu’il vaut mieux reporter à une autre occasion l’analyse de la question de savoir si cette hypothèse est valide — c’est-à-dire si la responsabilité indéterminée est *susceptible* d’être valablement examinée dans le contexte d’une demande fondée sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* — puisque, pour les motifs qui suivent, j’estime que la question de la responsabilité indéterminée ne se poserait pas en l’espèce de toute façon.

[70] Toshiba soutient que la responsabilité illimitée est une considération pertinente en l’espèce, parce que les acheteurs sous parapluie cherchent à être indemnisés d’une perte purement économique. Toshiba se fonde à cet égard sur une affirmation de notre Cour dans l’arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 : « Le risque de responsabilité indéterminée est aggravé par le caractère purement financier de la perte alléguée » (par. 100). Dans *Imperial Tobacco*, un recours collectif avait été intenté contre Imperial Tobacco par des consommateurs de cigarettes « légères » ou « douces ». Imperial Tobacco avait mis en cause le gouvernement du Canada, alléguant qu’il était responsable envers les compagnies de tabac, entre autres, pour avoir fait des déclarations inexactes par négligence. La Cour a conclu que « la possibilité d’une responsabilité indéterminée porte un coup fatal aux allégations des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence », puisque le « Canada n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères » (par. 99). De même, toujours selon Toshiba, elle n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de LDO vendus aux acheteurs sous parapluie par des fabricants autres que les défenderesses ou sur le nombre d’acheteurs envers qui elle risque d’être tenue responsable, de sorte que l’étendue de sa responsabilité est indéterminée (m.a. (Toshiba), par. 102).

[71] Toutefois, plusieurs éléments de la présente affaire m’amènent à conclure que la reconnaissance

cause of action under s. 36(1)(a) does not risk exposing Toshiba to indeterminate liability.

[72] First, Toshiba’s liability is limited by the class period, and by the specific products whose prices are alleged to have been fixed. Whereas in *Imperial Tobacco*, Canada had no control over who smoked light cigarettes (para. 99), the theory of umbrella effects links the pricing decisions of the non-defendant manufacturers to Toshiba’s anti-competitive behaviour (C.A. reasons, at para. 239). I have already noted that Godfrey’s pleadings allege that, during the class period, four of the named defendants collectively controlled 94 percent of the global ODD market. Godfrey also alleges that Toshiba intended to raise prices across that market (A.R., vol. II, at pp. 21-22). This allegation is rooted in the theory that, in order for Toshiba to profit from the conspiracy, the entire market price for ODDs had to increase. Otherwise, Toshiba would have lost market share to non-defendant manufacturers (transcript, at pp. 56-57, A.R., vol. III, at p. 166).

[73] This supports the submission made before us by Godfrey’s counsel that umbrella effects are “not just a known and foreseeable consequence of what the defendants are doing, it’s an intended consequence” (transcript, at p. 61). The point is that the results of Toshiba’s alleged anti-competitive behaviour are not indeterminate. Intended results are *not indeterminate*, but *pre-determined*. I therefore agree with the Court of Appeal that there is “no reason why defendants who intend to inflict damage on umbrella purchasers should be exonerated from liability on the basis that they exercised no control over their liability” (C.A. reasons, at para. 241).

[74] Secondly, and as I have already recounted, s. 36(1)(a) limits recovery to only those purchasers who can show that they suffered a loss or damage “as a result of” the defendants’ conspiratorial conduct. In

de la cause d’action des acheteurs sous parapluie fondée sur l’al. 36(1)a ne risque pas d’exposer Toshiba à une responsabilité indéterminée.

[72] Premièrement, la responsabilité de Toshiba est limitée par la période visée par le recours collectif et par les produits dont les prix auraient été fixés. Alors que dans l’affaire *Imperial Tobacco*, le Canada n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères (par. 99), la théorie de l’effet parapluie établit un lien entre les décisions prises par les fabricants autres que les défenderesses quant à l’établissement des prix et le comportement anti-concurrentiel de Toshiba (motifs de la C.A., par. 239). J’ai déjà mentionné que M. Godfrey allègue dans ses actes de procédure que, durant la période visée par le recours collectif, quatre des défenderesses désignées contrôlaient à elles seules 94 p. 100 du marché global des LDO. M. Godfrey a aussi allégué que Toshiba entendait augmenter les prix dans l’ensemble de ce marché (d.a., vol. II, p. 21-22). Cette allégation tire son origine de la thèse voulant que, pour que Toshiba puisse tirer profit du complot, les prix du marché global des LDO devaient augmenter. Sinon, Toshiba aurait perdu une part de marché en faveur des fabricants autres que les défenderesses (transcription, p. 56-57, d.a., vol. III, p. 166).

[73] Cela étaye l’observation faite devant nous par l’avocat de M. Godfrey selon qui l’effet parapluie n’est [TRADUCTION] « pas juste une conséquence connue et prévisible des agissements des défenderesses, c’est une conséquence voulue » (transcription, p. 61). Le fait est que les résultats du comportement anticoncurrentiel de Toshiba ne sont pas indéterminés. Des résultats voulus *ne* sont *pas indéterminés*, mais *déterminés à l’avance*. Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il n’existe [TRADUCTION] « aucune raison pour que les défenderesses, dont l’intention était de causer un préjudice aux acheteurs sous parapluie, soient dégagées de toute responsabilité parce qu’elles n’exerçaient aucun contrôle sur leur responsabilité » (motifs de la C.A., par. 241).

[74] Deuxièmement, comme je l’ai déjà mentionné, l’al. 36(1)a limite le recours en indemnisation aux seuls acheteurs qui peuvent démontrer qu’ils ont subi une perte ou des dommages « par suite » du complot

order to recover under s. 36(1)(a), then, the umbrella purchasers will have to demonstrate that Toshiba engaged in anti-competitive behaviour, that the umbrella purchasers suffered “loss or damage”, and that such loss or damage was “as a result of” such behaviour. The statutory text “as a result of” imports both factual and legal causation into s. 36(1). Recovery under s. 36(1) is therefore limited to claimants with a loss that is not too remote from the conduct.

[75] Thirdly, the text of s. 45(1) in force during the class period is instructive. The elements of the wrongful conduct outlined therein were described by the British Columbia Court of Appeal in *Watson* (at paras. 73-74):

[T]he *actus reus* elements of former s. 45 are:

- i) the defendant conspired, combined, agreed, or arranged with another person; and
- ii) the agreement was to enhance unreasonably the price of a product, to lessen unduly the supply of a product, or to otherwise restrain or injure competition unduly.

The *mens rea* element of former s. 45 as defined in *[R.] v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 (S.C.C.) at 659-660, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36 (S.C.C.), requires:

- i) the defendant had a subjective intention to agree and was aware of the agreement’s terms; and
- ii) the defendant had the required objective intention, that is, a reasonable business person would or should be aware that the likely effect of the agreement would be to lessen competition unduly.

(See also: *Shah (ONCA)*, at para. 50; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425, at para. 20 (CanLII).)

While the subjective *mens rea* does not require that the defendants’ conduct be directed specifically towards the claimant, s. 45(1) “limits the reach of

des défenderesses. Pour être indemnisés en vertu de l’al. 36(1)a), les acheteurs sous parapluie devront démontrer que Toshiba a eu un comportement anticoncurrentiel, qu’ils ont subi une « perte ou des dommages » et que cette perte ou ces dommages ont été subis « par suite » du comportement en question. L’expression « par suite » intègre tant la causalité factuelle que la causalité juridique au par. 36(1). Seuls les demandeurs ayant subi une perte qui n’est pas trop éloignée du comportement peuvent donc être indemnisés en vertu du par. 36(1).

[75] Troisièmement, le libellé du par. 45(1) qui était en vigueur durant la période visée par le recours collectif est instructif. Les éléments constitutifs du comportement répréhensible sont décrits par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Watson* (par. 73-74) :

[TRADUCTION] [L]es éléments constitutifs de l’*actus reus* requis par l’ancien art. 45 sont :

- i) le défendeur a comploté, s’est coalisé ou a conclu un accord ou un arrangement avec une autre personne;
- ii) l’accord visait à élever déraisonnablement le prix d’un produit, ou à réduire indûment la fourniture d’un produit ou, de toute autre façon, à restreindre indûment la concurrence ou à lui nuire indûment.

La *mens rea* de l’infraction prévue à l’ancien art. 45, telle que définie dans l’arrêt *[R.] c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (C.S.C.), p. 659-660, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36 (C.S.C.), exige ce qui suit :

- i) le défendeur avait une intention subjective de conclure un accord et il était au courant des modalités de l’accord;
- ii) le défendeur avait l’intention objective requise, c’est-à-dire qu’un homme ou une femme d’affaires raisonnable saurait ou devrait savoir que l’accord aura vraisemblablement pour effet de restreindre indûment la concurrence.

(Voir aussi : *Shah (ONCA)*, par. 50; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425, par. 20 (CanLII).)

Bien que la *mens rea* subjective n’exige pas que le comportement des défendeurs soit dirigé directement contre le demandeur, le par. 45(1) [TRADUCTION] « limite

liability to those who, at a minimum, specifically intend to agree upon anti-competitive conduct” (*Shah (ONCA)*, at para. 51).

[76] Taken together, these features of ss. 36(1)(a) and 45(1) of the *Competition Act* limit the availability of this cause of action to those claimants who can demonstrate: (1) a causal link between the loss suffered and the conspiratorial conduct; and (2) that the defendants’ conduct satisfies the *actus reus* and *mens rea* elements of s. 45(1) of the *Competition Act*.

[77] This is not to say that umbrella purchasers’ actions will not be complex or otherwise difficult to pursue. Marshalling and presenting evidence to satisfy the conditions placed by Parliament on recovery under ss. 36(1)(a) and 45(1) — showing a causal link between loss and conspiratorial conduct, and proving the *actus reus* and *mens rea* of s. 45(1) — represents a significant burden. That said, this Court’s statement in *Microsoft* (at paras. 44-45) regarding indirect purchaser claims is, in my view, equally applicable to claims brought by umbrella purchasers:

Indirect purchaser actions, especially in the antitrust context, will often involve large amounts of evidence, complex economic theories and multiple parties in a chain of distribution, making the tracing of the overcharges to their ultimate end an unenviable task. However, . . . these same concerns can be raised in most antitrust cases, and should not stand in the way of allowing indirect purchasers an opportunity to make their case . . .

In bringing their action, the indirect purchasers willingly assume the burden of establishing that they have suffered loss. This task may well require expert testimony and complex economic evidence. Whether these tools will be sufficient to meet the burden of proof, in my view, is a factual question to be decided on a case-by-case basis. Indirect purchaser actions should not be barred altogether solely because of the likely complexity associated with proof of damages.

And, of course, in this case it will be for the trial judge to determine whether the umbrella purchaser

l’étendue de la responsabilité à ceux qui, au minimum, ont eu l’intention expresse de convenir d’un comportement anticoncurrentiel » (*Shah (ONCA)*, par. 51).

[76] Considérés ensemble, ces éléments de l’al. 36(1)a) et du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence* ont pour effet de limiter cette cause d’action aux demandeurs qui peuvent démontrer : (1) un lien de causalité entre la perte subie et le complot; et (2) que le comportement des défendeurs satisfait à l’*actus reus* et à la *mens rea* requis par le par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*.

[77] Cela ne veut pas dire qu’il ne sera pas compliqué ou autrement difficile pour les acheteurs sous parapluie de poursuivre leurs actions. Rassembler et présenter suffisamment d’éléments de preuve pour satisfaire aux conditions d’indemnisation imposées par le législateur à l’al. 36(1)a) et au par. 45(1) — établir un lien de causalité entre la perte et le complot, ainsi que l’*actus reus* et la *mens rea* de l’infraction prévue au par. 45(1) — représente un lourd fardeau. Cela dit, la déclaration de notre Cour dans l’arrêt *Microsoft* (par. 44-45) au sujet des recours des acheteurs indirects s’applique, à mon avis, tout autant aux actions intentées par les acheteurs sous parapluie :

L’action intentée par un acheteur indirect, surtout sur le fondement des dispositions antitrust, comporte souvent une preuve volumineuse, la formulation de théories économiques complexes et l’existence de nombreuses parties le long de la chaîne de distribution, de sorte qu’il est d’autant plus ardu de retracer le parcours de la majoration d’un maillon à l’autre jusqu’à son aboutissement final. Toutefois, [. . .] il s’agit de caractéristiques communes à la plupart des affaires antitrust et elles ne devraient donc pas empêcher l’acheteur indirect de prouver ses allégations . . .

L’acheteur indirect qui intente une action contracte volontairement l’obligation d’établir qu’il a subi une perte, ce qui peut fort bien nécessiter le témoignage d’experts et une preuve complexe de nature économique. À mon avis, la question de savoir si ces éléments lui permettront de s’acquitter de cette obligation tient aux faits de l’espèce. Il n’y a pas lieu de faire totalement obstacle à l’action de l’acheteur indirect pour la seule raison qu’il sera ardu d’établir le préjudice subi.

Bien entendu, il appartiendra au juge de première instance de décider en l’espèce si les acheteurs sous

claimants have presented sufficient evidence to establish that, in the circumstances of the case and in the relevant market, Toshiba caused umbrella pricing.

[78] In view of the foregoing, it is not plain and obvious that the umbrella purchasers' cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed, and I would reject this ground of appeal.

C. *Section 36(1) of the Competition Act Does Not Bar Common Law or Equitable Claims*

[79] In addition to his statutory claims under the *Competition Act*, Godfrey advances claims in, *inter alia*, civil conspiracy.

[80] Toshiba argues that the courts below erred in two respects concerning the relationship between a statutory claim under the *Competition Act* and the tort of civil conspiracy. First, it says that the tort of civil conspiracy based on a breach of the predecessor statute to the *Competition Act* (the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23) was never available to plaintiffs prior to the enactment in 1975 of the private right of action. Secondly, and in any event, the courts below failed to recognize that, by legislating ss. 36(1) and 45(1) of the *Competition Act*, Parliament intended to oust the common law tort of civil conspiracy (A.F. (Toshiba), at para. 119).

[81] These arguments raise questions of law, and are therefore reviewed on a standard of correctness. For the reasons below, I reject both arguments, and it is therefore not plain and obvious that Godfrey's common law and equitable claims cannot succeed, except as was otherwise held by the certification judge.²

² As recounted at para. 11, the certification judge held that the pleadings did not disclose a cause of action for unlawful means tort, or (in respect of the umbrella purchasers) for unjust enrichment and waiver of tort.

parapluie ont présenté suffisamment d'éléments de preuve pour établir que, dans les circonstances, Toshiba a entraîné un effet d'ombrelle sur les prix.

[78] Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas évident et manifeste que la cause d'action des acheteurs sous parapluie fondée sur l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* ne peut être accueillie et je rejeterais ce moyen d'appel.

C. *Le paragraphe 36(1) de la Loi sur la concurrence ne fait pas obstacle aux recours de common law ou d'equity*

[79] Outre le recours qu'il a intenté sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, M. Godfrey a intenté, entre autres, une action pour complot civil.

[80] Toshiba soutient que les tribunaux d'instance inférieure ont commis deux erreurs en ce qui concerne le lien entre une action intentée sous le régime de la *Loi sur la concurrence* et le délit de complot civil. Premièrement, elle fait valoir qu'un demandeur, avant l'adoption, en 1975, du droit d'action privé, ne pouvait jamais avoir recours au délit de complot civil fondé sur une violation de la loi qu'a remplacée la *Loi sur la concurrence* (la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23). Deuxièmement, en tout état de cause, les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de ne pas reconnaître que, par l'adoption des par. 36(1) et 45(1) de la *Loi sur la concurrence*, le législateur entendait écarter le délit de common law qu'est le complot civil (m.a. (Toshiba), par. 119).

[81] Ces arguments soulèvent des questions de droit, et ils sont donc contrôlés suivant la norme de la décision correcte. Pour les motifs qui suivent, je rejette les deux arguments, si bien qu'il n'est pas évident et manifeste que les recours de common law ou d'equity exercés par M. Godfrey ne peuvent être accueillis, sauf indication contraire dans les conclusions du juge saisi de la demande d'autorisation².

² Comme je l'ai mentionné au par. 11, le juge saisi de la demande d'autorisation a statué que les actes de procédure n'avaient pas révélé une cause d'action pour délit d'atteinte par un moyen illégal ou (à l'égard des acheteurs sous parapluie) pour enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel.

(1) The Tort of Civil Conspiracy Based on the Breach of a Statute Existed Prior to the Enactment of the Statutory Cause of Action

[82] To be clear, I do not dispute Toshiba’s submission that the 1975 amendments were significant. The predecessor to the *Competition Act* (the *Combines Investigation Act*) was exclusively penal — indeed, its constitutionality as an exercise of Parliament’s legislative authority over the criminal law was upheld in *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.). In 1975, Parliament supplemented this penal function with regulatory and civil enforcement provisions, including a civil remedy provision (now s. 36(1)) (*Watson*, at para. 36).

[83] All this said, our law had recognized the tort of civil conspiracy based on the breach of a statute long before Parliament legislated a civil right of action in 1975. In *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, and *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435, this Court imposed liability on trade unions for unlawful means conspiracy for conduct prohibited by statute (*Therien*, at p. 280; *Gagnon*, at p. 446). And, in *Cement LaFarge v. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 S.C.R. 452, which was decided on the basis of the *Combines Investigation Act*, this Court affirmed not only the existence of the tort of civil conspiracy, but also that a breach of the *Combines Investigation Act* could satisfy the “unlawful” element of unlawful means conspiracy (pp. 471-72). Any question on this point was settled when *LaFarge* was cited in *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 64, for the same proposition — that a breach of statute could satisfy the “unlawful means” component of the tort of unlawful means conspiracy.

[84] The law admits of no ambiguity on this point. Prior to the enactment of the cause of action contained in what is now s. 36(1) of the *Competition Act*,

(1) Le délit de complot civil fondé sur la violation d’une loi existait avant l’adoption de la disposition conférant une cause d’action

[82] Pour être clair, je ne conteste pas l’argument de Toshiba selon lequel les modifications de 1975 étaient importantes. La loi ayant précédé la *Loi sur la concurrence* (la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*) était de nature exclusivement pénale — en effet, comme elle résultait de l’exercice du pouvoir législatif fédéral en matière de droit criminel, sa constitutionnalité a été confirmée dans l’arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.). En 1975, le législateur a suppléé à la fonction pénale de cette loi en adoptant des dispositions d’exécution de nature réglementaire et civile, dont une disposition prévoyant un recours civil (l’actuel par. 36(1)) (*Watson*, par. 36).

[83] Tout cela étant dit, notre droit avait reconnu le délit de complot civil fondé sur la violation d’une loi bien avant que le législateur ait adopté une disposition créant un droit d’action au civil en 1975. Dans les arrêts *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265, et *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435, notre Cour a tenu les syndicats responsables de complot exécuté par des moyens illégaux car ils avaient agi en contravention de la loi (*Therien*, p. 280; *Gagnon*, p. 446). Et dans l’arrêt *Cement LaFarge c. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 R.C.S. 452, qui repose sur la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, notre Cour a non seulement confirmé l’existence du délit de complot civil, mais elle a aussi reconnu qu’une violation de cette loi pouvait constituer l’élément d’« illégalité » du délit de complot exécuté par des moyens illégaux (p. 471-472). S’il subsistait le moindre doute sur ce point, il a été écarté lorsque, dans l’arrêt *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 64, la Cour a cité l’arrêt *LaFarge* à l’appui de la même proposition — qu’une violation de la loi pouvait satisfaire à l’élément « moyens illégaux » du délit de complot exécuté par des moyens illégaux.

[84] Le droit ne laisse place à aucune ambiguïté sur ce point. Avant l’adoption de la disposition conférant une cause d’action qui se trouve dans ce qui est

a breach of s. 45(1) of the *Competition Act* was, as it still is, able to satisfy the “unlawful means” element of the tort of civil conspiracy.

(2) The Enactment of the Statutory Cause of Action Did Not Oust Common Law and Equitable Actions

[85] Turning to Toshiba’s other argument, the starting point in deciding whether a common law right of action has been legislatively ousted is the presumption that Parliament does not intend to abrogate common law rights (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 538). While s. 36(1) does not by its express terms oust common law causes of action, legislation may rebut this presumption by ousting the common law either expressly *or by necessary implication* (*Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1315-16).

[86] In *Gendron*, this Court held, for three reasons, that the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (as amended by S.C. 1972, c. 18; S.C. 1977-78, c. 27) ousted the common law duty of fair representation by necessary implication. First, the content of the duty in the *Canada Labour Code* was co-extensive with the common law duty such that “[t]he common law duty is . . . not in any sense additive; it is merely duplicative” (p. 1316). Secondly, in enacting the *Canada Labour Code*, Parliament enacted a comprehensive and exclusive code, which indicated an intention for the *Canada Labour Code* to “occupy the whole field in terms of a determination of whether or not a union has acted fairly” (p. 1317). Finally, the *Canada Labour Code* provided a “new and superior method of remedying a breach” of the duty of fair representation (p. 1319).

[87] None of these considerations apply to s. 36(1) of the *Competition Act*, relative to the common law tort of civil conspiracy. Section 36(1) is neither duplicative of the tort of civil conspiracy nor does it provide a “new and superior” remedy. Claims under

devenu le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, une infraction au par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence* pouvait, et peut encore, satisfaire à l’élément « moyens illégaux » du délit de complot civil.

(2) L’adoption de la disposition conférant une cause d’action n’a pas écarté les recours de common law

[85] En ce qui concerne l’autre argument de Toshiba, le point de départ pour déterminer si un recours de common law a été écarté par une loi est la présomption que le législateur n’a pas l’intention d’abroger des droits reconnus par la common law (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 538). Si le par. 36(1) n’exclut pas expressément les causes d’action fondées sur la common law, il reste qu’une loi peut réfuter cette présomption en écartant la common law de façon expresse *ou par déduction nécessaire* (*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1315-1316).

[86] Dans l’arrêt *Gendron*, notre Cour a conclu, pour trois motifs, que le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1 (modifié par S.C. 1972, c. 18; S.C. 1977-78, c. 27) avait écarté, par déduction nécessaire, le devoir de juste représentation reconnu par la common law. Premièrement, le contenu du devoir imposé par le *Code canadien du travail* correspond à celui de common law, de sorte que « ce devoir n’ajoute rien; il fait simplement double emploi » (p. 1316). Deuxièmement, en adoptant le *Code canadien du travail*, le législateur a adopté un code complet et exclusif, ce qui témoignait de son intention que le *Code canadien du travail* « occupe tout le champ lorsqu’il s’agit de déterminer si un syndicat a agi de façon juste » (p. 1317). Enfin, le *Code canadien du travail* prévoit « une nouvelle façon, [. . .] supérieure [au devoir de common law], de remédier à un manquement » au devoir de juste représentation (p. 1319).

[87] Aucune de ces considérations ne s’applique au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* relativement au délit de complot civil en common law. Le paragraphe 36(1) ne fait pas double emploi avec le délit de complot civil et il ne prévoit pas non plus de

s. 36(1) are subject to the limitation period stated in s. 36(4), whereas the tort of civil conspiracy is subject to provincial limitations statutes. Additionally, the tort of civil conspiracy allows for a broader range of remedies than is available under s. 36(1), such as punitive damages (*Watson*, at para. 57).

[88] Nor does s. 36(1) represent a comprehensive and exclusive code regarding claims for anti-competitive conspiratorial conduct. That this is so is made plain by s. 62 of the *Competition Act* (“Civil rights not affected”) which contemplates the subsistence of common law and equitable rights of action by providing that “nothing in this Part [which includes s. 45(1), in respect of which s. 36(1) creates a statutory right of action] shall be construed as depriving any person of any civil right of action”. This is also consistent with this Court’s conclusion in *Infineon* (at para. 95) that it was open for a plaintiff to proceed with its claim under art. 1457 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”) for the alleged violation of s. 45(1) of the *Competition Act*. Were s. 36(1) a complete and exclusive code, no such claim under the *C.C.Q.* would have been possible.

[89] I therefore would reject this ground of appeal. The courts below correctly decided that it is not plain and obvious that Godfrey is precluded from bringing common law and equitable causes of action alongside his s. 36(1)(a) claim. Additionally, a breach of s. 45(1) of the *Competition Act* can supply the “unlawful” element of the tort of civil conspiracy. I see nothing in my colleague’s reasons (at paras. 193-203) that deviates in any respect from my own on this point.

D. *Certifying Loss as a Common Issue*

[90] Toshiba’s final ground of appeal relates to the requirement in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* that class members’ claims raise common issues.

« nouvelle façon [. . .] supérieure » de remédier à un manquement. Les actions fondées sur le par. 36(1) sont visées par le délai de prescription du par. 36(4), alors que le délit de complot civil est assujéti aux lois provinciales en matière de prescription. De plus, le délit de complot civil offre un éventail plus large de réparations que le par. 36(1), telles que les dommages-intérêts punitifs (*Watson*, par. 57).

[88] Le paragraphe 36(1) n’est pas non plus un code complet et exclusif régissant les actions pour comportement ou complot anticoncurrentiel. C’est ce qui ressort clairement de l’art. 62 de la *Loi sur la concurrence* (« Droits civils non atteints »), qui prévoit le maintien des droits d’action en common law et en equity : « . . . la présente partie [dont le par. 45(1), à l’égard duquel le par. 36(1) crée un droit d’action] n’a pas pour effet de priver une personne d’un droit d’action au civil ». Cela s’accorde également avec la conclusion de notre Cour dans l’arrêt *Infineon* (par. 95) qu’un demandeur pouvait choisir de se fonder sur l’art. 1457 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») pour faire valoir ses droits par suite d’une violation du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. Si le par. 36(1) avait constitué un code complet et exclusif, aucun recours n’aurait été possible sous le régime du *C.c.Q.*

[89] Je rejetterais donc ce moyen d’appel. Les tribunaux d’instance inférieure ont à juste titre décidé qu’il n’est pas évident et manifeste que M. Godfrey ne peut exercer des recours de common law et d’equity en même temps qu’une action fondée sur l’al. 36(1)a. J’ajouterai qu’une violation du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence* peut fournir l’élément d’« illégalité » du délit de complot civil. Je ne vois rien dans les motifs de ma collègue (par. 193-203) qui s’écarte d’une façon ou d’une autre de mon opinion sur ce point.

D. *Autorisation de la question de la perte en tant que question commune*

[90] Le dernier moyen d’appel avancé par Toshiba se rapporte à l’exigence imposée par l’al. 4(1)c) de la *Class Proceedings Act* que les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes.

[91] Godfrey sought to certify several loss-related questions as common issues, principally whether the class members suffered economic loss (Sup. Ct. reasons, at para. 143). These questions were stated broadly enough that they could be taken as asking whether *all* class members suffered economic loss or whether *any* class members suffered economic loss. And, because they could be taken in two different ways they might, following the common issues trial, be answered in different ways.

[92] The certification judge certified the common issues relating to loss on the basis that the standard outlined in *Microsoft* requires that a plaintiff's expert methodology need only establish loss at the indirect-purchaser level (Sup. Ct. reasons, at paras. 167 and 179). The questions, therefore, of whether *any* class members suffered loss and of whether *all* class members suffered loss, fulfill the requirements of a common question. Toshiba says that he erred, and argues that *Microsoft* requires, for loss to be certified as a common issue, that a plaintiff's expert's methodology be capable either of showing loss to *each and every class member*, or of distinguishing between those class members who suffered loss from those who did not (A.F. (Toshiba), at para. 63). Dr. Reutter's methodology, Toshiba says, does not meet this standard (A.F. (Toshiba), at para. 76).

[93] Godfrey responds that the courts below correctly held that *Microsoft* requires, as a condition of certifying loss as a common issue, only a methodology capable of establishing that overcharges were passed on to the indirect-purchaser level (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 93). This standard is consistent with the principles underlying the commonality requirement, since a single answer to whether loss reached the indirect-purchaser level significantly advances the litigation. Dr. Reutter's methodology meets this standard (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 94).

[91] M. Godfrey a demandé qu'un certain nombre de questions relatives à la perte soient autorisées en tant que questions communes, principalement celle de savoir si les membres du groupe avaient subi une perte économique (motifs de la C.S., par. 143). Ces questions sont formulées de façon suffisamment large pour qu'elles puissent être interprétées comme demandant si *tous* les membres du groupe ont subi une perte économique ou si *l'un* d'entre eux a subi une perte économique. Parce que ces questions peuvent être interprétées de deux façons différentes, elles pourraient donc, à la suite de l'audition des questions communes, appeler des réponses différentes.

[92] Le juge saisi de la demande d'autorisation a autorisé les questions communes liées à la perte au motif que, selon le critère établi dans l'arrêt *Microsoft*, la méthode proposée par l'expert d'un demandeur doit seulement permettre d'établir la perte subie par l'acheteur indirect (motifs de la C.S., par. 167 et 179). Les questions de savoir si *un* des membres du groupe a subi une perte et si *tous* les membres du groupe en ont subi une remplissent les conditions d'une question commune. Toshiba affirme qu'il s'agit là d'une erreur et que selon l'arrêt *Microsoft*, pour que la question de la perte puisse être autorisée en tant que question commune, la méthode proposée par l'expert d'un demandeur doit permettre soit d'établir la perte subie par *chacun des membres du groupe*, soit de faire la distinction entre les membres du groupe qui ont subi une perte et ceux qui n'en ont pas subi (m.a. (Toshiba), par. 63). La méthode proposée par M. Reutter, affirme Toshiba, ne respecte pas ce critère (m.a. (Toshiba), par. 76).

[93] M. Godfrey répond que les juridictions inférieures ont conclu à bon droit que l'arrêt *Microsoft* assujettit l'autorisation d'une question de perte en tant que question commune à la condition que la méthode proposée permette d'établir que la majoration a été refilée à l'acheteur indirect (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 93). Ce critère respecte les principes qui sous-tendent l'exigence du caractère commun, puisque la moindre réponse à la question de savoir si la perte a été refilée à l'acheteur indirect fait avancer substantiellement l'instance. La méthode proposée par M. Reutter satisfait à ce critère (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 94).

[94] The appropriate standard for certifying loss as a common issue at the certification stage is a question of law, to be reviewed on appeal for correctness. If I conclude that the certification judge identified the correct standard, then the certification judge's decision to certify the issues as common may not be disturbed absent a palpable and overriding error.

(1) Dr. Reutter's Methodology

[95] Application of the *Microsoft* standard here requires some review of Dr. Reutter's report. In that report, he drew two conclusions:

(1) . . . all members of the proposed Class would have been impacted by the actions of defendants as alleged in the *Amended Notice of Civil Claim*, and

(2) . . . there are accepted methods available to estimate any overcharge and aggregate damages that resulted from the alleged wrongdoing using evidence common to the proposed Class.

(A.R., vol. III, at p. 119)

[96] These conclusions were based on the presence of four economic factors during the period of the alleged conspiracy that suggest that the ODD industry was vulnerable to collusive conduct (A.R., vol. III, at pp. 122-23 and 136). These factors are:

(1) [ODDs] are commodity-like and manufactured to conform to industry standards,

(2) during the proposed Class period [the] defendants accounted for a majority of all [ODDs] manufactured worldwide,

(3) there are no economic substitutes for [ODDs], and;

(4) the manufacture of [ODDs] exhibits barriers to entry.

(A.R., vol. III, at pp. 119-20)

[94] La norme qu'il convient d'appliquer pour autoriser la question de la perte en tant que question commune au stade de l'autorisation est une question de droit qui doit être contrôlée en appel suivant la norme de la décision correcte. Si je conclus que le juge saisi de la demande d'autorisation a identifié la bonne norme, la décision du juge saisi de la demande d'autorisation ne peut être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

(1) Méthode proposée par M. Reutter

[95] L'application du critère de l'arrêt *Microsoft* à la présente affaire nous impose d'examiner le rapport de M. Reutter. Dans ce rapport, M. Reutter tire deux conclusions :

[TRADUCTION]

(1) . . . tous les membres du groupe projeté auraient été touchés par les actes des défenderesses, ainsi qu'il est allégué dans l'*Avis de poursuite civile modifié*.

(2) . . . des méthodes acceptables permettent d'estimer la valeur de toute majoration et de tout préjudice global qui ont découlé des actes fautifs reprochés, et ce, au moyen de la preuve commune du groupe projeté.

(d.a., vol. III, p. 119)

[96] Ces conclusions reposaient sur la présence, durant la période du complot allégué, de quatre facteurs économiques tendant à indiquer que l'industrie des LDO était vulnérable aux comportements collusoires (d.a., vol. III, p. 122-123 et 136). Voici ces facteurs :

[TRADUCTION]

(1) Les [LDO] s'apparentent à des produits de base et sont fabriqués selon les normes de l'industrie,

(2) durant la période visée par le recours collectif projeté, les défenderesses fabriquaient la majorité des [LDO] à l'échelle mondiale,

(3) il n'existe aucun substitut économique aux LDO, et

(4) la fabrication de LDO se heurte à des barrières à l'entrée.

(d.a., vol. III, p. 119-120)

Because of the presence of these four factors, and the laws of supply and demand, Dr. Reutter concluded that “any conspiratorial overcharge would have been absorbed in part and passed-through in part at each level of the distribution chain, thus impacting all members of the proposed Class” (A.R., vol. III, at pp. 120 and 148).

[97] In order to estimate overcharges and aggregate damages arising from the alleged price-fixing, Dr. Reutter developed a methodology to estimate the “but-for” price of the products subject to the anticompetitive conduct (A.R., vol. III, at p. 150). This involves use of mainstream and accepted economic methodologies based on multiple regression (Sup. Ct. reasons, at para. 158). In particular, it entails three steps:

First, for the matter at hand, an economic model describing the interaction of the supply of and demand for [ODDs] must be developed. Second, based on the economic model, data will need to be collected from various sources, including defendants (when available), as well as public and third party vendors. Third, standard statistical and econometric techniques are used to determine the extent to which the alleged conspiracy resulted in supra-competitive prices for [ODDs].

(A.R., vol. III, at p. 150)

[98] In order to quantify the aggregate damages suffered by the proposed class, Dr. Reutter proposes to quantify the damages suffered by direct and indirect purchasers in the proposed class, which quantification can occur on a class-wide basis, using accepted economic and statistical methods (Sup. Ct. reasons, at para. 159). Overcharge, once estimated, can then be allocated among the class members (A.R., vol. III, at p. 167). Both aggregate damages and overcharge can be estimated using defendant transaction data, supplemented with data collected from public and private sources (A.R., vol. III, at p. 120).

À cause de la présence de ces quatre facteurs, ainsi que des lois de l’offre et de la demande, M. Reutter a conclu que [TRADUCTION] « toute majoration découlant d’une collusion aurait été absorbée en partie et refilée en partie à chacun des niveaux de la chaîne de distribution, de sorte que tous les membres du groupe projeté ont été touchés » (d.a., vol. III, p. 120 et 148).

[97] Afin d’estimer la valeur de la majoration et du préjudice global ayant découlé de la fixation des prix alléguée, M. Reutter a conçu une méthode permettant d’évaluer le prix des produits en cause en l’absence de tout comportement anticoncurrentiel (d.a., vol. III, p. 150). Il faut pour cela recourir aux méthodes économiques courantes et reconnues fondées sur la régression multiple (motifs de la C.S., par. 158). La méthode comporte, plus précisément, trois étapes :

[TRADUCTION] Premièrement, s’agissant de l’affaire qui nous occupe, il faut élaborer un modèle économique qui décrit l’interaction entre l’offre et la demande de [LDO]. Deuxièmement, à partir de ce modèle économique, des données devront être recueillies auprès de diverses sources, notamment des défenderesses (si de telles données sont disponibles), ainsi que du public et des vendeurs autres que les défenderesses. Troisièmement, grâce à des techniques normalisées d’analyse statistique et économétrique, il faudra déterminer la mesure dans laquelle le complot allégué a mené à des prix supraconcurrentiels pour les [LDO].

(d.a., vol. III, p. 150)

[98] Afin de quantifier le préjudice global subi par le groupe proposé, M. Reutter propose de quantifier les dommages subis par les acheteurs directs et les acheteurs indirects du groupe proposé, ce qui peut se faire à l’échelle du groupe au moyen de méthodes reconnues d’analyse économique et statistique (motifs de la C.S., par. 159). Une fois estimée, la majoration peut être répartie entre les membres du groupe (d.a., vol. III, p. 167). Le préjudice global et la majoration peuvent être estimés à l’aide des données relatives aux opérations commerciales des défenderesses, ainsi que de renseignements recueillis auprès du public et de sources privées (d.a., vol. III, p. 120).

[99] The question of whether a plaintiff's methodology must show loss at the indirect purchaser level or loss to each and every class member appears to be moot, since Dr. Reutter opines that all class members were impacted by Toshiba's anti-competitive behaviour; his methodology therefore satisfies either standard. Toshiba, however, points to its cross-examination of Dr. Reutter at the certification hearing as obtaining the concession that his methodology cannot demonstrate that all class members suffered a loss (A.F. (Toshiba), at paras. 86-87). At the hearing before this Court, counsel for Godfrey argued that Toshiba's counsel mischaracterized what emerged from that cross-examination (transcript, at p. 59). Because of this dispute, it is important to examine what actually occurred.

[100] After confirming that Dr. Reutter would use an average selling price across the ODD market to estimate overcharge, the following exchange took place:

399 Q. And implicit in the average is the fact that some class members may not have suffered any loss, but they would be compensated by the amount of the average overcharge in relation to the purchase that they made?

A. It's an empirical question and I don't want to sound flippant, but it depends. There may be some -- there may be some small subset or subset, I don't want to put an adjective in front of it. There may be some subset that were not impacted. I don't, from an economic standpoint, understand how that would be if there was, in fact, a conspiracy that fixed the price at the upstream and then that was, in fact, passed through.

...

403 Q. ... But if you conclude that some members were not impacted once you do the analysis, then they would be compensated even though they suffered no loss?

[99] La question de savoir si la méthode proposée par un demandeur doit démontrer que l'acheteur indirect a subi une perte ou bien que chaque membre du groupe a subi une perte semble être devenue théorique, puisque M. Reutter s'est également dit d'avis que tous les membres du groupe ont été touchés par le comportement anticoncurrentiel de Toshiba; la méthode qu'il propose satisfait donc aux deux critères. Toshiba signale toutefois que, lorsqu'elle a contre-interrogé M. Reutter lors de l'audition de la requête en autorisation, celui-ci aurait admis que sa méthode ne permet pas d'établir que tous les membres du groupe ont subi une perte (m.a. (Toshiba), par. 86-87). Devant nous, l'avocat de M. Godfrey a fait valoir que l'avocat de Toshiba s'était mépris sur ce qui s'est dégagé de ce contre-interrogatoire (transcription, p. 59). Vu ce différend, il importe d'examiner ce qui s'est vraiment produit.

[100] Après que M. Reutter eut confirmé qu'il utiliserait le prix de vente moyen des LDO dans l'ensemble du marché afin d'estimer la valeur de la majoration, l'échange suivant a eu lieu :

[TRADUCTION]

399 Q. Et il ressort implicitement de la moyenne que certains membres du groupe pourraient n'avoir subi aucune perte, mais qu'ils seraient indemnisés du montant de la majoration moyenne par rapport à l'achat qu'ils ont fait?

R. C'est là une question empirique et, sans vouloir paraître facétieux, je dirais que ça dépend. Il se pourrait que -- il se pourrait que quelques petits sous-groupes ou des sous-groupes, je ne veux pas les qualifier. Il se pourrait que certains sous-groupes n'aient pas été touchés. D'un point de vue économique, je ne comprends pas comment cela pourrait arriver si, dans les faits, il y a eu complot pour fixer le prix en amont et puis si ce prix a été transféré en aval.

...

403 Q. ... Mais si, après analyse, vous concluez que certains membres n'ont pas été touchés, ils seraient alors indemnisés même s'ils n'ont subi aucune perte?

A. Again, it depends on how finely or where we want to draw the line of what we're analyzing or what we're measuring.

...

A. Someone could -- the average is an average and if you want to throw a zero in there, as Dr. Levinsohn does, and say that there could be zero damages, I can't deny that, you know, if you average zero with some other numbers you get something other than zero by the definition of mathematics.

...

407 Q. . . . Does the methodology which produces an average, is that average overcharge then applied to all class members irrespective of whether the average reflects the overage that they, in fact, incurred?

A. Yes.

408 Q. All right. And is there anything in the methodology that you are proposing that allows one to determine who those people are that suffered more or less? They're simply compensated on average?

...

410 ...

A. In identifying him, no. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at pp. 216-19)

Dr. Reutter went on to explain that his methodology is capable of creating subgroups within the class. For example, if the evidence after discovery suggests that Toshiba stopped price-fixing for a few months and then resumed again, the class members who purchased ODDs during that time would be excluded from the model (A.R., vol. V, at pp. 220-21).

[101] It is not at all apparent that this exchange shows Dr. Reutter resiling from his opinion that *all*

R. Encore là, ça dépend du soin avec lequel nous voulons tracer la ligne ou encore de l'endroit où nous voulons la tracer pour ce qui est de ce que nous analysons ou de ce que nous mesurons.

...

R. Quelqu'un pourrait -- la moyenne est une moyenne et si vous voulez y mettre un zéro, comme le fait M. Levinsohn, et dire qu'il se pourrait qu'il n'y ait aucun préjudice, je ne peux pas nier que, vous savez, si vous faites la moyenne entre zéro et certains autres chiffres, vous obtenez autre chose que zéro, c'est ce que sont les mathématiques.

...

407 Q. . . . Selon la méthode utilisée pour faire une moyenne, est-ce que la majoration moyenne s'applique à tous les membres du groupe peu importe si cette moyenne reflète l'excédent qu'on leur a, en fait, refilé?

R. Oui.

408 Q. Très bien. Et y a-t-il quelque chose dans la méthode que vous proposez qui permet de savoir qui sont ceux pour qui le préjudice est plus grand ou moins grand? Ils sont simplement indemnisés selon la moyenne?

...

410 ...

R. De les identifier, non. [Je souligne.]

(d.a., vol. V, p. 216-219)

M. Reutter a ensuite expliqué que sa méthode permettait de créer des sous-groupes au sein du groupe. Par exemple, si après l'interrogatoire, la preuve démontre que Toshiba a cessé de fixer les prix pour ensuite recommencer à le faire quelques mois plus tard, les membres du groupe qui auraient acheté un LDO au cours de cette période seraient exclus du modèle (d.a., vol. V, p. 220-221).

[101] Il n'est absolument pas évident que cet échange démontre que M. Reutter est revenu sur

class members would be impacted. On the contrary, he stated that he did not understand, from an economic standpoint, how it would be possible for some members of the class *not* to have suffered a loss if there was a conspiracy and the fixed price was passed through. Dr. Reutter’s methodology therefore satisfies both the standards argued for by Toshiba and Godfrey.

[102] In any event, even were Dr. Reutter’s methodology incapable of showing loss to every class member, as I explain below, it is not necessary, in order to support certifying loss as a common question, that a plaintiff’s expert’s methodology establish that each and every class member suffered a loss. Nor is it necessary that Dr. Reutter’s methodology be able to identify those class members who suffered no loss so as to distinguish them from those who did. Rather, in order for loss-related questions to be certified as common issues, a plaintiff’s expert’s methodology need only be sufficiently credible or plausible to establish loss reached the requisite purchaser level. This leaves the only question being whether the courts below were correct in finding that Dr. Reutter’s proposed methodology satisfies that required standard of commonality (C.A. reasons, at paras. 125 and 149). I see no reason to interfere with the certification judge’s determination that Dr. Reutter’s methodology satisfies this standard.

(2) What Is the Standard Required to Certify Loss as a Common Issue?

[103] The *Class Proceedings Act* provides that in order for an issue to be common, the issue need not “predominate over issues affecting only individual members” (s. 4(1)(c)). Section 1 of the *Class Proceedings Act* defines “common issues” as meaning:

- (a) common but not necessarily identical issues of fact, or

son opinion que *tous* les membres du groupe avaient été touchés. Au contraire, il a dit qu’il ne comprenait pas, d’un point de vue économique, comment il serait possible que certains membres du groupe n’aient subi *aucune* perte alors qu’il y avait eu complot et que le prix établi leur avait été transféré. La méthode de M. Reutter satisfait donc aux normes proposées par Toshiba et par M. Godfrey.

[102] Quoi qu’il en soit, même si la méthode de M. Reutter ne permettait de démontrer que chaque membre du groupe a subi une perte, comme je l’expliquerai plus loin, il n’est pas nécessaire, pour justifier l’autorisation de la question de la perte en tant que question commune, que la méthode proposée par un expert du demandeur établisse que chaque membre du groupe a subi une perte. Il n’est pas non plus nécessaire que la méthode de M. Reutter permette d’identifier les membres du groupe qui n’ont subi aucune perte de manière à les distinguer de ceux qui en ont subi une. Pour que les questions relatives à la perte soient autorisées en tant que questions communes, la méthode de l’expert du demandeur n’a qu’à être suffisamment fiable ou acceptable pour établir que l’acheteur du niveau requis a subi une perte. Il reste seulement à déterminer si les juridictions inférieures ont eu raison de conclure que la méthode proposée par M. Reutter satisfait à la norme de communauté requise (motifs de la C.A., par. 125 et 149). Je ne vois aucune raison de modifier la décision du juge saisi de la demande d’autorisation portant que la méthode de M. Reutter satisfait à cette norme.

(2) Quelle est la norme applicable à l’autorisation d’une question liée à la perte en tant que question commune?

[103] La *Class Proceedings Act* dispose que, pour qu’une question soit commune, elle n’a pas à [TRANSDUCTION] « l’emporter sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels » (al. 4(1)(c)). Selon l’art. 1 de la *Class Proceedings Act*, « question commune » (« *common issues* ») s’entend, selon le cas :

[TRANSDUCTION]

- (a) d’une question de fait commune, mais pas nécessairement identique;

(b) common but not necessarily identical issues of law that arise from common but not necessarily identical facts

[104] In *Microsoft*, at para. 108, this Court reaffirmed the principles of “common issues” for the purpose of certification, as they were explained in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534:

In [*Dutton*] this Court addressed the commonality question, stating that “[t]he underlying question is whether allowing the suit to proceed as a [class proceeding] will avoid duplication of fact-finding or legal analysis” (para. 39). I list the balance of McLachlin C.J.’s instructions, found at paras. 39-40 of that decision:

- (1) The commonality question should be approached purposively.
- (2) An issue will be “common” only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim.
- (3) It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party.
- (4) It [is] not necessary that common issues predominate over non-common issues. However, the class members’ claims must share a substantial common ingredient to justify a class [proceeding]. The court will examine the significance of the common issues in relation to individual issues.
- (5) Success for one class member must mean success for all. All members of the class must benefit from the successful prosecution of the action, although not necessarily to the same extent.

[105] In *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3, this Court clarified that the “common success” requirement in *Dutton* should be applied flexibly. “Common success” denotes not that success for one class member must mean success for all, but rather that success for one class member must not mean *failure* for another (para. 45). A question is

(b) d’une question de droit commune, mais pas nécessairement identique, qui découle de faits qui sont communs, mais pas nécessairement identiques;

[104] Au paragraphe 108 de l’arrêt *Microsoft*, la Cour a rappelé les principes relatifs à la « question commune » aux fins d’autorisation qu’elle avait expliqués dans *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 :

Dans l’arrêt [*Dutton*] notre Cour aborde la notion de communauté et conclut que « [l]a question sous-jacente est de savoir si le fait d’autoriser le recours collectif permettra d’éviter la répétition dans l’appréciation des faits ou l’analyse juridique » (par. 39). J’énumère les autres paramètres établis par la juge en chef McLachlin et qui figurent aux par. 39-40 de l’arrêt :

- (1) Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l’objet.
- (2) Une question n’est « commune » que lorsque son règlement est nécessaire au règlement des demandes de chacun des membres du groupe.
- (3) Il n’est pas essentiel que les membres du groupe soient tous dans la même situation par rapport à la partie adverse.
- (4) Il n’est pas nécessaire que les questions communes l’emportent sur les questions non communes. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Le tribunal évalue l’importance des questions communes par rapport aux questions individuelles.
- (5) Le succès d’un membre du groupe emporte nécessairement celui de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du dénouement favorable de l’action, mais pas nécessairement dans la même proportion.

[105] Dans l’arrêt *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3, la Cour a précisé que le critère du « succès commun » dégagé dans *Dutton* devait être appliqué avec flexibilité. Le « succès commun » suppose non pas que le succès d’un membre du groupe entraîne celui de tous les membres du groupe, mais plutôt que le succès d’un membre du groupe

considered “common”, then, “if it can serve to advance the resolution of every class member’s claim”, even if the answer to the question, while positive, will vary among those members (para. 46).

[106] In *Microsoft*, the representative plaintiff sought to certify a class proceeding wherein the proposed class members consisted of the end consumers of products whose prices were allegedly fixed (“indirect purchasers”). After concluding that indirect purchasers have a cause of action for price-fixing, the Court considered the standard of expert methodology required to certify loss-related questions as common issues for indirect purchaser class proceedings. The key passage from the Court’s reasons states:

One area in which difficulty is encountered in indirect purchaser actions is in assessing the commonality of the harm or loss-related issues. In order to determine if the loss-related issues meet the “some basis in fact” standard, some assurance is required that the questions are capable of resolution on a common basis. In indirect purchaser actions, plaintiffs generally seek to satisfy this requirement through the use of expert evidence in the form of economic models and methodologies.

The role of the expert methodology is to establish that the overcharge was passed on to the indirect purchasers, making the issue common to the class as a whole (see *Chadha [v. Bayer Inc. (2003), 63 O.R. (3d) 22]*, at para. 31). The requirement at the certification stage is not that the methodology quantify the damages in question; rather, the critical element that the methodology must establish is the ability to prove “common impact”, as described in the U.S. antitrust case of *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). That is, plaintiffs must demonstrate that “sufficient proof [is] available, for use at trial, to prove antitrust impact common to all the members of the class” (*ibid.*, at p. 155). It is not necessary at the certification stage that the methodology establish the actual loss to the class, as long as the plaintiff has demonstrated that there is a methodology capable of doing so. In indirect purchaser actions, this means that the methodology must be able to establish that the overcharges

ne doit pas provoquer l’*échec* d’un autre membre (par. 45). Une question sera considérée comme « commune », donc, « si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe », même si la réponse qu’on lui donne, bien que favorable, peut différer d’un membre à l’autre du groupe (par. 46).

[106] Dans l’arrêt *Microsoft*, le représentant des demandeurs a demandé l’autorisation d’un recours collectif pour lequel le groupe proposé était composé des consommateurs finaux des produits dont le prix aurait été fixé (« acheteurs indirects »). Après avoir conclu que les acheteurs indirects avaient une cause d’action en raison de la fixation des prix, la Cour s’est penchée sur la norme applicable pour déterminer si la méthode d’expert permet d’autoriser les questions liées à la perte en tant que questions communes aux acheteurs indirects d’un recours collectif. Voici le passage clé des motifs de la Cour :

L’une des difficultés que pose le recours d’acheteurs indirects a trait à l’appréciation du caractère commun des questions liées au préjudice ou à la perte. Pour que ces questions puissent satisfaire à la norme d’« un certain fondement factuel », il doit être assez certain qu’elles peuvent faire l’objet d’un règlement commun. Dans le cadre d’actions intentées par des acheteurs indirects, les demandeurs tentent généralement de satisfaire à cette exigence en offrant une preuve d’expert qui revêt la forme de modèles et de méthodes économiques.

La méthode proposée par l’expert vise à établir que la majoration a été transférée aux acheteurs indirects, ce qui rend la question commune au groupe dans son ensemble (voir *Chadha [c. Bayer Inc. (2003), 63 O.R. (3d) 22]*, par. 31). À l’étape de [l’autorisation], la méthode n’a pas à déterminer le montant des dommages-intérêts, mais doit plutôt — et c’est là l’élément crucial — être susceptible de prouver « les conséquences communes », comme le conclut un tribunal américain dans une affaire antitrust, *In Re : Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). Les demandeurs doivent démontrer qu’une [TRADUCTION] « preuve permettra d’établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe » (*ibid.*, p. 155). À l’étape de [l’autorisation], point n’est besoin que la méthode établisse la perte réellement subie par le groupe dans la mesure où le demandeur démontre qu’une méthode permet de le faire. Dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects,

have been passed on to the indirect-purchaser level in the distribution chain.

The most contentious question involving the use of expert evidence is how strong the evidence must be at the certification stage to satisfy the court that there is a method by which impact can be proved on a class-wide basis. The B.C.C.A. in *Infineon [Technologies AG v. Option Consommateurs]*, 2013 SCC 29, [2013] 3 S.C.R. 600 called for the plaintiff to show “only a credible or plausible methodology” and held that “[i]t was common ground that statistical regression analysis is in theory capable of providing reasonable estimates of gain or aggregate harm and the extent of pass-through in price-fixing cases” (para. 68). . . .

...

In my view, the expert methodology must be sufficiently credible or plausible to establish some basis in fact for the commonality requirement. This means that the methodology must offer a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis so that, if the overcharge is eventually established at the trial of the common issues, there is a means by which to demonstrate that it is common to the class (i.e. that passing on has occurred). The methodology cannot be purely theoretical or hypothetical, but must be grounded in the facts of the particular case in question. There must be some evidence of the availability of the data to which the methodology is to be applied. [Emphasis added; paras. 114-18.]

[107] While there may be some room for debate arising from the references to “class-wide basis” in the above passages, in my view, the Court was employing the term “class-wide basis” synonymously with “indirect-purchaser level”. *Microsoft*, therefore, directs that, for a court to certify loss-related questions as common issues in a price-fixing class proceeding, it must be satisfied that the plaintiff has shown a plausible methodology to establish that loss reached one or more purchasers — that is, claimants at the “purchaser level”. For indirect purchasers, this would involve demonstrating that the direct purchasers passed on the overcharge.

la méthode doit donc pouvoir établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution.

La question la plus vivement débattue au chapitre de l’utilisation de la preuve d’expert est celle de savoir à quel point la preuve doit être concluante à l’étape de [l’autorisation] pour convaincre le tribunal qu’une méthode permet d’établir les conséquences communes à l’échelle du groupe. Dans l’affaire *Infineon [Technologies AG c. Option Consommateurs]*, 2013 CSC 29, [2013] 3 R.C.S. 600, la C.A.C.-B. a invité la demanderesse à ne présenter [TRADUCTION] « qu’une méthode valable ou acceptable » pour ensuite conclure qu’« [i]l est bien établi que l’analyse de régression statistique offre en principe une estimation raisonnable du bénéfice ou du préjudice global et de l’étendue du transfert de la perte lorsqu’il y a eu fixation des prix » (par. 68). . .

...

À mon avis, la méthode d’expert doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l’exigence d’une question commune. Elle doit donc offrir une possibilité réaliste d’établir la perte à l’échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l’issue de l’examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu’elle est commune aux membres du groupe (c.-à-d. que le transfert a eu lieu). Or, il ne peut s’agir d’une méthode purement théorique ou hypothétique; elle doit reposer sur les faits de l’affaire. L’existence des données auxquelles la méthode est censée s’appliquer doit être étayée par quelque preuve. [Je souligne; par. 114-118.]

[107] Bien que la mention de la « perte à l’échelle du groupe » dans les passages précités puisse prêter à controverse, j’estime que la Cour a utilisé cette expression dans le même sens que « [niveau des] acheteurs indirects ». En conséquence, l’arrêt *Microsoft* prescrit que, pour autoriser les questions liées à la perte en tant que questions communes dans un recours collectif pour fixation du prix, le tribunal doit être convaincu que le demandeur a présenté une méthode valable pour établir que la perte a été transférée à un ou à plusieurs acheteurs, c’est-à-dire des demandeurs du « [niveau de] l’acheteur ». Dans le cas des acheteurs indirects, cela implique de démontrer que les acheteurs directs ont refilé la majoration.

[108] Additionally, showing that loss reached the indirect purchaser level satisfies the criteria for certifying a common issue, since it will significantly advance the litigation, is a prerequisite to imposing liability upon Toshiba and will result in “common success” as explained in *Vivendi*, given that success for one class member will not result in failure for another. Showing loss reached the requisite purchaser level will advance the claims of all the purchasers at that level.

[109] When thinking about whether a proposed common question would “advance the litigation”, it is the perspective of the litigation, not the plaintiff, that matters. A common issues trial has the potential to either determine liability or terminate the litigation (W. K. Winkler et al., *The Law of Class Actions in Canada* (2014), at p. 108). Either scenario “advances” the litigation toward resolution. Here, if it cannot be shown that loss was suffered by any purchasers at the indirect purchaser level, then none of the indirect purchasers have a cause of action and the action with respect to all the indirect purchasers would fail. I endorse, in this regard, this statement of the Ontario Superior Court in *Shah (Ont. S.C.J.)* (at para. 69):

Thus, for the purposes of certification, the methodology about the existence of loss need only be shown to be a plausible one that the passing-on reached the indirect purchaser level of the distribution channel and that there might be individual issues about whether any particular class member experienced illegal price-fixing. If the plaintiff’s expert’s methodology failed in proof at trial, then the class members’ claim would fail across the indirect class members’ class because each and every one of them would have failed to prove a constituent element of their cause of action; i.e., that the price-fixing penetrated their place or “level” of the distribution channel, and the Defendants would secure a discharge of liability against all the class members. Conversely, if the methodology proved sound to show that overcharges reached the indirect purchaser place in the distribution channel, then there might have to be individual issues trials to determine each class member’s entitlement.

[108] Qui plus est, démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs indirects satisfait au critère d’autorisation d’une question commune, puisqu’une telle démonstration permettra de faire progresser substantiellement l’instance, qu’elle est essentielle pour imposer une responsabilité à Toshiba et qu’elle débouche sur un « succès commun » tel que l’explique l’arrêt *Vivendi*, car le succès d’un membre du groupe ne se traduira pas par l’échec d’un autre membre. Démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs du niveau requis fera progresser les réclamations de tous les acheteurs de ce niveau.

[109] Lorsqu’on pense à la question de savoir si une question commune proposée ferait « avancer l’instance », c’est le point de vue de l’instance et non celui du demandeur qui compte. L’audition des questions communes peut soit déterminer la responsabilité soit mettre fin au litige (W. K. Winkler et autres, *The Law of Class Actions in Canada* (2014), p. 108). Les deux scénarios « contribuent » au règlement du litige. En l’espèce, si l’on ne peut démontrer que la perte a été subie par quelque acheteur indirect que ce soit, aucun acheteur indirect n’a une cause d’action et l’action à l’égard de tous les acheteurs indirects échouerait. Je souscris à cet égard à l’affirmation qui suit de la Cour supérieure de l’Ontario dans *Shah (C.S.J. Ont.)* (par. 69) :

[TRADUCTION] Ainsi, aux fins d’autorisation, il faut seulement démontrer que la méthode permettant d’établir l’existence d’une perte est une méthode acceptable, que la perte a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution et que des questions individuelles quant à savoir si certains membres ont été touchés par la fixation illégale des prix peuvent être soulevées. Si la méthode d’expert du demandeur ne permet pas d’en faire la preuve au procès, alors la demande du groupe sera rejetée à l’égard de la catégorie des membres indirects parce que chacun d’eux aura échoué à prouver un élément constitutif de sa cause d’action; c.-à-d. que la fixation des prix s’est rendue à eux ou à leur « niveau » dans la chaîne de distribution, et les défenderesses seront déchargées de toute responsabilité à l’égard de l’ensemble des membres du groupe. À l’inverse, si la méthode se révèle valable pour démontrer que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval de la chaîne de distribution, il pourrait alors être nécessaire de tenir des audiences individuelles pour statuer sur le droit de chaque membre de faire partie du groupe.

(3) Does Dr. Reutter’s Methodology Meet the Standard?

[110] The certification judge identified the correct standard to certify commonality of loss as a common issue. As Toshiba acknowledges, the issue of whether the certification judge erred in applying that standard to Dr. Reutter’s evidence is “subject to . . . deference from an appellate court” (A.F. (Toshiba), at para. 42). The certification judge’s analysis of Dr. Reutter’s methodology as supporting certification should not be overturned absent a palpable and overriding error.

[111] I agree with the Court of Appeal that the reasoning of the certification judge reveals no basis for interfering with his common issues determination (C.A. reasons, at para. 163). There is no palpable and overriding error in the certification judge’s conclusion that Godfrey showed some basis in fact for finding the loss issues to be common (Sup. Ct. reasons, at para. 180). I would therefore reject this ground of appeal.

(4) Availability of Aggregate Damages

[112] I turn, finally, to Toshiba’s final argument, which goes to the availability of the aggregate damages provisions found in Division 2 of the *Class Proceedings Act*, s. 29(1)(b), which states:

Aggregate awards of monetary relief

29 (1) The court may make an order for an aggregate monetary award in respect of all or any part of a defendant’s liability to class members and may give judgment accordingly if

...

(3) La méthode proposée par M. Reutter satisfait-elle à la norme?

[110] Le juge saisi de la demande d’autorisation a arrêté la norme applicable à l’autorisation, en tant que question commune, de la question de la communauté de la perte. Toshiba le reconnaît : la question de savoir si le juge saisi de la demande d’autorisation s’est trompé en appliquant cette norme au témoignage de M. Reutter [TRADUCTION] « oblige la cour d’appel à faire preuve de déférence » (m.a. (Toshiba), par. 42). L’analyse de la méthode proposée par M. Reutter sur laquelle repose la décision du juge saisi de la demande d’autorisation ne devrait pas être annulée en l’absence d’erreur manifeste et déterminante.

[111] Je conviens avec la Cour d’appel que le raisonnement du juge saisi de la demande d’autorisation ne révèle aucune raison de modifier la décision qu’il a rendue au sujet des questions communes (motifs de la C.A., par. 163). Il n’y a aucune erreur manifeste et déterminante dans sa conclusion que M. Godfrey a établi un certain fondement factuel permettant de qualifier de communes les questions liées à la perte (motifs de la C.S., par. 180). Je rejetterais donc ce moyen d’appel.

(4) Possibilité d’obtenir des dommages-intérêts globaux

[112] Je passe finalement au dernier argument de Toshiba, qui intéresse la possibilité d’invoquer les dispositions sur les dommages-intérêts globaux qui figurent à l’al. 29(1)(b) de la *Class Proceedings Act*, lequel prévoit :

[TRADUCTION]

Octroi global d’une réparation pécuniaire

29 (1) Le tribunal peut accorder une réparation pécuniaire pour tout ou partie de la responsabilité du défendeur à l’endroit des membres du groupe et rendre jugement en conséquence si

...

- (b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability . . .

[113] Because all other issues of fact and law must be decided before the aggregate damages provisions could apply, it is plain that aggregate damages under s. 29(1)(b) are purely remedial, available only after all other common issues have been determined, including liability (see *Microsoft*, at para. 134). Irrespective, then, of whether aggregate damages are certified as a common issue, it is for the trial judge to determine, following the common issues trial, whether the statutory criteria are met such that the aggregate damages provisions can be applied to award damages (*Microsoft*, at para. 134; *Winkler et al.*, at p. 121).

[114] Here, the certification judge certified the following common issues related to aggregate damages for the non-umbrella purchasers (para. 143):

- (k) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

...

- (w) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

As I will explain below, I would not disturb the certification judge's decision to certify these issues as common issues. Again, it is important to remember that the certification of these issues in relation to the non-umbrella purchasers and the lack of certification in relation to the umbrella purchasers neither mandates nor forecloses the possibility of the trial judge awarding aggregate damages following the common issues trial. As this Court said in *Microsoft*

- (b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire afin de quantifier la responsabilité pécuniaire du défendeur . . .

[113] Comme il faut trancher toutes les questions de fait et questions de droit avant que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux puissent s'appliquer, il est clair que les dommages-intérêts globaux au sens de l'al. 29(1)(b) ont un objectif purement réparateur et ne peuvent être octroyés qu'après le règlement de toutes les autres questions communes, y compris la responsabilité (voir *Microsoft*, par. 134). Peu importe, donc, si les dommages-intérêts globaux sont autorisés en tant que question commune, il revient au juge du procès de décider, au terme de l'audition des questions communes, si les critères établis par la loi sont respectés de sorte que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux peuvent s'appliquer pour octroyer ceux-ci (*Microsoft*, par. 134; *Winkler et autres*, p. 121).

[114] En l'espèce, le juge saisi de la demande d'autorisation a autorisé les questions communes suivantes liées à l'octroi de dommages-intérêt globaux aux acheteurs qui ne sont pas sous parapluie (par. 143) :

[TRADUCTION]

- (k) Le montant des dommages-intérêts peut-il être arrêté globalement et, dans l'affirmative, quel est ce montant?

...

- (w) Le montant de la restitution peut-il être arrêté globalement et, dans l'affirmative, quel est ce montant?

Comme je vais l'expliquer plus loin, je ne suis pas d'avis de modifier la décision du juge saisi de la demande d'autorisation d'autoriser ces questions en tant que questions communes. Là encore, il importe de se rappeler que l'autorisation de ces questions à l'égard des acheteurs qui ne sont pas sous parapluie et l'absence d'autorisation à l'endroit des acheteurs sous parapluie ne commande ni n'exclut la possibilité que le juge du procès accorde des dommages-intérêts

(para. 134): “. . . the failure to propose or certify aggregate damages, or another remedy, as a common issue does not preclude a trial judge from invoking the provisions if considered appropriate once liability is found”.

[115] Toshiba has not appealed the certification of these issues as common issues. Rather, it takes issue with the certification judge’s statement when discussing certification of the loss-related common issues that “the aggregate damage provisions [. . .] allow for an aggregate award even where some class members have suffered no financial loss” (Sup. Ct. reasons, at para. 169). Toshiba argues that this statement contradicts this Court’s direction in *Microsoft* regarding the purely procedural quality of rights conferred by the *Class Proceedings Act* (A.F. (Toshiba), at para. 54). More particularly, Toshiba says that, by not confining its liability to class members who are able to show actual loss, the certification judge used the *Class Proceedings Act* to confer substantive (and not merely procedural) rights so as to grant a remedy to persons who cannot prove a loss. In this way, Toshiba argues that the certification judge treated the indirect and umbrella purchasers as “juridical entities” and eliminated the distinction between proof of harm and aggregate damages (A.F. (Toshiba), at para. 7).

[116] On this point, I agree with Toshiba that the certification judge’s statement that the aggregate damages provisions allow for an award of damages for class members that suffered no loss is inconsistent with this Court’s jurisprudence. This Court has repeatedly affirmed that the advantages conferred by class proceeding legislation are purely procedural, and that they do not confer substantive rights (see: *Hollick*, at para. 14; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 17; *Microsoft*, at para. 131-32; *Sun-Rype*, at

globaux au terme de l’audition des questions communes. Comme l’a mentionné notre Cour au par. 134 de l’arrêt *Microsoft* : « . . . l’omission de proposer ou d’autoriser à titre de question commune l’opportunité d’accorder des dommages-intérêts globaux ou une autre réparation n’empêche pas le juge de se fonder sur les dispositions s’il l’estime indiqué ».

[115] Toshiba n’a pas porté en appel l’autorisation des questions précitées en tant que questions communes. Elle s’inscrit plutôt en faux contre ce que le juge saisi de la demande d’autorisation a dit au moment d’analyser l’autorisation des questions communes liées à la perte : [TRADUCTION] « . . . les dispositions relatives aux dommages-intérêts globaux [. . .] permettent d’adjudger ceux-ci même si certains membres du groupe n’ont subi aucune perte financière » (motifs de la C.S., par. 169). Selon Toshiba, cette affirmation contredit l’orientation qu’a donnée notre Cour dans l’arrêt *Microsoft* au sujet du caractère purement procédural des droits conférés par la *Class Proceedings Act* (m.a. (Toshiba), par. 54). Plus particulièrement, Toshiba affirme que, en ne restreignant pas la responsabilité aux membres du groupe capables d’établir qu’ils ont subi une véritable perte, le juge saisi de la demande d’autorisation a utilisé la *Class Proceedings Act* pour conférer des droits substantifs (et pas simplement procéduraux) de manière à accorder réparation aux personnes qui ne sont pas en mesure de prouver qu’elles ont subi une perte. Toshiba plaide ainsi que le juge saisi de la demande d’autorisation a traité les acheteurs indirects et sous parapluie comme des [TRADUCTION] « entités juridiques » et a éliminé la distinction entre la preuve du préjudice et les dommages-intérêts globaux (m.a. (Toshiba), par. 7).

[116] Sur ce point, je partage l’avis de Toshiba que l’affirmation du juge saisi de la demande d’autorisation — selon laquelle les dispositions sur les dommages-intérêts globaux permettent d’en adjudger aux membres du groupe qui n’ont subi aucune perte — est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour. Cette dernière a maintes fois répété que les avantages offerts par les lois en matière de recours collectifs sont purement procédurales et ne confèrent pas de droit substantiels (voir : *Hollick*, par. 14; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC

para. 75). In *Microsoft*, this Court could not have been clearer that the aggregate damages provisions cannot be used to establish liability:

With respect, I do not agree with this reasoning. The aggregate damages provisions of the CPA relate to remedy and are procedural. They cannot be used to establish liability (2038724 Ontario Ltd. v. Quizno’s Canada Restaurant Corp., 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, at para. 55). The language of s. 29(1)(b) specifies that no question of fact or law, other than the assessment of damages, should remain to be determined in order for an aggregate monetary award to be made. As I read it, this means that an antecedent finding of liability is required before resorting to the aggregate damages provision of the CPA. This includes, where required by the cause of action such as in a claim under s. 36 of the Competition Act, a finding of proof of loss. I do not see how a statutory provision designed to award damages on an aggregate basis can be said to be used to establish any aspect of liability.

I agree with Feldman J.A.’s holding in *Chadha* that aggregate damages provisions are “applicable only once liability has been established, and provid[e] a method to assess the quantum of damages on a global basis, but not the fact of damage” (para. 49). I also agree with Masuhara J. of the B.C.S.C. in *Infineon* that “liability requires that a pass-through reached the Class Members”, and that “[t]hat question requires an answer before the aggregation provisions, which are only a tool to assist in the distribution of damages, can be invoked” (2008 BCSC 575 (CanLII), at para. 176). Furthermore, I agree with the Ontario Court of Appeal in *Quizno’s*, that “[t]he majority clearly recognized that s. 24 [of the Ontario Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6] is procedural and cannot be used in proving liability” (para. 55). [Emphasis added; paras. 131-32.]

[117] The foregoing signifies that, where (as here) loss is an element of the cause of action, using the aggregate damages provisions to distribute damages to class members who did not suffer a loss would be

19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17; *Microsoft*, par. 131-132; *Sun-Rype*, par. 75). Dans l’arrêt *Microsoft*, notre Cour n’aurait pas pu dire plus clairement que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux ne peuvent servir à établir la responsabilité :

Soit dit en tout respect, je n’adhère pas à ce raisonnement. Les dispositions de la CPA sur l’octroi de dommages-intérêts globaux ont trait à la réparation, sont de nature procédurale et ne peuvent permettre d’établir la responsabilité (2038724 Ontario Ltd. c. Quizno’s Canada Restaurant Corp., 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, par. 55). Le libellé de l’al. 29(1)(b) veut qu’il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire pour qu’une réparation pécuniaire globale puisse être accordée. À mon sens, il faut une conclusion préalable de responsabilité avant d’appliquer les dispositions de la CPA sur l’octroi de dommages-intérêts globaux, ce qui comprend, lorsque l’exige une cause d’action comme celles prévues à l’art. 36 de la Loi sur la concurrence, une conclusion sur la preuve de la perte. Je ne vois pas comment une disposition visant à accorder des dommages-intérêts de manière globale pourrait être le fondement d’une conclusion sur quelque volet de la responsabilité.

Je souscris à la conclusion de la juge Feldman dans *Chadha*, à savoir que les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux [TRADUCTION] « s’appliquent seulement une fois la responsabilité établie et offrent une méthode d’évaluation globale des dommages-intérêts, mais ne permettent pas d’établir le préjudice » (par. 49). Je conviens également avec le juge Masuhara de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qu’[TRADUCTION] « établir la responsabilité exige de prouver que le transfert de la perte a atteint les membres du groupe. Il faut statuer sur ce point avant d’appliquer les dispositions sur l’évaluation globale des dommages-intérêts, lesquelles n’offrent qu’un moyen d’attribuer l’indemnité » (voir *Infineon*, 2008 BCSC 575 (CanLII), par. 176). Aussi, je partage l’avis de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Quizno’s* selon lequel [TRADUCTION] « [I]es juges majoritaires reconnaissent clairement que l’art. 24 [de la Loi de 1992 sur les recours collectifs de l’Ontario, L.O. 1992, ch. 6] est de nature procédurale et ne peut servir d’assise à l’établissement de la responsabilité » (par. 55). [Je souligne; par. 131-132.]

[117] Les passages précités signifient que lorsque la perte est un élément de la cause d’action (comme c’est le cas en l’espèce), le fait de recourir aux dispositions sur les dommages-intérêts globaux pour

inconsistent with the purely procedural quality of the advantages conferred by the *Class Proceedings Act*. It follows that the reliance by the courts below (Sup. Ct. reasons, at para. 169; C.A. reasons, at para. 161) on s. 31(1)(a)(i) of the *Class Proceedings Act* (which provides that the court may order an aggregate damages award where it would be impractical or inefficient to identify the class members entitled to share in the award) as indicating that the plaintiff need not establish loss to each and every class member was, in my respectful view, mistaken. Section 31(1)(a)(i) is applicable only once liability has been established; otherwise, it would effectively confer substantive rights.

[118] To be clear, I agree that the *Class Proceedings Act* permits individual members of the class to obtain a remedy where it may be difficult to demonstrate *the extent* of individual loss. What the jurisprudence of this Court maintains, however, is that, in order for individual class members to participate in the award of damages, the trial judge must be satisfied that each has *actually suffered* a loss where proof of loss is essential to a finding of liability (as it is for liability under s. 36 of the *Competition Act*). Therefore, ultimately, to use the aggregate damages provisions, the trial judge must be satisfied, following the common issues trial, either that *all* class members suffered loss, or that he or she can distinguish those who have not suffered loss from those who have.

[119] At this stage, it therefore remains possible that issues will arise, once it is determined that loss reached the indirect purchaser level, that affect individual class members' claims (*Microsoft*, at para. 140). In other words, while it was sufficient *for the purposes of certifying loss as a common issue* for Dr. Reutter's methodology to show merely that loss reached the indirect purchaser level, whether this methodology is sufficient *for the purposes of establishing* Toshiba's liability to *all* class members will depend on the findings of

accorder ceux-ci aux membres du groupe qui n'ont subi aucune perte serait incompatible avec le caractère purement procédural des avantages conférés par la *Class Proceedings Act*. Soit dit en tout respect, il s'ensuit que les juridictions inférieures (motifs de la C.S., par. 169; motifs de la C.A., par. 161) ont eu tort de s'appuyer sur le sous-al. 31(1)(a)(i) de la *Class Proceedings Act* (lequel prévoit que le tribunal peut ordonner l'octroi de dommages-intérêts globaux lorsqu'il serait irréaliste ou inefficace d'identifier les membres du groupe qui ont droit à une part du montant global des dommages-intérêts adjugés) pour conclure que le demandeur n'a pas à établir que chacun des membres du groupe a subi une perte. Le sous-al. 31(1)(a)(i) ne s'applique qu'une fois la responsabilité établie; autrement, il se trouverait à conférer des droits substantiels.

[118] Pour dissiper toute équivoque, je conviens que la *Class Proceedings Act* permet aux membres du groupe d'obtenir une réparation dans les cas où il peut être difficile d'établir *l'ampleur* de la perte individuelle. Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour que les membres du groupe participent à l'octroi des dommages-intérêts, le juge du procès doit être convaincu que chacun d'eux a *réellement subi* une perte lorsque la preuve de la perte est essentielle à une conclusion de responsabilité (comme c'est le cas de la responsabilité fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*). Par conséquent, au bout du compte, pour se prévaloir des dispositions relatives aux dommages-intérêts globaux, le juge du procès doit être convaincu, à l'issue de l'audition des questions communes, que *tous* les membres du groupe ont subi une perte, ou qu'il peut distinguer ceux qui n'ont pas subi de perte de ceux qui en ont subi une.

[119] À ce stade, il se peut donc toujours que des questions touchant les demandes de membres du groupe se posent, une fois qu'il est établi que la perte a été reflétée à l'acheteur indirect (*Microsoft*, par. 140). Autrement dit, bien qu'il ait été suffisant, *aux fins de l'autorisation de la perte en tant que question commune*, que la méthode de M. Reutter établisse simplement que la perte a été reflétée aux acheteurs indirects, la réponse à la question de savoir si cette méthode suffit *pour établir* la responsabilité

the trial judge. In this case, Godfrey intends to use Dr. Reutter's methodology to prove that all class members suffered loss. It follows from the foregoing that, if he is successful in doing so, the same methodology can be used to establish both that Toshiba is liable to all class members and that aggregate damages are available to be awarded.

[120] It should be borne in mind that the trial judge, following the common issues trial, might reach any one of numerous possible conclusions on the question of whether the class members suffered loss. For example, the trial judge might accept Dr. Reutter's evidence that *all* class members suffered a loss, in which case it would be open to the trial judge to use the aggregate damages provisions to award damages to all class members. Alternatively, the trial judge might conclude that *no* purchasers suffered a loss — for example, if the trial judge does not accept that Dr. Reutter's methodology demonstrates that loss reached the direct and indirect purchaser levels. Were that the case, the action would fail. Or, it might be that the trial judge finds that an *identifiable subset* of class members did not suffer a loss, in which case the trial judge could exclude those members from participating in the award of damages, and then use the aggregate damages provision in respect of the remaining class members' claims. Finally, the trial judge could accept Toshiba's argument that some class members suffered a loss and some did not, but that it is impossible to determine on the expert's methodology which class members suffered a loss. In such a case, individual issues trials would be required to determine the purchasers to whom Toshiba is liable and who are therefore entitled to share in the award of damages. At the certification stage, no comment can or should be made about the potential conclusions that the trial judge may reach. I outline these possibilities and the availability of aggregate damages merely to provide guidance.

de Toshiba envers *tous* les membres du groupe dépend des conclusions du juge du procès. En l'espèce, M. Godfrey compte employer la méthode de M. Reutter pour prouver que tous les membres du groupe ont subi une perte. Il s'ensuit de ce qui précède que, s'il parvient à faire cette démonstration, on peut employer la même méthode pour établir à la fois que Toshiba est responsable envers tous les membres du groupe et qu'il est possible d'accorder des dommages-intérêts globaux.

[120] Il convient de garder à l'esprit qu'après l'audition des questions communes, le juge du procès peut tirer l'une ou l'autre de nombreuses conclusions sur la question de savoir si les membres du groupe ont subi une perte. Par exemple, le juge du procès pourrait retenir le témoignage de M. Reutter selon lequel *tous* les membres du groupe ont subi une perte, auquel cas il serait loisible au juge du procès de recourir aux dispositions sur les dommages-intérêts globaux pour adjuger les dommages-intérêts à tous les membres du groupe. Le juge du procès pourrait aussi conclure qu'*aucun* acheteur n'a subi de perte — par exemple, s'il n'accepte pas que la méthode de M. Reutter démontre que la perte a été transférée aux acheteurs directs et indirects. Dans un tel cas, l'action échouerait. Peut-être encore que le juge du procès conclura qu'une *sous-catégorie identifiable* de membres du groupe n'a pas subi de perte, auquel cas il exclura ces membres de l'octroi des dommages-intérêts et recourra ensuite à la disposition sur l'octroi de dommages-intérêts globaux à l'égard des demandes de membres restants du groupe. Enfin, le juge du procès pourrait retenir l'argument de Toshiba selon lequel certains membres du groupe ont subi une perte tandis que d'autres n'en ont pas subie, mais conclure qu'il est impossible d'établir avec la méthode de l'expert quels membres du groupe ont subi une perte. Dans un tel cas, des procès portant sur des questions individuelles seraient nécessaires pour identifier les acheteurs envers qui Toshiba est responsable et qui ont donc le droit de prendre part à l'octroi des dommages-intérêts. Au stade de l'autorisation, il n'est pas possible ou indiqué de se prononcer sur les conclusions éventuelles du juge du procès. Je signale ces possibilités et l'ouverture à des dommages-intérêts globaux uniquement en vue de fournir des directives.

[121] But again, to be clear — neither the range of possible findings of the trial judge following the common issues trial, nor the unavailability of aggregate damages for class members that suffered no loss, is relevant to the decision to certify aggregate damages as a common issue. As was the case in *Microsoft*, “[t]he aggregate damages questions [the certification judge] certified relate solely to whether damages can be determined on an aggregate basis and if so in what amount” (para. 135). The certification judge’s decision to certify the questions related to aggregate damages for the non-umbrella purchasers should therefore not be disturbed.

VI. Conclusion

[122] I would dismiss the appeals.

[123] Section 37(1) of the *Class Proceedings Act* provides that “neither the [British Columbia] Supreme Court nor the Court of Appeal may award costs to any party to an application for certification”. The parties appear to take this as precluding this Court from awarding costs at those courts, and seek only their costs at this Court. I would therefore award Godfrey costs in this Court only.

The following are the reasons delivered by

[124] CÔTÉ J. (dissenting in part) — These appeals raise a fundamental question: are courts at a stage where the balance struck by Parliament in Canada’s competition law should be upset by applying new principles of liability for price-fixing cases, resulting in near-automatic certification of class actions? In doing so, are courts going a bridge too far?

I. Overview

[125] These appeals concern the certification of a proposed class action brought in British Columbia by

[121] Mais là encore, soyons clairs : ni l’éventail des conclusions que pourra tirer le juge du procès à l’issue de l’audition des questions communes, ni la possibilité d’accorder des dommages-intérêts globaux aux membres du groupe qui n’ont subi aucune perte, ne sont pertinents pour la décision d’autoriser les dommages-intérêts globaux en tant que question commune. Tout comme dans *Microsoft*, « [l]es questions [liées aux dommages-intérêts globaux que le juge saisi de la demande d’autorisation] certifie consistent seulement à savoir si le montant des dommages-intérêts peut être arrêté globalement et, dans l’affirmative, quel est ce montant » (par. 135). Il ne convient donc pas de modifier la décision du juge saisi de la demande d’autorisation d’autoriser les questions concernant l’octroi de dommages-intérêts globaux aux acheteurs qui ne sont pas sous parapluie.

VI. Conclusion

[122] Je rejetterais les pourvois.

[123] Le paragraphe 37(1) de la *Class Proceedings Act* dispose que [TRADUCTION] « ni la Cour suprême [de la Colombie-Britannique] ni la Cour d’appel ne peuvent accorder des dépens à une partie à une demande d’autorisation ». Les parties semblent en avoir conclu que notre Cour ne peut octroyer des dépens devant ces cours et elles n’ont sollicité que leurs dépens devant notre Cour. J’accorderais donc à M. Godfrey ses dépens devant notre Cour seulement.

Version française des motifs rendus par

[124] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — Les présents pourvois soulèvent une question fondamentale : le moment est-il venu pour les tribunaux de rompre l’équilibre établi par le législateur dans les lois canadiennes sur la concurrence en appliquant de nouveaux principes de responsabilité dans des affaires de fixation des prix, de sorte que les recours collectifs seraient presque automatiquement autorisés? Ce faisant, les tribunaux iraient-ils trop loin?

I. Aperçu

[125] Les présents pourvois concernent l’autorisation d’un recours collectif projeté intenté en

representative plaintiff Neil Godfrey (the “Plaintiff”, respondent in these appeals) against a number of defendants (the “Defendants”, appellants in these appeals) that manufacture or supply devices known as optical disc drives (“ODDs”). The Plaintiff alleges that the Defendants conspired to fix the prices of ODDs between January 1, 2004 and January 1, 2010 (the “Class Period”). He relies on five causes of action against the Defendants: a contravention of s. 45 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 (which is actionable pursuant to s. 36(1) of that statute), the tort of unlawful means conspiracy, the tort of predominant purpose conspiracy, unjust enrichment, and waiver of tort.

[126] The proposed class is essentially comprised of three groups. Direct purchasers are the class members who purchased an ODD or an ODD product manufactured or supplied by a Defendant *from that Defendant*. Indirect purchasers are the class members who purchased an ODD or an ODD product manufactured or supplied by a Defendant *from a non-Defendant*. Neil Godfrey is one of those indirect purchasers. Finally, class members who purchased from a non-Defendant an ODD or an ODD product *that was not manufactured or supplied by a Defendant* are known as “Umbrella Purchasers”. The Plaintiff alleges that all of the class members in these three groups have claims against the Defendants in respect of the alleged price-fixing conspiracy.

[127] The Plaintiff’s action against most of the Defendants was commenced on September 27, 2010. He brought a separate action against certain additional Defendants — Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. and Pioneer Electronics of Canada Inc. (the “Pioneer Defendants”) — on August 16, 2013, roughly three and a half years following the end of the Class Period.

Colombie-Britannique par le représentant des demandeurs, Neil Godfrey (le « demandeur », l’intimé dans les présents pourvois), contre plusieurs défenderesses (les « défenderesses », les appelantes dans les présents pourvois) qui fabriquent ou fournissent des dispositifs appelés lecteurs de disques optiques (« LDO »). Le demandeur allègue que les défenderesses ont comploté dans le but de fixer les prix des LDO entre le 1^{er} janvier 2004 et le 1^{er} janvier 2010 (la « période visée par le recours collectif »). Il s’appuie sur cinq causes d’action contre les défenderesses : contravention à l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (qui ouvre droit à une action fondée sur le par. 36(1) de cette même loi), délit civil de complot exercé par des moyens illégaux, délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice, enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel.

[126] Le groupe projeté est constitué essentiellement de trois catégories d’acheteurs. Les acheteurs directs sont les membres du groupe qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO fabriqué ou fourni par une défenderesse *de cette défenderesse*. Les acheteurs indirects sont les membres du groupe qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO fabriqué ou fourni par une défenderesse *d’une personne qui n’est pas une défenderesse*. Neil Godfrey est l’un de ces acheteurs indirects. Enfin, les membres du groupe qui ont acheté, d’une personne qui n’est pas une défenderesse, un LDO ou un produit muni de LDO *qui n’a pas été fabriqué ou fourni par une défenderesse* sont appelés les « acheteurs sous parapluie ». Le demandeur allègue que tous les membres du groupe faisant partie de ces catégories disposent de recours contre les défenderesses relativement au complot allégué de fixation des prix.

[127] Le recours du demandeur contre la plupart des défenderesses a été intenté le 27 septembre 2010. Le 16 août 2013, soit environ trois ans et demi après la fin de la période visée par le recours collectif, le demandeur a intenté une action distincte contre certaines autres défenderesses : Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. et Pioneer Électronique du Canada, Inc. (appelées collectivement les « défenderesses Pioneer »).

[128] At the certification stage, Masuhara J. (the “Certification Judge”) consolidated the two actions and conditionally certified them as class proceedings, in accordance with the criteria set out in s. 4(1) of British Columbia’s *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (2016 BCSC 844). The Defendants’ appeals to the British Columbia Court of Appeal were unanimously dismissed (2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319).

[129] The Defendants that challenge the Court of Appeal’s order before this Court in file no. 37810 (the “Toshiba Appeal”) contend that both the Certification Judge and the Court of Appeal erred in three respects: (a) by permitting the Umbrella Purchasers to claim under the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act*; (b) by allowing common law and equitable relief based on a breach of the anti-competitive prohibitions in Part VI of the *Competition Act*; and (c) by finding that loss-related issues were common among the indirect purchasers based on the expert methodology proposed by the Plaintiff.

[130] The appeal brought by the Pioneer Defendants in file no. 37809 (the “Pioneer Appeal”) raises those same issues, as well as two unique issues pertaining to the treatment of the limitation defence by the courts below. The Pioneer Defendants argue that the Certification Judge erred in holding that the action against them can proceed — notwithstanding that it was commenced more than two years following the end of the Class Period — based on the application of the discoverability rule and the doctrine of fraudulent concealment. In this Court, the Pioneer Defendants submit (a) that the discoverability rule does not apply to postpone the commencement of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*, and (b) that the doctrine of fraudulent concealment cannot toll that limitation period unless the Plaintiff can establish that he and the other class members stand in a “special relationship” with the Pioneer Defendants. It follows, in their submission, that the Plaintiff’s pleadings do not disclose a cause of action against them in

[128] À l’étape de l’autorisation, le juge Masuhara (le « juge saisi de la demande d’autorisation ») a réuni les deux actions et les a conditionnellement autorisées à titre de recours collectif conformément aux critères énoncés au par. 4(1) de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (2016 BCSC 844). Les pourvois interjetés par les défenderesses devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont été rejetés à l’unanimité (2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319).

[129] Les défenderesses qui contestent l’ordonnance de la Cour d’appel devant notre Cour dans le dossier n° 37810 (le « pourvoi de Toshiba ») soutiennent que le juge saisi de la demande d’autorisation et la Cour d’appel ont commis trois erreurs : a) en autorisant les acheteurs sous parapluie à se prévaloir de la cause d’action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, b) en autorisant les recours de common law et d’equity fondés sur une violation des prohibitions de comportement anti-concurrentiel prévues à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*, et c) en concluant, d’après la méthode proposée par l’expert du demandeur, que les questions liées à la perte étaient communes aux acheteurs indirects.

[130] Le pourvoi interjeté par les défenderesses Pioneer dans le dossier n° 37809 (le « pourvoi de Pioneer ») soulève les mêmes questions, de même que deux questions uniques liées au traitement par les tribunaux d’instance inférieure de leur défense fondée sur la prescription. Les défenderesses Pioneer soutiennent que le juge saisi de la demande d’autorisation a commis une erreur en concluant que l’action intentée contre elles pouvait procéder — malgré le fait qu’elle avait été intentée plus de deux ans après la fin de la période visée par le recours collectif — compte tenu de l’application de la règle de la possibilité de découvrir et de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Devant notre Cour, les défenderesses Pioneer font valoir : a) que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas de façon à retarder le début du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*, et b) que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne permet pas de repousser le point de départ du délai de prescription à moins que le demandeur puisse

accordance with s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act*.

[131] I would allow both appeals in part. With respect to the limitations issues raised in the Pioneer Appeal, my view is that the discoverability rule does not apply to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) because the event that triggers the commencement of the limitation period occurs without regard to the state of a plaintiff's knowledge. As for the doctrine of fraudulent concealment, my view is that it is not plain and obvious that it will toll the operation of the limitation period in this case only if the Plaintiff is capable of demonstrating a special relationship existed. It may be that something tantamount to or commensurate with the existence of a special relationship would be sufficient to toll the limitation period. However, simply establishing the existence of the conspiracy will not suffice.

[132] With respect to the issues raised in the Toshiba Appeal, which are common to both appeals, I agree with my colleague Brown J. — although for different reasons — that the *Competition Act* does not prevent a plaintiff from advancing a claim at common law or in equity together with, or instead of, a claim pursuant to the statutory cause of action in s. 36(1) in respect of the same anti-competitive prohibitions. I disagree with my colleague on the other two issues raised in that appeal, however. In my view, the Umbrella Purchasers cannot succeed in their claims against the Defendants under s. 36(1) of the *Competition Act*. Likewise, I cannot accept that a methodology capable of proving only that loss reached the indirect purchaser level in the distribution chain (and incapable of establishing loss in any individualized manner) is sufficient for the purpose of certifying the loss-related questions proposed by the Plaintiff as “common issues”, pursuant to s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*.

établir que lui et les autres membres du groupe entretiennent une « relation spéciale » avec les défendresses Pioneer. Par conséquent, selon elles, les actes de procédure du demandeur ne révèlent aucune cause d'action contre elles en conformité avec l'al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act*.

[131] Je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois en partie. En ce qui concerne les questions relatives aux délais de prescription soulevées dans le pourvoi de Pioneer, j'estime que la règle de la possibilité de découvrir ne s'applique pas au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i), puisque l'événement qui marque le point de départ du délai de prescription se produit peu importe si un demandeur a connaissance du préjudice. En ce qui a trait à la dissimulation frauduleuse, il ne me semble pas évident et manifeste que cette doctrine repoussera le point de départ du délai de prescription en l'espèce seulement si le demandeur arrive à démontrer qu'il existait une relation spéciale. Il se peut que quelque chose d'équivalent ou correspondant à une relation spéciale suffise à reporter le point de départ du délai de prescription. Cependant, le simple fait d'établir l'existence du complot ne suffira pas.

[132] Pour ce qui est des questions soulevées dans le pourvoi de Toshiba, lesquelles sont communes aux deux pourvois, je conviens avec mon collègue le juge Brown — quoique pour des motifs différents — que la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas le demandeur d'intenter un recours en common law ou en equity en même temps, ou au lieu, d'un recours fondé sur la cause d'action prévue au par. 36(1) à l'égard des mêmes pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, je ne souscris pas à l'opinion de mon collègue quant aux deux autres questions soulevées dans ce pourvoi. À mon sens, les acheteurs sous parapluie ne peuvent avoir gain de cause contre les défendresses dans leurs réclamations fondées sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. De même, je ne puis accepter qu'une méthode permettant uniquement de prouver que la perte a atteint le niveau des acheteurs indirects dans la chaîne de distribution (et qui ne permet pas d'établir la perte de manière individuelle) suffit à l'autorisation des questions liées à la perte proposées par le demandeur en tant que « questions communes » au titre de l'al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*.

II. The Pioneer Appeal

[133] The two unique issues raised in the Pioneer Appeal are as follows:

- (a) Does the discoverability rule apply to the limitation period established by s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*?
- (b) Must there be a special relationship between the parties to an action in order for the doctrine of fraudulent concealment to toll the limitation period?

[134] The statutory cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, which allows a claimant to recover for loss or damage resulting from conduct contrary to any provision of Part VI of that Act, is subject to the limitation period established by s. 36(4). These two provisions read as follows:

36 (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

- (a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or
- (b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act,

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

...

(4) No action may be brought under subsection (1),

- (a) in the case of an action based on conduct that is contrary to any provision of Part VI, after two years from
 - (i) a day on which the conduct was engaged in, or

II. Le pourvoi de Pioneer

[133] Les deux questions uniques soulevées dans le pourvoi de Pioneer sont les suivantes :

- a) La règle de la possibilité de découvrir s'applique-t-elle au délai de prescription établi au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence*?
- b) Pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription, doit-il y avoir une relation spéciale entre les parties à une action?

[134] La cause d'action prévue à l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, qui permet à une personne ayant subi une perte ou des dommages par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI de cette loi de se faire indemniser, est assujettie au délai de prescription établi au par. 36(4). Ces deux dispositions sont ainsi libellées :

36 (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

- a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;
- b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

...

(4) Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

- a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :
 - (i) soit la date du comportement en question,

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

whichever is the later . . .

...

...

[135] The Plaintiff’s action against the Pioneer Defendants, which is based in part on s. 36(1) of the *Competition Act*, was commenced on August 16, 2013 — more than two years following the end of the Class Period, which is the period during which the alleged price-fixing conspiracy took place. The Pioneer Defendants take the position that the Plaintiff’s claim for recovery under s. 36(1) of the *Competition Act* is time-barred by the limitation period in s. 36(4)(a)(i). The Plaintiff, for his part, says that both the discoverability rule and the doctrine of fraudulent concealment apply to toll that limitation period. If either applies, then the limitation clock will have begun ticking on the date that he discovered, or ought to have discovered, the existence of the alleged conspiracy.

[135] Fondée en partie sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, l’action du demandeur contre les défenderesses Pioneer a été intentée le 16 août 2013, plus de deux ans après la fin de la période visée par le recours collectif, soit la période durant laquelle le complot allégué de fixation des prix a eu lieu. Les défenderesses Pioneer sont d’avis que le recours en indemnisation intenté par le demandeur au titre du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* est prescrit en raison du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i). Le demandeur, quant à lui, affirme que tant la règle de la possibilité de découvrir que la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’appliquent de manière à repousser le point de départ de ce délai de prescription. Si l’une ou l’autre s’applique, alors le délai de prescription aura commencé à courir à la date à laquelle le demandeur a découvert, ou aurait dû découvrir, l’existence du complot allégué.

[136] In order to succeed, therefore, the Pioneer Defendants must persuade this Court that *neither* the discoverability rule *nor* the doctrine of fraudulent concealment has any application in this case.

[136] Donc, pour obtenir gain de cause, les défenderesses Pioneer doivent convaincre notre Cour que *ni* la règle de la possibilité de découvrir *ni* la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne s’appliquent en l’espèce.

A. *Does the Discoverability Rule Apply to the Limitation Period Contained in the Statutory Cause of Action in Section 36 of the Competition Act?*

A. *La règle de la possibilité de découvrir s’applique-t-elle au délai de prescription applicable à la cause d’action prévue à l’art. 36 de la Loi sur la concurrence?*

[137] On this first limitations issue raised in the Pioneer Appeal, my colleague takes the view that the discoverability rule postpones the commencement of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) until the time at which the potential claimant discovers, or is reasonably capable of discovering, the existence of the impugned conduct that forms the basis of a claim under s. 36(1). I respectfully disagree, for the reasons that follow.

[137] En ce qui concerne la première question relative aux délais de prescription soulevée dans le pourvoi de Pioneer, mon collègue se dit d’avis que la règle de la possibilité de découvrir reporte le début du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) jusqu’au moment où le demandeur éventuel découvre, ou est raisonnablement capable de découvrir, l’existence du comportement reproché qui constitue le fondement de l’action intentée au titre du par. 36(1). Avec égards, je ne partage pas cet avis pour les motifs qui suivent.

(1) The Discoverability Rule

[138] Limitation clauses are statutory provisions that place temporal limits on a claimant's ability to institute legal proceedings. The expiry of a limitation period has the effect of “extinguish[ing] a party's legal remedies and also, in some cases, a party's legal rights” (G. Mew, D. Rolph and D. Zacks, *The Law of Limitations* (3rd ed. 2016) (“Mew et al.”), at p. 3). As this Court explained in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, statutory limitation clauses reflect the balance struck by the legislature between three distinct policy rationales: granting repose to defendants, avoiding evidentiary issues relating to the passage of time, and encouraging diligence on the part of plaintiffs.

[139] As statutory provisions, limitation clauses give rise to a number of interpretative issues. One important issue is the point at which the limitation period begins running — and in particular, whether the legislature intended that it commence only when the plaintiff has knowledge that the event which sets the clock ticking (sometimes referred to as the “triggering event”) has in fact occurred. This is key, because a determination of when a limitation period expires depends on both its duration and its commencement (Mew et al., at pp. 69-70).

[140] Discoverability is a judge-made rule of statutory interpretation that assists in determining whether the event triggering the commencement of a limitation period depends upon the state of the plaintiff's knowledge. In *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, this Court recognized a “general rule that a cause of action arises for the purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence” (p. 224). What this means is that a limitation period that commences upon “the accrual of the [plaintiff's] cause of action”, or wording to that effect, will begin running only when the plaintiff discovers, or is reasonably capable of discovering,

(1) La règle de la possibilité de découvrir

[138] Les dispositions de prescription sont des dispositions statutaires qui visent à fixer des limites temporelles à la faculté du demandeur de se pourvoir devant les tribunaux. L'expiration d'un délai de prescription a pour effet [TRADUCTION] « d'éteindre les recours en justice d'une partie et, dans certains cas, d'éteindre ses droits » (G. Mew, D. Rolph et D. Zacks, *The Law of Limitations* (3^e éd. 2016) (« Mew et autres »), p. 3). Comme l'a expliqué la Cour dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, les dispositions législatives en matière de prescription reflètent l'équilibre établi par le législateur entre trois justifications d'ordre public distinctes : procurer la tranquillité d'esprit aux défendeurs, éviter les problèmes de preuve liés à l'écoulement du temps, et encourager les demandeurs à être diligents.

[139] À titre de dispositions statutaires, les dispositions de prescription soulèvent plusieurs questions d'interprétation. Une question importante concerne le moment où le délai de prescription commence à courir; plus particulièrement, il s'agit de savoir si le législateur voulait que le délai commence à courir uniquement au moment où le demandeur sait que l'événement qui marque le point de départ du délai (parfois appelé le « fait déclencheur ») s'est effectivement produit. Il est crucial de répondre à cette question puisque, pour déterminer quand un délai de prescription expire, il faut d'abord établir sa durée et la date de son début (Mew et autres, p. 69-70).

[140] La règle de la possibilité de découvrir est une règle prétorienne d'interprétation statutaire qui aide à déterminer si l'événement qui marque le point de départ du délai de prescription dépend de la connaissance qu'en avait le demandeur. Dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, la Cour a reconnu une « règle générale selon laquelle une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable » (p. 224). Cette règle signifie qu'un délai de prescription qui commence quand [TRADUCTION] « la cause d'action [du demandeur] prend naissance », ou toute autre formulation allant dans le même sens,

the facts giving rise to the cause of action (Mew et al., at p. 69). That is the point at which that plaintiff's ability to sue the defendant crystallizes.

[141] This Court expanded upon the principles applicable to the discoverability rule in *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549. In that case, Major J. clarified that discoverability is not a general rule that applies *despite* the wording of a legislative enactment, but rather an “interpretive tool for the construing of limitations statutes which ought to be considered each time a limitations provision is in issue” (para. 37). In so doing, he endorsed the approach to this rule that had been taken by the Manitoba Court of Appeal in *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200:

In my opinion, the judge-made discoverability rule is nothing more than a rule of construction. Whenever a statute requires an action to be commenced within a specified time from the happening of a specific event, the statutory language must be construed. When time runs from “the accrual of the cause of action” or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained, the judge-made discoverability rule applies. But, when time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party's knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed. [para. 22]

[142] The limitation period in *Peixeiro* ran for two years from the time when “damages were sustained” by the plaintiff (para. 2). Applying the test in *Fehr*, Major J. found it “unlikely that by using the words ‘damages were sustained’, the legislature intended that the determination of the starting point of the limitation period should take place without regard to the injured party's knowledge” (para. 38). In his view, “[t]he use of the phrase ‘damages were sustained’ rather than ‘cause of action arose’ . . . is a distinction without a difference” (*ibid.*). He therefore concluded

ne commencera à courir qu'à partir du moment où le demandeur découvre, ou peut raisonnablement découvrir, les faits à l'origine de la cause d'action (Mew et autres, p. 69). Il s'agit du moment où la capacité du demandeur d'intenter une action contre le défendeur se concrétise.

[141] La Cour a expliqué plus en détail les principes applicables à la règle de la possibilité de découvrir dans *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549. Dans cet arrêt, le juge Major a précisé que la règle de la possibilité de découvrir ne constitue pas une règle générale qui s'applique *malgré* le libellé d'un texte de loi, mais constitue plutôt un « outil qui sert à interpréter les textes de loi établissant des délais de prescription et qui doit être pris en considération chaque fois qu'une telle disposition est en litige » (par. 37). Ce faisant, il a souscrit à la conception de cette règle qui avait été adoptée par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 :

[TRADUCTION] À mon avis, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage n'est rien de plus qu'une règle d'interprétation. Dans tous les cas où une loi indique que l'action en justice doit être intentée dans un délai précis après un événement donné, il faut interpréter les termes de cette loi. Lorsque le délai court à partir du « moment où naît la cause d'action » ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu'au moment où la [partie lésée] prend connaissance du dommage, c'est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le préjudice qui s'applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d'un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu'en a la [partie lésée], cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur. [par. 22]

[142] Dans l'arrêt *Peixeiro*, le délai de prescription a couru durant deux ans à compter de la date où les « dommages ont été subis » par le demandeur (par. 2). Après avoir appliqué le critère établi dans l'arrêt *Fehr*, le juge Major a conclu qu'il était « peu probable qu'en utilisant les mots “où les dommages ont été subis” le législateur entendait que l'on détermine le point de départ du délai de prescription sans égard au moment où la personne blessée prend connaissance du préjudice » (par. 38). À son avis, « [l']utilisation des mots “date où les dommages ont

that the discoverability rule applied to the limitation period at issue in that case.

[143] A different conclusion was reached by this Court on the facts in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53. That dispute turned, in part, on the interpretation of a limitation period that “prohibits an action brought six months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted, and after the expiration of one year from the date of death” (para. 18, referring to s. 5 of the *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32). Bastarache J., writing for a unanimous Court, once again affirmed the test set out in *Fehr* and reiterated that discoverability is not a general rule but rather an “interpretative tool for construing limitation statutes” (para. 23). Applying the *Fehr* test to the limitation provision at issue in that case, Bastarache J. concluded as follows:

Pursuant to the *Survival of Actions Act*, the limitation period is triggered by the death of the defendant or the granting by a court of the letters of administration or probate. The section is clear and explicit: time begins to run from one of these two specific events. The Act does not establish a relationship between these events and the injured party’s knowledge. I agree with the appellants that knowledge is not a factor: the death or granting of the letters occurs regardless of the state of mind of the plaintiff. We face here a situation in respect of which, as recognized by this Court in *Peixeiro*, the judge-made discoverability rule does not apply to extend the period the legislature has prescribed. Thus, I agree with the Court of Appeal that by using a specific event as the starting point of the “limitation clock”, the legislature was displacing the discoverability rule in all the situations to which the *Survival of Actions Act* applies. [Emphasis added; para. 27.]

[144] The Plaintiff in the instant case agrees that *Fehr* sets out the test for whether a limitation period

été subis” au lieu des mots “date où la cause d’action a pris naissance” [. . .] est une distinction sans importance » (*ibid.*). Il a donc conclu que la règle de la possibilité de découvrir s’appliquait au délai de prescription en cause dans cette affaire.

[143] Notre Cour a tiré une conclusion différente au vu des faits dans l’arrêt *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53. Le litige portait en partie sur l’interprétation d’un délai de prescription selon lequel « aucune action ne peut être intentée après les six mois qui suivent la délivrance de lettres d’homologation ou d’administration de la succession de la personne décédée et après l’expiration d’un délai d’un an suivant la date du décès » (par. 18, renvoyant à l’art. 5 de la *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32). S’exprimant au nom d’une Cour unanime, le juge Bastarache a de nouveau confirmé le critère établi dans l’arrêt *Fehr* et a réaffirmé que la règle de la possibilité de découvrir n’est pas une règle générale, mais plutôt un « outil d’interprétation des lois qui établissent des délais de prescription » (par. 23). Après avoir appliqué le critère établi dans l’arrêt *Fehr* au délai de prescription en cause dans cette affaire, le juge Bastarache a conclu ce qui suit :

Aux termes de la *Survival of Actions Act*, le délai de prescription court à compter du décès du défendeur ou de la délivrance, par un tribunal, de lettres d’administration ou d’homologation. L’article est clair et explicite : le délai commence à courir au moment où survient l’un de ces deux faits particuliers. La Loi n’établit aucun lien entre ces faits et le moment où la partie lésée en prend connaissance. Je conviens avec les appelants que la connaissance n’est pas un facteur à considérer : le décès ou la délivrance des lettres survient indépendamment de l’état d’esprit du demandeur. En l’espèce, nous nous trouvons devant une situation où, comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Peixeiro*, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage ne s’applique pas pour prolonger le délai fixé par le législateur. Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’en désignant un fait particulier comme élément déclencheur du « compte à rebours de la prescription », le législateur se trouvait à écarter la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans tous les cas où la *Survival of Actions Act* s’applique. [Je souligne; par. 27.]

[144] Le demandeur en l’espèce convient que l’arrêt *Fehr* établit le critère à appliquer pour décider si

is subject to the discoverability rule (R.F. (Pioneer Appeal), at para. 29), and my colleague affirms this approach at paras. 31-35 of his reasons. However, he goes on to opine that “where the event triggering the limitation period is an element of the cause of action, the legislature has shown its intention that the limitation period be linked to the cause of action’s accrual, such that discoverability will apply” (Brown J.’s reasons, at para. 38 (emphasis added)). In other words, he equates language referring to the *accrual* or *arising* of the cause of action in its entirety with language referring to the *occurrence of an element* of the cause of action; in his view, both evidence a legislative intent that the discoverability rule apply.

[145] Although this approach accords with the view expressed by the British Columbia Court of Appeal in this case (paras. 89-90), as well as by the Ontario Court of Appeal in *Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, at paras. 40, 43 and 45, my respectful view is that it expands the scope of the discoverability rule in a manner that is neither consistent with precedent nor justifiable in principle.

[146] First, the suggestion that discoverability applies in all cases where the triggering event is “the occurrence of an element of the underlying cause of action” (Brown J.’s reasons, at para. 44) broadens the test set out by the Manitoba Court of Appeal in *Fehr* — a test which my colleague purports to endorse at paras. 33-35 of his reasons. In that case, Twaddle J.A. was very clear in explaining that the discoverability rule applies “[w]hen time runs from ‘the accrual of the cause of action’ or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained” (para. 22). Only these two situations were identified; there was no indication whatsoever that the discoverability rule ought to apply *automatically* in circumstances where the triggering event is merely the occurrence of a component element of the cause of action (and not the accrual of the cause of action in its entirety).

un délai de prescription est assujéti à la règle de la possibilité de découvrir (m.i. (pouvoi de Pioneer), par. 29), et mon collègue confirme cette approche aux par. 31-35 de ses motifs. Il ajoute cependant que « lorsque l’événement marquant le point de départ du délai de prescription est un élément de la cause d’action, la législature a manifesté son intention que le délai de prescription soit lié à la naissance de la cause d’action, déclenchant du même coup l’application de la règle de la possibilité de découvrir » (motifs du juge Brown, par. 38 (je souligne)). Autrement dit, il assimile les mots désignant la *naissance* de la cause d’action dans son ensemble à ceux qui désignent la *survenance d’un élément* de la cause d’action; selon lui, les deux témoignent de l’intention du législateur que la règle de la possibilité de découvrir s’applique.

[145] Bien que cette approche concorde avec l’avis exprimé par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique en l’espèce (par. 89-90), ainsi qu’avec celui de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, par. 40, 43 et 45, à mon humble avis, cette approche étend la portée de la règle de la possibilité de découvrir d’une manière qui n’est ni conforme à la jurisprudence ni justifiable en principe.

[146] D’abord, l’idée selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir s’applique dans tous les cas où le fait déclencheur est « la survenance d’un élément de la cause d’action » (motifs du juge Brown, par. 44) étend la portée du critère établi par la Cour d’appel du Manitoba dans l’arrêt *Fehr* — un critère auquel mon collègue semble souscrire aux par. 33-35 de ses motifs. Dans cette affaire, le juge Twaddle a expliqué très clairement que la règle de la possibilité de découvrir s’applique [TRADUCTION] « [l]orsque le délai court à partir du “moment où naît la cause d’action” ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu’au moment où la partie lésée prend connaissance du préjudice qu’elle a subi » (par. 22). Seules ces deux situations ont été mentionnées; rien n’indiquait que la règle de la possibilité de découvrir doit s’appliquer *automatiquement* dans les cas où le fait déclencheur n’est que la survenance d’un élément de la cause d’action (et non la naissance de la cause d’action dans son ensemble).

[147] Not only did this Court endorse *Fehr* in both *Peixeiro* and *Ryan*, but both appeals were resolved on a fairly straightforward application of this approach to discoverability. In *Peixeiro*, this Court reasoned that the limitation period — which commenced when “damages were sustained” — fell within the first category outlined in *Fehr* (to which the discoverability rule applies), given that this triggering event did *not* occur without regard to the plaintiff’s knowledge. Likewise, *Ryan* was decided on the basis that the events triggering the commencement of the limitation period at issue — the death of the defendant or the granting of letters of administration or probate — occurred regardless of the plaintiff’s state of mind and therefore fell within the second category in *Fehr*, to which the discoverability rule has no application (para. 27). Put simply, neither case was resolved by determining whether the triggering event was “related to”, “linked to the basis of” or “an element of” the plaintiff’s cause of action.

[148] It is true that this Court in *Ryan* stated that the discoverability rule does not apply where the limitation period “is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action” (para. 24 (emphasis added)). The Court of Appeal in the present case characterized this as an “unequivocal statement . . . that the rule can apply where the limitation period is linked to ‘the basis of the cause of action’” (para. 89). With respect, the Court of Appeal’s narrow focus on this specific statement ignores the broader context in which it was made. In the immediately preceding paragraph in *Ryan* (i.e. para. 23), Bastarache J. reaffirmed — and reproduced in full — the approach to discoverability set out in *Fehr*, and the statement in question appears to be nothing more than a paraphrased summary of this well-accepted approach. Moreover, in the same paragraph (i.e. para. 24), Bastarache J. explained that the discoverability rule *does* apply where the commencement of the limitation period is “related by the legislation to the arising or accrual of the cause

[147] Non seulement notre Cour a souscrit à l’arrêt *Fehr* dans *Peixeiro* et *Ryan*, mais les deux pourvois ont été tranchés en appliquant, de façon relativement simple, la règle de la possibilité de découvrir. Dans l’arrêt *Peixeiro*, la Cour a jugé que le délai de prescription — qui avait commencé à courir au moment où les « dommages ont été subis » — appartenait à la première catégorie énoncée dans l’arrêt *Fehr* (à laquelle s’applique la règle de la possibilité de découvrir), puisque ce fait déclencheur *n’était pas* survenu indépendamment de la connaissance qu’en avait le demandeur. De même, dans l’arrêt *Ryan*, le pourvoi a été tranché à partir du principe que les événements qui ont marqué le point de départ du délai de prescription en question — soit le décès du défendeur ou la délivrance de lettres d’homologation ou d’administration — étaient survenus indépendamment de l’état d’esprit du demandeur et appartenaient donc à la deuxième catégorie énoncée dans l’arrêt *Fehr*, à laquelle la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas (par. 27). Autrement dit, aucun des deux pourvois n’a été tranché en décidant si le fait déclencheur avait « un rapport avec » la cause d’action du demandeur, était « lié au fondement » de cette cause d’action ou « en constitu[ait] un élément ».

[148] Il est vrai que dans l’arrêt *Ryan*, notre Cour a déclaré que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas dans les cas où « la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n’a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d’action » (par. 24 (je souligne)). En l’espèce, la Cour d’appel a estimé que ces propos équivalaient à une [TRADUCTION] « déclaration sans équivoque [. . .] que la règle peut s’appliquer lorsqu’un délai de prescription est lié au “fondement de la cause d’action” » (par. 89). Avec égards, par son interprétation étroite de cette phrase précise, la Cour d’appel ne tient pas compte du contexte plus large dans lequel elle a été formulée. Au paragraphe précédent dans l’arrêt *Ryan* (soit le par. 23), le juge Bastarache a réitéré — et reproduit en entier — la conception de la règle de la possibilité de découvrir établie dans l’arrêt *Fehr*, et l’énoncé en question semble n’être rien de plus qu’un résumé paraphrasé de cette approche bien acceptée. En outre, dans le même paragraphe (soit le par. 24), le juge Bastarache

of action”. From my reading of *Ryan*, I see no intent on the part of this Court to broaden the traditional approach to discoverability, and for this reason, my view is that the words “basis of the cause of action” in para. 24 of *Ryan* should be understood as essentially synonymous with the “arising or accrual of the cause of action”.

[149] In any event, principle also commands that the discoverability rule apply *only* where the limitation period runs from the “accrual of the cause of action” (or wording to that effect) or from the occurrence of some event that is related to the state of the plaintiff’s knowledge. This is because discoverability is nothing more than a tool of statutory interpretation. Where a legislature provides that a limitation period is triggered by an event whose occurrence depends on the plaintiff’s knowledge, courts give effect to this legislative direction by calculating the running of the limitation period from the point at which the plaintiff acquired or was capable of acquiring such knowledge. Conversely, where the legislature provides that a limitation period is triggered by an event that occurs without regard to the plaintiff’s state of mind, the courts do not — and indeed, cannot — apply the discoverability rule to postpone the commencement of the limitation period until such time as the plaintiff discovered, or ought to have discovered, that the event had taken place. Courts are bound to interpret and apply statutory law; they cannot rewrite it (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at paras. 54-55 and 58).

[150] Limitation periods that begin running upon the accrual of the plaintiff’s cause of action evidently fall within the first category outlined in the preceding paragraph. Mew et al. note that a cause

a expliqué que la règle de la possibilité de découvrir s’applique lorsque « la loi lie le point de départ du délai de prescription à la naissance de la cause d’action ». À la lecture de l’arrêt *Ryan*, je ne puis discerner, de la part de la Cour, une quelconque intention d’étendre la conception traditionnelle de la règle de la possibilité de découvrir et, pour cette raison, je suis d’avis que l’expression « fondement de la cause d’action » figurant au par. 24 de l’arrêt *Ryan* devrait être considérée comme étant essentiellement synonyme de l’expression « naissance de la cause d’action ».

[149] Quoi qu’il en soit, le principe commande également que la règle de la possibilité de découvrir s’applique *uniquement* dans les affaires où le délai de prescription commence à courir au moment où « la cause d’action prend naissance » (ou toute autre formulation allant dans le même sens) ou au moment où survient un événement qui a un rapport avec la connaissance du demandeur. Il en est ainsi parce que la règle de la possibilité de découvrir n’est rien d’autre qu’un outil d’interprétation statutaire. Lorsque le législateur précise que le point de départ d’un délai de prescription est marqué par un événement dont la survenance dépend de la connaissance qu’en a le demandeur, les tribunaux donnent effet à cette intention législative en calculant la durée du délai de prescription à partir du moment où le demandeur a pris connaissance, ou pouvait prendre connaissance, de l’événement. À l’inverse, lorsque le législateur prévoit que le point de départ d’un délai de prescription est marqué par un événement qui survient indépendamment de l’état d’esprit du demandeur, les tribunaux n’appliquent pas — et, en fait, ne peuvent appliquer — la règle de la possibilité de découvrir pour reporter le point de départ du délai de prescription jusqu’à ce que le demandeur découvre, ou aurait dû découvrir, la survenance de l’événement. Les tribunaux sont tenus d’interpréter et d’appliquer la loi; ils ne peuvent pas la réécrire (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 54-55 et 58).

[150] Les délais de prescription qui commencent à courir lorsque prend naissance la cause d’action du demandeur appartiennent évidemment à la première catégorie énoncée au paragraphe précédent. Selon

of action arises only “when all of the elements of a wrong existed, such that an action could be brought” (p. 69), and conversely, that “no cause of action can be said to have accrued unless there is a plaintiff available who is capable of commencing an action and a defendant in existence who is capable of being sued” (p. 70 (footnotes omitted)). Because a cause of action cannot accrue before the plaintiff discovers that they have the right to commence proceedings against the defendant, a legislature which provides for a limitation period that begins running at that point in time necessarily intends the discoverability rule to apply. This explains the reasoning behind the “general rule” set out by this Court in *Central Trust* (see para. 140 above) and affirmed in *M. (K.)*. It is essential to recognize that the limitation period in each case was triggered by the accrual or arising of the plaintiff’s cause of action.

[151] Conversely, “the occurrence of an element of the underlying cause of action” (Brown J.’s reasons, at para. 44) will not always fit within either category outlined above at para. 149. It may be that the occurrence of such an event does in fact depend on the state of the plaintiff’s knowledge, but unlike the accrual of a cause of action, this does not invariably follow as a matter of logical necessity. In *Peixeiro*, for example, this Court held that the point at which damages are sustained — a constituent element of (among other things) the tort of negligence — depends on when the plaintiff actually has knowledge of his or her injury. Knowledge will not form part of every element of the cause of action in negligence, however. A breach of a standard of care, for example, may occur years or even decades before the plaintiff first learns about it. Although such a breach is a prerequisite to a successful claim in negligence, it is also something that takes place without any regard to the plaintiff’s state of mind.

[152] It is for this reason that I disagree in principle with the proposition that the discoverability rule must

Mew et autres, une cause d’action prend naissance uniquement [TRADUCTION] « lorsque sont survenus tous les éléments constitutifs d’une faute, de sorte qu’une action pourrait être intentée » (p. 69) et, inversement, « aucune cause d’action n’est réputée avoir pris naissance à moins qu’il existe un demandeur disponible et capable d’intenter une action et un défendeur qui puisse être poursuivi » (p. 70 (notes en bas de page omises)). Puisque la cause d’action d’un demandeur ne peut prendre naissance tant que celui-ci n’a pas découvert qu’il est en droit d’intenter une action contre le défendeur, le législateur qui prévoit qu’un délai de prescription commence à courir à ce moment précis entend nécessairement que la règle de la possibilité de découvrir s’applique. Cela explique le raisonnement qui sous-tend la « règle générale » établie par la Cour dans l’arrêt *Central Trust* (voir le par. 140 précité) et confirmée dans *M. (K.)*. Il est essentiel de reconnaître que la naissance de la cause d’action du demandeur a marqué le point du délai de prescription dans tous les cas.

[151] Par contre, « la survenance d’un élément de la cause d’action » (motifs du juge Brown, par. 44) ne cadrera pas toujours avec l’une ou l’autre des catégories énoncées ci-dessus au par. 149. Il se peut que la survenance d’un tel élément dépende de la connaissance du demandeur, mais contrairement à la naissance de la cause d’action, cela ne constituera pas invariablement une nécessité logique. Dans l’arrêt *Peixeiro*, par exemple, la Cour a déclaré que le moment où les dommages sont subis — un élément constitutif du délit de négligence (entre autres) — dépend du moment où le demandeur a connaissance de son préjudice. Toutefois, la connaissance ne fera pas partie intégrante de chaque élément de la cause d’action dans un cas de négligence. Un manquement à la norme de diligence, par exemple, peut avoir eu lieu des années, voire des décennies, avant que le demandeur n’en ait pris connaissance. Bien que ce manquement constitue une condition préalable à remplir pour qu’une action pour négligence soit accueillie, il s’agit également d’un événement qui survient indépendamment de l’état d’esprit du demandeur.

[152] C’est pour cette raison que je suis en désaccord, en principe, avec la proposition selon laquelle

always apply where the triggering event “is related to”, “is linked to the basis of” or “constitutes an element of” the plaintiff’s cause of action. My position is instead consistent with that stated by Marshall J.A. of the Newfoundland Court of Appeal in *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182:

Where the limitation period is set by the terms of the statute to run from the time when an action arises or accrues, as in *Kamloops [v. Nielsen, [1984] 2 S.C.R. 2,]* and *Central Trust*, there is room to imply that the legislation does not intend the period to commence until the injured party has, or ought to have, an awareness of the claim’s existence. The criteria under such legislation provisions, therefore, imports a mental element. However, when the limitation statute explicitly ties the prescription period to a specific occurrence, such as the termination of professional services, knowledge of the claimant cannot be construed as a factor. In such instances it is the happening of the factual event which is explicitly relevant and any interpretation implying the period to be related to the claimant’s consciousness of the circumstances is precluded. No scope exists to imply the discoverability rule into the legislative intent. [Emphasis added; para. 38.]

[153] With this in mind, I am respectfully of the view that my colleague’s approach is undermined by the well-settled principle that the discoverability rule is fundamentally a rule of statutory interpretation. The fact that a limitation period begins running upon the *occurrence of an element* (and not upon the *accrual* or *arising*) of the plaintiff’s cause of action is not, on its own, indicative of any legislative intent regarding the applicability of the discoverability rule. As I have already indicated, my colleague’s conclusion is the same as the one reached by the Court of Appeal in this case and by the Ontario Court of Appeal in *Fanshawe*: in such circumstances, according to him, discoverability applies automatically. This, however, creates an arbitrary distinction between triggering events that are related to the cause of action and those that are not, despite the fact that both may occur independently of the plaintiff’s state of mind. How can it fairly be said that the legislature

la règle de la possibilité de découvrir doit *toujours* s’appliquer lorsque le fait déclencheur « a un rapport avec », « est lié au fondement de » ou « constitue un élément de » la cause d’action du demandeur. Ma position concorde plutôt avec celle exprimée par le juge Marshall, de la Cour d’appel de Terre-Neuve, dans l’arrêt *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 :

[TRADUCTION] Lorsque le libellé de la loi prévoit que le délai de prescription doit commencer à courir au moment où la cause d’action prend naissance, comme dans les arrêts *Kamloops [(Ville de) c. Nielsen, [1984] 2 R.C.S. 2,]* et *Central Trust*, il y a lieu de présumer que le législateur ne souhaitait pas que le délai de prescription ne commence à courir qu’une fois que la partie lésée a découvert, ou aurait dû découvrir, l’existence de la faute. Par conséquent, le critère prévu par ces dispositions législatives suppose un élément mental. Cependant, lorsque la loi en matière de prescription lie expressément le délai de prescription à un événement précis, comme la résiliation de services professionnels, la connaissance du demandeur ne peut être considérée comme un facteur. Dans de tels cas, c’est la survenance de l’événement qui importe expressément, et toute interprétation donnant à penser que le délai de prescription est lié à la connaissance qu’a le demandeur des circonstances est exclue. La règle de la possibilité de découvrir le dommage ne doit en aucun cas être interprétée comme une intention du législateur. [Je souligne; par. 38.]

[153] Compte tenu de ce qui précède, je suis respectueusement d’avis que l’approche de mon collègue est sapée par le principe bien établi selon lequel la règle de la possibilité de découvrir constitue fondamentalement une règle d’interprétation statutaire. Le fait qu’un délai de prescription commence à courir au moment où *survient un élément* de la cause d’action du demandeur (et non au moment où celle-ci *prend naissance*) n’indique pas, à lui seul, que le législateur avait une quelconque intention quant à l’applicabilité de la règle de la possibilité de découvrir. Comme je l’ai déjà mentionné, la conclusion de mon collègue est la même que celle tirée par la Cour d’appel en l’espèce, et la même que celle tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Fanshawe* : en pareilles circonstances, selon lui, la règle de la possibilité de découvrir s’applique automatiquement. Cela crée toutefois une distinction arbitraire entre les faits déclencheurs ayant un rapport avec la cause

intended the discoverability rule to apply to one and not the other? Although knowledge is necessary for a cause of action to fully accrue to the plaintiff, it does not follow that an element of the cause of action also occurs only when the plaintiff has knowledge thereof.

[154] A preferable approach is instead one that considers each statutory limitation clause on its own terms, recognizing that a triggering event that relates to a cause of action can, *but need not*, be dependent upon the plaintiff’s state of mind. This approach is faithful to this Court’s jurisprudence, and respectful of the notion of discoverability as an interpretative tool and not a general rule that allows clear statutory wording to be disregarded. For my part, I would reaffirm the approach laid out in *Fehr* without any modification.

(2) Application of the Discoverability Rule to the Limitation Period in Section 36(4)(a)(i)

[155] Given the foregoing, it is no surprise that I disagree with my colleague that the discoverability rule applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* on the basis that “the event triggering this particular limitation period is an element of the underlying cause of action” (Brown J.’s reasons, at para. 44). Rather, the conclusion that results from applying the law as I explained it in the preceding section is that this limitation period commences on the day on which the conduct contrary to Part VI actually takes place, and not the day on which a potential claimant discovers, or is reasonably capable of discovering, that it took place.

[156] Section 36 of the *Competition Act* was “carefully constructed” to create a limited cause of action in respect of serious criminal offences under Part VI

d’action et ceux qui n’en ont pas, même si les deux peuvent se produire indépendamment de l’état d’esprit du demandeur. Comment peut-on dire en toute équité que la législature *souhaitait* que la règle de la possibilité de découvrir s’applique à l’un et non à l’autre? Bien que la connaissance soit nécessaire pour qu’une cause d’action soit pleinement dévolue au demandeur, il ne s’ensuit pas qu’un élément de la cause d’action survient uniquement lorsque le demandeur en a connaissance.

[154] Il vaut mieux plutôt examiner chaque disposition statutaire de prescription selon ses propres termes, en tenant compte du fait qu’un fait déclencheur ayant un rapport avec une cause d’action peut, *mais ne doit pas nécessairement*, dépendre de la connaissance du demandeur. Cette approche est fidèle à la jurisprudence de la Cour et respecte l’idée selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir constitue un outil d’interprétation et non une règle générale qui permet de passer outre au texte clair de la loi. Pour ma part, je suis d’avis de réitérer l’approche adoptée dans l’arrêt *Fehr* sans aucune modification.

(2) Application de la règle de la possibilité de découvrir au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i)

[155] Compte tenu de ce qui précède, il n’est guère étonnant que je sois en désaccord avec mon collègue que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence* au motif que « le fait déclencheur de ce délai de prescription est un élément de la cause d’action sous-jacente » (motifs du juge Brown, par. 44). En fait, comme je l’ai expliqué dans la section précédente, l’application du droit mène à la conclusion que le délai de prescription commence à courir à la date à laquelle le comportement allant à l’encontre de la partie VI se produit, et non à la date où le demandeur éventuel découvre ou est raisonnablement capable de découvrir que le comportement en question s’est produit.

[156] L’article 36 de la *Loi sur la concurrence* a été « soigneusement défini », de manière à créer une cause d’action limitée à l’égard de certaines

of the *Competition Act* (*General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 689). For example, Parliament limited recovery to an amount “equal to the loss or damage proved to have been suffered” by the plaintiff as a result of the prohibited conduct, thereby foreclosing the availability of other types of damages, such as aggravated or punitive damages. Section 36(2) provides plaintiffs with a shortcut to proving conspiracy where the defendant was convicted of the underlying offence. And of significance for our purposes is the fact that this cause of action is circumscribed by a complex twofold limitation period at s. 36(4) that reflects the balance struck by Parliament among the certainty, evidentiary and diligence rationales that underlie this area of the law.

[157] The wording of the limitation period set out in s. 36(4)(a)(i) provides ample support for the proposition that the two-year period commences independently of when the plaintiff first learns of the wrongdoing. Rather than having the limitation period commence upon the accrual of the cause of action (as was the case in *Central Trust and M. (K.)*), Parliament decided that it would instead commence on “a day on which the conduct was engaged in” — which, contrary to the position taken by my colleague, is *not* “wording to [the same] effect” as “accrual of the cause of action” (paras. 37 and 41). There is simply no link between this triggering event and the plaintiff’s state of mind; it is, in short, an “event which clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge”. The Certification Judge’s reading of this provision led him to the same conclusion (para. 54 (CanLII)). It was the existence of conflicting jurisprudence on this point that caused him “not [to be] satisfied that it is plain and obvious that the discoverability principle can never apply to the limitation period in s. 36(4)” (para. 58).

[158] I acknowledge that the “discoverability rule has been applied by this Court even to statutes of

infractions criminelles graves visées par la partie VI de la *Loi sur la concurrence* (*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 689). Par exemple, le Parlement a restreint le recouvrement des dommages-intérêts à une somme « égale au montant de la perte ou des dommages [que le demandeur est reconnu] avoir subis » par suite du comportement reproché, écartant ainsi la possibilité d’obtenir d’autres types de dommages-intérêts, comme des dommages-intérêts majorés ou punitifs. Le paragraphe 36(2) prévoit un raccourci qui permet au demandeur de prouver l’existence d’un complot lorsque le défendeur est déclaré coupable de l’infraction sous-jacente. Je tiens également à souligner que la présente cause d’action est circonscrite par un délai de prescription complexe à deux volets au par. 36(4) qui illustre l’équilibre établi par le Parlement entre les justifications propres à ce domaine de droit, soit la certitude, la preuve et la diligence.

[157] Le libellé du sous-al. 36(4)a(i) justifie amplement d’affirmer que le délai de prescription de deux ans commence à courir sans égard au moment où le demandeur apprend l’existence de l’acte fautif. Au lieu de prévoir que le délai de prescription commence à courir à la date où la cause d’action prend naissance (comme dans les affaires *Central Trust et M. (K.)*), le Parlement a décidé qu’il commençait plutôt à courir à la « date du comportement en question » — ce qui, contrairement à la position de mon collègue, *ne sont pas* des « mots [utilisés dans le] sens » de « naissance de la cause d’action » (par. 37 et 41). Il n’existe tout simplement aucun lien entre ce fait déclencheur et l’état d’esprit du demandeur. Il s’agit, en bref, d’un « événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la [partie lésée] ». L’interprétation que le juge saisi de la demande d’autorisation donne à cette disposition l’a amené à tirer la même conclusion (par. 54 (CanLII)). La jurisprudence contradictoire sur ce point a fait en sorte que le juge [TRADUCTION] « n’était pas convaincu qu’il est évident et manifeste que le principe de la possibilité de découvrir ne peut jamais s’appliquer au délai de prescription prévu au par. 36(4) » (par. 58).

[158] Je conviens que la « règle de la possibilité de découvrir le dommage a été appliquée par la Cour

limitation in which plain construction of the language used would appear to exclude the operation of the rule” (*Peixeiro*, at para. 38). However, a consideration of the context surrounding s. 36(4)(a)(i) lends further support to the conclusion that the discoverability rule does not apply.

[159] First, the cause of action in s. 36(1)(a) is based on two essential elements: (i) the defendant engaging in conduct contrary to any provision of Part VI, and (ii) the plaintiff suffering loss or damage as a result of such conduct. It is only upon the occurrence of both events that the plaintiff can commence proceedings on the basis of this statutory cause of action. Cognizant of this, and of the fact that conspiracies of this nature take place in secret, Parliament decided that the limitation period would not begin when the plaintiff actually sustained loss or damage, but rather when the defendant engaged in the prohibited conduct. It is important to keep in mind that the point at which the conduct is engaged in necessarily precedes the point at which a claimant will suffer loss or damage as a result of such conduct. I would also note that the offence under s. 45 is complete as soon as an unlawful agreement is made, meaning that the “conduct” is “engaged in” even if the agreement is not actually implemented or prices do not actually increase. It follows as a direct consequence of this legislative choice that the limitation period can in fact expire before the plaintiff is in a position to commence proceedings under s. 36(1)(a).

[160] Second, s. 36(4)(a)(ii) provides a mechanism for the plaintiff to advance a claim that may be barred by s. 36(4)(a)(i): even if two years have expired from the day on which the prohibited conduct was engaged in, the limitation period will restart on the day on which criminal proceedings relating to the impugned conduct are finally disposed of. While s. 36(4)(a)(ii) applies only where the alleged conduct contrary to Part VI is the subject of criminal prosecution, it nevertheless provides an indication that Parliament was aware of the strictness of

même à l’égard de textes de loi établissant des délais de prescription dont le libellé, interprété littéralement, semblait exclure l’application de la règle » (*Peixeiro*, par. 38). Toutefois, l’examen du contexte entourant le sous-al. 36(4)a(i) étaye davantage la conclusion que cette règle ne s’applique pas.

[159] Premièrement, la cause d’action prévue à l’al. 36(1)a) est fondée sur deux éléments essentiels : (i) le défendeur dont le comportement va à l’encontre d’une disposition de la partie VI, et (ii) le demandeur qui subit une perte ou des dommages par suite d’un tel comportement. Ce n’est que lorsque ces deux événements se produisent que le demandeur peut engager des poursuites sur le fondement de cette cause d’action prévue par la loi. Ainsi, et compte tenu de la nature secrète des complots de ce genre, le Parlement a décidé que le délai de prescription ne commencerait pas à courir à la date à laquelle le demandeur subit réellement une perte ou des dommages, mais plutôt à la date à laquelle le défendeur adopte le comportement reproché. Il est important de se rappeler que le moment où se produit le comportement en question précède forcément le moment où le demandeur subit une perte ou des dommages par suite d’un tel comportement. Je tiens également à faire remarquer que l’infraction prévue à l’art. 45 est commise dès la conclusion de l’accord illégal, ce qui signifie que le « comportement » a eu lieu même si l’accord n’est pas mis en œuvre ou il n’y a pas véritablement de majoration des prix. Le choix du législateur entraîne comme conséquence directe la possibilité que le délai de prescription expire avant que le demandeur soit en mesure d’intenter une action sur le fondement de l’al. 36(1)a).

[160] Deuxièmement, le sous-al. 36(4)a)(ii) prévoit un mécanisme permettant au demandeur d’intenter une action prescrite par le sous-al. 36(4)a)(i) : même s’il s’est écoulé deux ans depuis la date où le comportement prohibé a eu lieu, le délai de prescription recommence à courir à la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite criminelle visant le comportement reproché. Bien que le sous-al. 36(4)a)(ii) s’applique seulement dans les cas où le comportement reproché contraire à la partie VI fait l’objet d’une poursuite criminelle, ce sous-alinéa révèle

s. 36(4)(a)(i) and chose to enact this provision as the *only* means of relieving against it.

[161] Third, and unlike claims subject to the general limitation period in British Columbia's *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, s. 21, Parliament has not subjected claims under s. 36(1)(a) to any ultimate limitation period. Interpreting s. 36(4)(a)(i) as commencing only when the underlying conduct becomes discoverable will therefore have the effect of leaving defendants at risk of lawsuit indefinitely. As Paul-Erik Veel helpfully observes, the result would be that "[c]ompanies could face claims decades later, well after the employees involved in the alleged conspiracy may have left and documents lost, without any ability to defend themselves" (*Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, August 12, 2016 (online)). This runs contrary to the certainty and evidentiary rationales that underlie the law of limitations.

[162] Fourth, the two-year limitation period was enacted by Parliament at a time when limitation periods were comparatively much longer. For example, the provincial limitations statutes that were in force at the time in Ontario and British Columbia set out a general limitation period of six years (*The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45(1); *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, s. 3). The relatively short limitation period at issue here, which commences even before the cause of action fully crystalizes, provides a further indication of the premium that Parliament placed on granting repose to defendants and encouraging diligence by potential plaintiffs.

[163] The statutory provision at issue here is therefore akin to s. 138.14 of Ontario's *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, which this Court recently

néanmoins que le Parlement était conscient de la rigueur du sous-al. 36(4)a)(i) et a choisi de l'édicter parce qu'il s'agissait du *seul* moyen d'établir une exception à la règle.

[161] Troisièmement, contrairement aux demandes assujetties au délai de prescription général prévu par la *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, art. 21, de la Colombie-Britannique, le Parlement n'a aucunement assorti le recours fondé sur l'al. 36(1)a) d'un délai de prescription ultime. Si l'on tient pour acquis que le délai prévu au sous-al. 36(4)a)(i) ne commence à courir que lorsque le comportement visé peut être découvert, il va sans dire que les défendeurs risquent de se faire poursuivre indéfiniment. Comme Paul-Erik Veel le fait observer à juste titre, il s'ensuivrait que [TRADUCTION] « [I]es entreprises risqueraient de se faire poursuivre des décennies plus tard, longtemps après que les employés ayant participé au complot allégué aient quitté leur poste et que les documents aient été égarés, et sans que les employés ne puissent se défendre » (*Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, 12 août 2016 (en ligne)). Cela va à l'encontre des justifications en matière de certitude et de preuve qui constituent le fondement du droit en matière de prescription.

[162] Quatrièmement, le Parlement a fixé le délai de prescription à deux ans à une époque où les délais étaient comparativement beaucoup plus longs. Par exemple, les lois provinciales sur la prescription en vigueur à l'époque en Ontario et en Colombie-Britannique prévoyaient un délai de prescription général de six ans (*The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, par. 45(1); *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, art. 3). Le délai relativement court en cause dans la présente affaire, qui commence à courir avant même que la cause d'action ne prenne entièrement forme, révèle là encore la grande importance que le Parlement a attachée aux objectifs d'assurer la tranquillité d'esprit des défendeurs et d'encourager les demandeurs potentiels à faire preuve de diligence.

[163] La disposition statutaire en cause dans l'affaire qui nous occupe s'apparente donc à l'art. 138.14 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990,

considered in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; because there is no suspension mechanism built into that statutory limitation clause, “the limitation period begins to run regardless of knowledge on the plaintiff’s part, be it on when a document containing a misrepresentation is released, when an oral statement containing a misrepresentation is made, or when there is a failure to make timely disclosure” (para. 79). Under both provisions, the limitation period is triggered by an event that is unrelated to the state of the plaintiff’s knowledge. This is consistent with a number of judicial decisions that considered this issue as it pertains to s. 36 of the *Competition Act* (see: *CCS Corp. v. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1, at para. 4; *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2008 FC 825, 67 C.P.R. (4th) 241, at para. 488; *Garford Pty Ltd. v. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 FC 996, 88 C.P.R. (4th) 7, at paras. 28-33; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991, 80 C.P.R. (4th) 1, at para. 729; *Fairview Donut Inc. v. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252, at paras. 643-46 (CanLII)).

[164] On a different note, I am not persuaded that a short limitation period, to which the discoverability rule does not apply, will defeat the purpose for which Parliament enacted s. 36 and the rest of the *Competition Act*. Civil liability under s. 36 is not the exclusive means by which persons are held to account for anti-competitive conduct: the statute also provides for a variety of penal and administrative consequences for activities that reduce competition in the marketplace. Moreover, as I will explain later in these reasons, alleged wrongdoers may also be liable at common law or in equity for conduct that constitutes an offence under Part VI. A short limitation period for the cause of action under s. 36(1) therefore does not defeat Parliament’s objective of “maintain[ing] and encourag[ing] competition in Canada . . . in order to provide consumers with competitive prices and product choices” (*Competition Act*, s. 1.1).

c. S.5, de l’Ontario, sur lequel s’est penché récemment notre Cour dans *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801. Faute de mécanisme interne de suspension prévu par la loi, « le délai de prescription commenc[e] à courir sans égard à la connaissance du demandeur, que ce soit lors de la publication d’un document contenant une déclaration inexacte de faits, lors d’une déclaration orale contenant une déclaration inexacte de faits, ou en cas de défaut de divulgation en temps utile » (par. 79). Selon les deux dispositions, le point de départ du délai de prescription est déclenché par un événement étranger à la connaissance du demandeur. Ce principe est conforme à plusieurs décisions judiciaires portant sur cette question, qui concerne l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* (voir : *CCS Corp. c. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1, par. 4; *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2008 CF 825, 67 C.P.R. (4th) 241, par. 488; *Garford Pty Ltd. c. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 CF 996, 88 C.P.R. (4th) 7, par. 28-33; *Eli Lilly and Co. c. Apotex inc.*, 2009 CF 991, 80 C.P.R. (4th) 1, par. 729; *Fairview Donut Inc. c. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252, par. 643-646 (CanLII)).

[164] Dans un autre ordre d’idée, je ne suis pas convaincue qu’un court délai de prescription, auquel la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas, viendra contrecarrer l’objectif que visait le Parlement par l’adoption de l’art. 36 et du reste de la *Loi sur la concurrence*. La responsabilité civile prévue à l’art. 36 n’est pas le seul moyen de tenir une personne responsable d’un comportement anti-concurrentiel : la loi prévoit également un éventail de conséquences pénales et administratives pour des activités qui diminuent la concurrence sur le marché. En outre, comme je l’expliquerai plus loin, l’auteur allégué d’une faute risque d’être tenu responsable en common law ou en equity d’un comportement qui constitue une infraction visée à la partie VI. Par conséquent, le court délai de prescription applicable à la cause d’action prévue au par. 36(1) ne vient pas contrecarrer l’objectif du Parlement de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada [. . .] dans le but d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits » (*Loi sur la concurrence*, art. 1.1).

[165] As a result, I disagree with my colleague that the limitation period in s. 36(4)(a)(i) begins to run on the date that the conduct contrary to Part VI is either discovered or discoverable by the plaintiff. Properly interpreted, the triggering event in this statutory provision “clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge”, and the provision does not contain “wording to [the same] effect” as “accrual” of the s. 36 cause of action. A proper application of the *Fehr* test therefore leads to the conclusion that the discoverability rule does not apply. Applying discoverability would make the limitation period chosen by Parliament virtually meaningless and create uncertainty around the likelihood and timing of significant litigation.

B. *Must There Be a Special Relationship Between the Parties to an Action in Order for the Doctrine of Fraudulent Concealment to Toll the Limitation Period?*

[166] The fraudulent concealment doctrine is a doctrine that operates to prevent a limitation clause from being used as an instrument of injustice in circumstances where a defendant conceals the facts giving rise to a potential cause of action from a plaintiff. Because it would be unconscionable for that defendant to then rely on the limitation clause as a defence to the claim, equity “suspend[s] the running of the limitation clock until such time as the injured party can reasonably discover the cause of action” (*Giroux Estate v. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341 (C.A.), at para. 28). The Canadian approach to this doctrine has its origin in the England and Wales Court of Appeal’s decision in *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), in which Lord Evershed, M.R., wrote as follows:

It is now clear . . . that the word “fraud” in s. 26(b) of the Limitation Act, 1939, is by no means limited to common law fraud or deceit. Equally, it is clear . . . that no degree of moral turpitude is necessary to establish fraud within the section. What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to

[165] Par conséquent, je suis en désaccord avec la conclusion de mon collègue selon laquelle le délai de prescription établi au sous-al. 36(4)a)(i) commence à courir à la date à laquelle le demandeur a découvert ou aurait pu découvrir le comportement allant à l’encontre de la partie VI. Si l’on interprète cette disposition correctement, le fait déclencheur dont il est question « survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la [partie lésée] » et la disposition en cause ne contient pas des « mots [dans le] sens » de « naissance » de la cause d’action fondée sur l’art. 36. L’application correcte du critère de l’arrêt *Fehr* mène à la conclusion que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas. Si cette règle s’appliquait, le délai de prescription choisi par le Parlement perdrait pratiquement tout son sens et laisserait planer l’incertitude quant à la probabilité d’engager de nombreuses poursuites et au moment de les engager.

B. *Pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse reporte le point de départ du délai de prescription, doit-il y avoir une relation spéciale entre les parties à une action?*

[166] La doctrine de la dissimulation frauduleuse vise à empêcher que le délai de prescription serve à créer une injustice lorsque le défendeur cache au demandeur les faits à l’origine d’une cause d’action potentielle. Puisqu’il serait abusif pour le défendeur d’invoquer la prescription comme défense, l’équité [TRADUCTION] « permet de suspendre l’écoulement du délai de prescription jusqu’à ce que la partie lésée puisse raisonnablement découvrir l’existence de la cause d’action » (*Giroux Estate c. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341 (C.A.), par. 28). La conception canadienne de cette doctrine tire son origine de la décision de la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles, *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), où le maître des rôles lord Evershed s’est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Il est maintenant clair [. . .] que le mot « fraude » employé à l’al. 26b) de la Limitation Act, 1939, ne désigne pas uniquement une tromperie ou une fraude en common law. Il est également clair [. . .] qu’aucun degré de turpitude morale n’est nécessaire pour prouver qu’il y a fraude au sens de la disposition. Ce que vise la fraude en equity est une chose que le LORD HARDWICKE

do so now, but it is, I think, clear that the phrase covers conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other. [Emphasis added; p. 249.]

[167] The Pioneer Defendants, relying on *Kitchen* and the jurisprudence that followed, argue that the existence of a “special relationship” between the plaintiff and the defendant is a necessary precondition to the application of the doctrine of fraudulent concealment. Because such a relationship was not pleaded by the Plaintiff, they say that this doctrine cannot operate to toll the limitation period and that the claim against them must fail accordingly.

[168] I would note that this Court has only ever considered the operation of fraudulent concealment in the context of a special relationship between the plaintiff and the defendant. This Court applied that doctrine in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, after Dickson J. (as he then was) found that the conduct of the Indian Affairs Branch of the federal government was “unconscionable, having regard to the fiduciary relationship between the Branch and the [Musqueam Indian] Band” (p. 390). Likewise, this Court recognized the existence of a special relationship between a parent and a child in *M. (K.)*, a case concerning incest. There, La Forest J. explained that such cases necessarily involve “a grievous abuse of a position of confidence”, since “incest is really a double wrong — the act of incest itself is followed by an abuse of the child’s innocence to prevent recognition or revelation of the abuse” (p. 58). Canadian courts have also found special relationships to exist between lawyers and clients, physicians and patients, employers and terminated employees, and trustees and beneficiaries (Mew et al., at p. 234).

[169] That said, I am not prepared to go so far as to say that a special relationship — which I understand to be one that is based on trust and confidence — is

n’a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant; toutefois, il m’apparaît clair que cette expression vise une conduite qui, compte tenu de l’existence d’une relation spéciale entre les parties concernées, est un abus de la part de l’une envers l’autre. [Je souligne; p. 249.]

[167] S’appuyant sur l’arrêt *Kitchen* et la jurisprudence subséquente, les défenderesses Pioneer font valoir que l’existence d’une « relation spéciale » entre le demandeur et le défendeur est une condition préalable nécessaire à l’application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Vu que le demandeur en l’espèce n’a pas allégué l’existence d’une telle relation, elles affirment que cette doctrine ne permet pas de repousser le point de départ du délai de prescription et que la demande déposées contre elles est donc vouée à l’échec.

[168] Je ferais observer que notre Cour n’a toujours examiné l’application de la dissimulation frauduleuse que dans le contexte d’une relation spéciale entre le demandeur et le défendeur. Notre Cour a appliqué cette doctrine dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la suite de la conclusion du juge Dickson (plus tard juge en chef) qui qualifiait la conduite de la direction des Affaires indiennes du gouvernement fédéral, de « peu scrupuleuse, compte tenu du rapport fiduciaire qui exist[ait] entre la Direction et la bande [indienne Musqueam] » (p. 390). De même, notre Cour a reconnu l’existence d’une relation spéciale entre un parent et son enfant dans *M. (K.)*, une affaire d’inceste. Le juge La Forest y a expliqué que, forcément, dans de tels cas, « on abuse gravement d’une situation de confiance », puisque « l’inceste est réellement un double méfait — l’acte d’inceste est lui-même suivi d’un abus de l’innocence de l’enfant visant à l’empêcher de se rendre compte de l’agression ou d’en révéler l’existence » (p. 58). Les tribunaux canadiens ont également conclu à l’existence d’une relation spéciale entre les avocats et leurs clients, les médecins et leurs patients, les employeurs et les employés congédiés, ainsi que les fiduciaires et les bénéficiaires de la fiducie (Mew et autres, p. 234).

[169] Cela dit, je ne suis pas disposée à aller jusqu’à affirmer que l’existence d’une relation spéciale — fondée, selon moi, sur la confiance — constitue toujours

always a prerequisite or a necessary element for the operation of the fraudulent concealment doctrine. In *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, Binnie J. explained that fraud in equity is broader than it is at common law, as it captures “transactions falling short of deceit but where the Court is of the opinion that it is unconscientious for a person to avail himself of the advantage obtained” (para. 39 (emphasis added), citing *First City Capital Ltd. v. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29 (B.C.S.C.), at p. 37). He further noted that this ground for equitable relief “is so infinite in its varieties that the Courts have not attempted to define it”, adding that “all kinds of unfair dealing and unconscionable conduct in matters of contract come within its ken” (*ibid.* (emphasis added), citing *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (Ont. H.C.), at p. 19). What constitutes “unconscionable conduct” for the purposes of the doctrine of equitable fraud will vary from case to case and will depend in part on the connection between the parties. This is helpfully explained by Ian Spry in his leading textbook, *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages* (9th ed. 2014):

Fraud in this sense includes, not only fraud in the sense of active dishonesty that gave rise to an action of deceit at law, but also the taking of active steps with the intention of concealing the existence of the material cause of action. The better view is that it includes also, in cases where the defendant is under a special duty to the plaintiff, a failure to disclose the events which have taken place and which give rise to the cause of action in question. So it was said by Lord Evershed that in this context fraud includes “conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other”. [p. 440]

[170] In effect, in the commercial context, limiting the application of the fraudulent concealment doctrine to only those situations where there is a special relationship between the parties presupposes that, in that context, there can be no injustice resulting

une condition préalable ou un élément nécessaire à l’application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, le juge Binnie a expliqué que le terme « fraude » comporte un sens plus large en equity qu’en common law, car il s’entend également [TRADUCTION] « d’opérations qui ne sont pas dolosives, mais à l’égard desquelles le tribunal estime qu’il serait abusif de laisser une personne profiter de l’avantage obtenu » (par. 39 (je souligne), citant *First City Capital Ltd. c. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29 (C.S. C.-B.), p. 37). Le juge Binnie a également fait remarquer que la fraude donnant ouverture à une réparation en equity se présente sous « un nombre tellement infini de formes que les tribunaux n’ont pas tenté de la définir », et ajouté [TRADUCTION] « [qu’]elle vise toutes sortes de manœuvres déloyales et de conduites abusives en matière contractuelle » (*ibid.* (je souligne), citant *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (H.C. Ont.), p. 19). Déterminer en quoi consiste « une conduite abusive » pour l’application de la doctrine de la fraude en equity varie d’une affaire à l’autre et dépend en partie du lien qui unit les parties. C’est ce qu’explique de manière utile Ian Spry dans son ouvrage qui fait autorité, *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages* (9^e éd. 2014) :

[TRADUCTION] Dans ce sens, la fraude ne s’entend pas uniquement d’une activité malhonnête qui ouvre droit à une action pour dol, mais aussi de la prise de mesures concrètes dans le but de dissimuler l’existence de la cause d’action réelle. De fait, la fraude s’entend également, dans les cas où le défendeur assume un devoir particulier envers le demandeur, du défaut de révéler les faits qui se sont produits et qui donnent naissance à la cause d’action en question. Comme l’expliquait lord Evershed, dans ce contexte, le mot « fraude » vise « une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est un abus de la part de l’une envers l’autre ». [p. 440]

[170] En fait, dans le contexte commercial, appliquer la doctrine de la dissimulation frauduleuse uniquement dans les cas où il existe une relation spéciale entre les parties suppose que, dans ce contexte, il ne peut y avoir d’injustice découlant de l’application

from the application of a limitation period *unless* a special relationship exists. Put differently, insofar as there may be situations in which the fraudulent concealment doctrine would rectify an injustice caused to a plaintiff by the application of a limitation period, *even though there exists no special relationship* between the parties, then limiting the doctrine by requiring such a relationship could be seen as contradicting the very spirit of a doctrine that aims to protect against unconscionable conduct.

[171] Based on this understanding of fraudulent concealment, my view is that it is not plain and obvious that equity can intervene to toll the applicable limitation period only in cases where there exists a special relationship; it may be that it can also intervene in cases — at least in the commercial context, as here — where the plaintiff can demonstrate something commensurate with or tantamount to a special relationship.

[172] To be sure, the mere allegation of a price-fixing agreement among defendants is not sufficient *on its own* for the fraudulent concealment doctrine to toll the applicable limitation period. If it were, the limitation period for which Parliament specifically provided in s. 36(4) of the *Competition Act* would be meaningless in these circumstances, given the fact that price-fixing agreements are, in practice, carried out in secret.

[173] In the case at hand, the Plaintiff did not plead that there was a special relationship between the class members and the Pioneer Defendants. However, as I explained above, it is not plain and obvious that this is fatal to the Plaintiff's fraudulent concealment claim, since a special relationship may not be a necessary precondition to the application of the fraudulent concealment doctrine. While the mere allegation of a price-fixing agreement among the Pioneer Defendants is not sufficient *on its own* for this doctrine to toll the applicable limitation period, in the commercial context, a showing of fraud in equity tantamount to or commensurate with the existence of a special relationship could be enough.

d'un délai de prescription *sauf* en présence d'une relation spéciale. Autrement dit, dans la mesure où il peut exister une situation dans laquelle cette doctrine corrigerait une injustice que fait subir à un demandeur l'application d'un délai de prescription, *malgré l'absence de relation spéciale* entre les parties, l'on pourrait considérer que restreindre l'application de la doctrine en exigeant la présence d'une telle relation contredit l'esprit même d'une doctrine qui vise à prévenir les comportements abusifs.

[171] Vu cette conception de la dissimulation frauduleuse, il ne me semble pas évident et manifeste que l'équité peut intervenir pour repousser le point de départ du délai de prescription uniquement dans les cas où il existe une relation spéciale; il se peut qu'elle puisse aussi intervenir dans les cas — du moins en matière commerciale, comme dans le cas présent — où le demandeur peut démontrer quelque chose correspondant ou d'équivalent à une relation spéciale.

[172] À n'en pas douter, la simple allégation que des défendeurs se sont entendus pour fixer les prix ne suffit pas *en soi* pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription applicable. Si cette allégation était suffisante, le délai de prescription que le Parlement a expressément prévu au par. 36(4) de la *Loi sur la concurrence* serait dénué de sens dans les circonstances, vu que les ententes de fixation des prix sont, en pratique, mises en œuvre en secret.

[173] En l'espèce, le demandeur n'a pas invoqué l'existence d'une relation spéciale entre les membres du groupe et les défenderesses Pioneer. Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, il n'est pas évident et manifeste que cette omission porte un coup fatal à l'allégation de dissimulation frauduleuse faite par le demandeur, car une relation spéciale ne saurait être une condition préalable à l'application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Bien que la simple allégation qu'un accord de fixation des prix a été conclu entre les défenderesses Pioneer ne suffise pas, *à elle seule*, pour que cette doctrine repousse le point de départ du délai de prescription applicable, dans un contexte commercial, la démonstration qu'il y a eu fraude au sens de l'équité équivalente ou correspondant à l'existence d'une relation spéciale pourrait suffire.

[174] The Plaintiff pleaded that the Pioneer Defendants “took active steps to, and did, conceal the unlawful conspiracy from their customers” (R.F. (Pioneer Appeal, at para. 11)). Given that we are at the certification stage, I am prepared to conclude that it is not “plain and obvious” that the fraudulent concealment doctrine has no application in this case. Whether or not the Plaintiff will be successful in relying on this doctrine to toll the applicable limitation period in these circumstances, however, will depend on what he can prove at trial — that is, whether he can establish a special relationship, or maybe something tantamount to or commensurate with one could suffice.

[175] On the basis of the foregoing, while the discoverability rule does not apply to toll the limitation period, it may be that the fraudulent concealment doctrine does, and, accordingly, I would dismiss the Pioneer Appeal regarding that question. However, there remain three more issues, common to all Defendants, and because the Pioneer Defendants have adopted the submissions of the Toshiba Appeal with regards to these common issues, I will consider them together in the subsequent section. For the aforementioned reasons and for the reasons that follow, I would allow the Pioneer Appeal in part.

III. The Toshiba Appeal

[176] The issues in the Toshiba Appeal, which are common to both appeals, are threefold:

- (a) Is it plain and obvious that the Umbrella Purchasers’ claims under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed?
- (b) Is it plain and obvious that s. 36(1) bars a plaintiff from alleging common law and equitable causes of action in respect of conduct that breaches the prohibitions in Part VI of the *Competition Act*?

[174] Le demandeur a fait valoir que les défenderesses Pioneer [TRADUCTION] « ont pris des mesures concrètes pour dissimuler, et ont effectivement dissimulé, le complot illégal à leurs clients » (m.i. (pourvoi de Pioneer), par. 11). Comme l’affaire se trouve à l’étape de l’autorisation, je suis disposée à conclure qu’il n’est pas « évident et manifeste » que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne trouve pas application en l’espèce. Toutefois, le point de savoir si le demandeur réussira à faire reporter le point de départ du délai de prescription applicable dans ces circonstances dépendra de ce qu’il peut prouver au procès; autrement dit, sera-t-il en mesure d’établir une relation spéciale, ou peut-être que quelque chose d’équivalent ou de correspondant à cette relation suffira.

[175] Compte tenu de ce qui précède, même si la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas de manière à reporter le point de départ du délai de prescription, il se peut que la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’applique et, par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de Pioneer quant à cette question. Il reste cependant à trancher trois autres questions, communes à toutes les défenderesses, et, comme les défenderesses Pioneer ont fait leurs arguments du pourvoi de Toshiba sur ces questions communes, je les examinerai ensemble dans la prochaine section. Pour les motifs qui précèdent et ceux qui suivent, j’accueillerais le pourvoi de Pioneer en partie.

III. Le pourvoi de Toshiba

[176] Le pourvoi de Toshiba soulève trois questions communes aux deux pourvois :

- a) Est-il évident et manifeste que les réclamations présentées par les acheteurs sous parapluie sur le fondement de l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* ne peuvent être accueillies?
- b) Est-il évident et manifeste que le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* empêche le demandeur d’exercer des recours de common law et d’équité à l’égard d’un comportement qui enfreint les prohibitions prévues à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*?

(c) What standard must a representative plaintiff meet in order to have loss-related questions certified as “common issues” among indirect purchasers, and has the Plaintiff met this standard in the present case?

[177] I write separately because my views diverge from those of my colleague on all three of these issues. I will address each in turn.

A. *Is it Plain and Obvious That the Umbrella Purchasers’ Claims Under Section 36(1) of the Competition Act Cannot Succeed?*

[178] The first issue in the Toshiba Appeal is whether the Certification Judge erred in holding that the Umbrella Purchasers can advance claims under s. 36(1) of the *Competition Act* against the Defendants. The Defendants submit that the Certification Judge did so err, and that upholding his conclusion on this point will have the effect of opening up “a potentially limitless scope of liability that could not have been contemplated by Parliament and is contrary to the scheme of the *Competition Act*” (A.F. (Toshiba Appeal), at para. 97).

[179] I agree with my colleague that resolving this issue requires an exercise in statutory interpretation, under which the words of the *Competition Act* are to “be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, citing E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). However, we must not lose sight of the fact that our contextual approach to statutory interpretation also draws on the relevant legal principles and norms (see *R. v. Alex*, 2017 SCC 37, [2017] 1 S.C.R. 967, at para. 31; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 43; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 48).

c) Quelle est la norme à laquelle doit satisfaire le représentant des demandeurs pour que les questions liées à la perte soient autorisées en tant que « questions communes » aux acheteurs indirects? Le demandeur satisfait-il à cette norme en l’espèce?

[177] Je rédige ces motifs distincts parce que mon opinion et celle de mon collègue divergent sur toutes ces trois questions. Je les examinerai à tour de rôle.

A. *Est-il évident et manifeste que les réclamations présentées par les acheteurs sous parapluie sur le fondement du par. 36(1) de la Loi sur la concurrence ne peuvent être accueillies?*

[178] La première question soulevée dans le pourvoi de Toshiba est de savoir si le juge saisi de la demande d’autorisation a commis une erreur en concluant que les acheteurs sous parapluie peuvent poursuivre les défenderesses en justice sur le fondement du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Les défenderesses font valoir que le juge a commis une telle erreur et que la confirmation de sa conclusion sur ce point aura pour effet d’établir une [TRADUCTION] « responsabilité potentiellement illimitée qui ne saurait figurer parmi les objectifs du Parlement et qui va à l’encontre du régime établi par la *Loi sur la concurrence* » (m.a. (pourvoi de Toshiba), par. 97).

[179] À l’instar de mon collègue, j’estime que pour trancher cette question, il faut se livrer à un exercice d’interprétation statutaire consistant à lire les termes de la *Loi sur la concurrence* [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). Cependant, nous ne devons pas perdre de vue le fait que notre méthode contextuelle d’interprétation des lois s’appuie également sur les normes et principes juridiques pertinents (voir *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967, par. 31; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 43; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 48).

[180] On its face, s. 36(1) appears to be worded broadly enough to capture claims by umbrella purchasers, so long as they can prove that they “suffered loss or damage as a result of” the conduct specified in para. (a) or (b). According to the Defendants, however, this statutory provision must be interpreted in a manner that is consistent with the principles that limit the extent of liability at common law (A.F. (Toshiba Appeal), at paras. 97-99). They point specifically to two legal principles that are relevant for the purposes of liability to umbrella purchasers: indeterminacy and remoteness. At its core, therefore, the issue under this heading raises the question of whether those principles can inform our interpretation of s. 36(1) of the *Competition Act* — and in particular, the extent of a defendant’s liability thereunder in the context of a price-fixing claim brought by persons whose ODD or ODD product was manufactured or supplied by a non-Defendant.

[181] *Indeterminacy* is a policy consideration that negates the imposition of a duty of care in negligence where it would expose the defendant to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class” (*Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931), at p. 444, per Cardozo C.J.). This concern arises where finding a duty of care between a plaintiff and a defendant would open the floodgates, resulting in “massive, uncontrolled liability” (A. M. Linden et al., *Canadian Tort Law* (11th ed. 2018), at p. 278). *Remoteness* is a related principle that limits the scope of liability in negligence where “the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable” (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 12, citing A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 360). According to the authors of the 11th edition of that text:

The losses or injuries incurred by plaintiffs must not be “too remote” a consequence of the defendants’ negligent

[180] À première vue, le libellé du par. 36(1) semble suffisamment général pour englober les réclamations des acheteurs sous parapluie, pourvu qu’ils puissent établir qu’ils ont « subi une perte ou des dommages par suite » des comportements énumérés aux al. a) et b). Les défenderesses affirment cependant qu’il faut interpréter cette disposition conformément aux principes qui limitent l’étendue de la responsabilité en common law (m.a. (pourvoi de Toshiba), par. 97-99). Elles invoquent précisément deux principes de droit pertinents pour la responsabilité envers les acheteurs sous parapluie : l’indétermination et le caractère éloigné. Essentiellement, la question à trancher sous cette rubrique consiste donc à savoir si ces principes peuvent guider notre interprétation du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* — en particulier l’étendue de la responsabilité des défenderesses dans le contexte d’une action pour fixation des prix intentée par des acheteurs de LDO et de produits munis de LDO fabriqués ou fournis par une personne qui n’est pas une défenderesse.

[181] L’*indétermination* correspond à une considération de politique générale qui vient écarter l’imposition d’une obligation de diligence en droit de la négligence lorsque le défendeur serait exposé à [TRADUCTION] « une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée » (*Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (C.A. N.Y. 1931), p. 444, le juge en chef Cardozo). Ce risque existe dans le cas où la reconnaissance d’une obligation de diligence entre le demandeur et le défendeur favoriserait la multiplication des actions en justice et entraînerait une [TRADUCTION] « responsabilité massive, échappant à tout contrôle » (A. M. Linden et autres, *Canadian Tort Law* (11^e éd. 2018), p. 278). Le *caractère éloigné* est un principe connexe qui a pour effet de limiter l’étendue de la responsabilité pour négligence si [TRADUCTION] « le préjudice a trop peu de lien avec l’acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 12, citant A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8^e éd. 2006), p. 360). Selon les auteurs de la 11^e édition de cet ouvrage :

[TRADUCTION] Les pertes ou les préjudices que subissent les demandeurs ne doivent pas constituer une conséquence

act, in order for compensation to ensue. In other words, to use the older language, negligent defendants who owe a general duty of care are not liable unless their conduct is the “proximate cause” of the plaintiff’s losses. Causation alone is not enough; it must be demonstrated that the conduct was the *proximate* cause of the damage. This issue is better described as the scope or extent of liability issue. [Emphasis in original; p. 307.]

[182] Although both indeterminacy and remoteness relate primarily to liability in negligence, I agree with the Defendants that the same underlying concerns can inform our analysis of the issue at hand, which involves claims under s. 36 of the *Competition Act* for pure economic losses. In *Taylor v. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105, at para. 50, for example, the Alberta Court of Appeal discerned “no principled reason why [the principle of remoteness] ought not to apply” to the statutory cause of action in Alberta’s *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4. In *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, Rothstein J. considered the principle of remoteness, among other legal norms, in his analysis of whether indirect purchasers have a cause of action under s. 36 of the *Competition Act* (paras. 42-45).

[183] Similarly, in *Associated General Contractors v. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983), the United States Supreme Court held that common law principles — including foreseeability and proximate cause, directness of injury, certainty of damages and privity of contract — can operate to limit the scope of a defendant’s liability under the statutory cause of action for anti-competitive conduct in § 4 of the *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15.³ In that case, the

³ That provision read as follows: “Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.”

« trop éloignée » de la négligence des défendeurs pour qu’il puisse y avoir indemnisation. Autrement dit, pour reprendre l’ancien libellé, les défendeurs négligents qui ont une obligation générale de diligence n’engagent leur responsabilité que si leur conduite est la « cause immédiate » des pertes subies par les demandeurs. La causalité à elle seule ne suffit pas; il faut établir que la conduite était la cause *immédiate* du préjudice. Cette question concerne davantage l’étendue ou la portée de la responsabilité. [En italique dans l’original; p. 307.]

[182] Bien que l’indétermination et le caractère éloigné se rapportent principalement à la responsabilité pour négligence, je suis d’accord avec les défenderesses pour dire que les mêmes préoccupations sous-jacentes peuvent guider notre analyse de la question à trancher, qui concerne les réclamations fondées sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* pour des pertes purement économiques. Dans l’arrêt *Taylor c. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105, par. 50, par exemple, la Cour d’appel de l’Alberta n’a relevé [TRADUCTION] « aucune raison logique de ne pas appliquer [le principe du caractère éloigné] » à la cause d’action prévue par la *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4, de l’Alberta. Dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, le juge Rothstein a examiné le principe du caractère éloigné, parmi d’autres normes juridiques, dans son analyse de la question de savoir si l’acheteur indirect avait une cause d’action au titre de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* (par. 42-45).

[183] De même, dans *Associated General Contractors c. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983), la Cour suprême des États-Unis a statué que les principes de common law — dont la prévisibilité et la cause immédiate du préjudice, son caractère direct, la certitude du dommage et le lien contractuel — peuvent avoir pour effet de limiter l’étendue de la responsabilité du défendeur au regard du droit d’action prévu à l’art. 4 de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15³ pour

³ Cette disposition était ainsi rédigée : [TRADUCTION] « Toute personne qui a subi un préjudice dans ses activités commerciales ou relativement à ses biens par suite d’un comportement allant à l’encontre des lois antitrust peut engager des poursuites devant tout tribunal de district des États-Unis dans le district où le défendeur réside, se trouve ou dispose d’un mandataire, sans égard au montant en litige, et elle peut recouvrer le triple des dommages subis, ainsi que les dépens relatifs à l’instance, y compris les honoraires d’avocats raisonnables. »

majority held that a plaintiff could not recover under that provision for harm allegedly suffered by reason of the defendants' coercion of third parties. Although Stevens J. recognized that "[a] literal reading of the statute is broad enough to encompass every harm that can be attributed directly or indirectly to the consequences of an antitrust violation" (p. 529), he nevertheless held that

the question whether the [plaintiff] may recover for the injury it allegedly suffered by reason of the defendants' coercion against certain third parties cannot be answered simply by reference to the broad language of [the applicable statutory provision]. Instead . . . the question requires us to evaluate the plaintiff's harm, the alleged wrongdoing by the defendants, and the relationship between them. [p. 535]

[184] The issue in the instant case turns on whether the Defendants can be held liable for loss or damage of an economic nature suffered by the Umbrella Purchasers, a group of claimants who bought from non-Defendants ODDs that were manufactured or supplied by non-Defendants. Can the Umbrella Purchasers recover as against the Defendants — companies with which they have no commercial relationship whatsoever? In my view, the answer is no. Any overcharges that those claimants may have incurred were ultimately the direct result of pricing choices *made by those non-Defendant manufacturers and suppliers*, regardless of whether or not those choices were influenced by broader trends in the market. In short, the Defendants have control over their own business decisions, but not over those of non-Defendant manufacturers and suppliers. For this reason, and bearing in mind the principles underlying indeterminacy and remoteness, I am of the view that it would be unfair to hold the Defendants liable to the Umbrella Purchasers where they had no control over such liability. Indeed, interpreting s. 36(1) in the manner suggested by the Plaintiff might well expose the Defendants to unbounded liability — capable of encompassing not only the losses of those Umbrella Purchasers themselves, but also the losses of "[a]nyone who

comportement anticoncurrentiel. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont conclu que le demandeur ne pouvait obtenir réparation en vertu de cette disposition pour un préjudice qu'il aurait subi par suite de la coercition exercée par le défendeur à l'endroit de tiers. Bien que le juge Stevens ait reconnu [TRADUCTION] « [qu'une] interprétation littérale de la loi est suffisamment large pour englober tout préjudice attribuable directement ou indirectement aux conséquences d'une violation des lois antitrust » (p. 529), il a néanmoins conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . pour trancher la question de savoir si le [demandeur] peut obtenir réparation pour le préjudice qu'il aurait subi par suite de la coercition exercée par les défendeurs à l'endroit de certains tiers, il ne suffit pas de faire uniquement mention du libellé général [de la disposition statutaire applicable]. En fait, [. . .] nous sommes appelés à évaluer le préjudice subi par le demandeur, la faute reprochée aux défendeurs, ainsi que la relation entre eux. [p. 535]

[184] La question en litige dans le cas présent consiste à savoir si les défenderesses peuvent être tenues responsables de la perte ou des dommages de nature économique subis par les acheteurs sous parapluie, un groupe de demandeurs qui ont acheté d'autres personnes que les défenderesses des LDO fabriqués ou fournis par des personnes qui ne sont pas les défenderesses. Ces acheteurs peuvent-ils se faire indemniser par les défenderesses — des entreprises avec lesquelles les acheteurs sous parapluie n'ont aucune relation commerciale? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Toute majoration que ces demandeurs auraient pu absorber était en fin de compte la conséquence directe des choix en matière de prix *effectués par ces fabricants et fournisseurs autres que les défenderesses*, que ces choix aient ou non été influencés par des tendances générales du marché. Bref, les défenderesses exercent un contrôle sur leur propres décisions d'affaires, mais non sur celles des autres fabricants et fournisseurs. Pour ce motif, et gardant à l'esprit les principes qui sous-tendent l'indétermination et le caractère éloigné, je suis d'avis qu'il serait injuste de tenir les défenderesses responsables envers les acheteurs sous parapluie alors qu'elles n'avaient aucun contrôle sur cette responsabilité. En effet, interpréter

was affected by the economic ripples downstream of umbrella purchasers” (A.F. (Toshiba Appeal), at para. 105). In my opinion, this provision must be construed in a manner that prevents such a cascade of liability.

[185] This is consistent with the views expressed by Perell J. of the Ontario Superior Court of Justice in *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87, and by a unanimous Divisional Court in *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546. *Shah* involved the certification of a price-fixing class action brought by direct, indirect and umbrella purchasers of lithium ion batteries (“LIBs”) manufactured by various defendants. On the question of whether the umbrella purchasers in that case could succeed in their claim under s. 36(1) of the *Competition Act*, Perell J. held as follows:

. . . the Umbrella Purchasers’ claim would impose indeterminate liability on the Defendants and the claim would be unfair because the law, generally speaking, does not impose liability on one person for the conduct of others, and in the instance of the Umbrella Purchasers, the Plaintiffs seek to make the Defendants liable for the advertent, inadvertent, voluntary or involuntary conduct of the non-Defendants in taking advantage of the price-fixing. [para. 175]

The Divisional Court unanimously upheld Perell J.’s conclusion on this point. As Nordheimer J. (as he then was) explained:

What is alleged here is that the non-defendant [LIB] manufacturers took advantage of the higher market prices being set by the [defendants] through their conspiracy, to similarly increase the prices of their LIBs or LIB products. Assuming that that occurred, the [defendants] had no

le par. 36(1) de la manière suggérée par le demandeur pourrait fort bien exposer les défenderesses à une responsabilité illimitée — susceptible de viser non seulement les pertes subies par les acheteurs sous parapluie, mais aussi les pertes de [TRADUCTION] « [t]oute personne qui a subi les conséquences de nature économique en aval des acheteurs sous parapluie » (m.a. (pourvoi de Toshiba), par. 105). À mon sens, il y a lieu d’interpréter cette disposition de manière à prévenir une telle responsabilité en cascade.

[185] Cette conclusion cadre avec le point de vue exprimé par le juge Perell, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, dans *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87, et par la Cour divisionnaire à l’unanimité dans *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546. Cette affaire concernait l’autorisation d’un recours collectif en matière de fixation des prix, intenté par les acheteurs directs, indirects et sous parapluie de piles au lithium-ion (« Pli ») fabriquées par diverses défenderesses. S’agissant de la question de savoir si les acheteurs sous parapluie pouvaient obtenir gain de cause dans leur recours fondé sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, le juge Perell a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . le recours des acheteurs sous parapluie imposerait aux défenderesses une responsabilité indéterminée et entraînerait une iniquité, car, de manière générale, le droit ne tient pas une personne responsable de la conduite d’autrui. Dans le cas des acheteurs sous parapluie, les demandeurs cherchent à tenir les défenderesses responsables de la conduite adoptée délibérément ou non en tirant un avantage volontairement ou non, par des personnes qui ne sont pas les défenderesses, car elles ont tiré parti de la fixation des prix. [par. 175]

La Cour divisionnaire a confirmé à l’unanimité la conclusion du juge Perell sur ce point. Comme l’expliquait le juge Nordheimer (maintenant juge à la Cour d’appel de l’Ontario) :

[TRADUCTION] Il est allégué en l’espèce que les fabricants de [Pli] autres que les défenderesses ont tiré avantage de la hausse des prix sur le marché fixés par les [défenderesses] à la suite du complot qu’elles ont formé pour faire ainsi augmenter le prix de leurs Pli et de leurs produits munis

control over the actions of the non-defendant manufacturers. First and foremost, they had no control over whether the non-defendant manufacturers chose to match prices. Second, they had no control over the volume of LIBs or LIB products, that the non-defendant manufacturers chose to produce and sell. [para. 34]

[186] Both Perell J. and Nordheimer J. analogized the issue of liability to umbrella purchasers in *Shah* to the issue of indeterminacy that had arisen in *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. In that case, a number of tobacco companies were facing lawsuits relating to the sale of “light” or “mild” cigarettes. Those companies, in turn, brought third-party claims against the Government of Canada, alleging that if they were found liable to the plaintiffs, they would be entitled to compensation from Canada for (among other things) negligent misrepresentation. The argument was that Canada had negligently misrepresented the health attributes of low-tar cigarettes to consumers and to those tobacco companies. Canada countered that allowing the tobacco companies’ claims in negligent misrepresentation “would result in indeterminate liability”, as “Canada had no control over the number of cigarettes being sold” (para. 97). This Court accepted Canada’s argument; McLachlin C.J., writing for a unanimous Court, explained as follows:

I agree with Canada that the prospect of indeterminate liability is fatal to the tobacco companies’ claims of negligent misrepresentation. Insofar as the claims are based on representations to consumers, Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes. . . .

The risk of indeterminate liability is enhanced by the fact that the claims are for pure economic loss. In *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, the Court, *per* Rothstein J., held that “in cases of

de Pli. Si l’on tient cela pour avéré, les [défenderesses] n’exerçaient aucun contrôle sur les actes des autres fabricants. D’abord et avant tout, les défenderesses n’avaient aucun contrôle sur le choix des autres fabricants de fixer des prix identiques. Ensuite, les défenderesses n’avaient aucun contrôle sur la quantité de Pli et de produits munis de Pli que les autres fabricants avaient choisi de fabriquer et de vendre. [par. 34]

[186] Les juges Perell et Nordheimer ont fait une analogie entre la question de la responsabilité envers les acheteurs sous parapluie soulevée dans l’arrêt *Shah* et la question de l’indétermination soulevée dans l’arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Dans cette affaire, des compagnies de tabac ont fait l’objet de poursuites pour avoir vendu des cigarettes « légères » ou « douces ». À leur tour, ces compagnies ont mis en cause le gouvernement du Canada, alléguant que, si elles étaient tenues responsables envers les demandeurs, elles auraient le droit d’être indemnisées par le Canada, entre autres, pour déclarations inexactes faites par négligence. Elles ont fait valoir que le Canada avait fait preuve de négligence en déclarant faussement aux fumeurs et aux compagnies de tabac que la cigarette à teneur réduite en goudron serait moins nocive pour la santé. Le Canada s’est opposé à cet argument en soutenant que, si l’on acceptait les allégations des compagnies de tabac en matière de déclaration inexacte faite par négligence, « cela entraînerait une responsabilité indéterminée de sa part » puisque « le nombre de cigarettes vendues était indépendant de sa volonté » (par. 97). Notre Cour a accepté l’argument du Canada, et la juge en chef McLachlin, rédigeant les motifs unanimes, a expliqué ce qui suit :

Je suis d’accord avec le Canada pour dire que la possibilité d’une responsabilité indéterminée porte un coup fatal aux allégations des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence. Dans la mesure où les allégations reposent sur des déclarations faites aux consommateurs, le Canada n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères. . .

Le risque de responsabilité indéterminée est aggravé par le caractère purement financier de la perte alléguée. Dans *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, sous la plume du juge Rothstein, la Cour a

pure economic loss, to paraphrase Cardozo C.J., care must be taken to find that a duty is recognized only in cases where the class of plaintiffs, the time and the amounts are determinate” (para. 62). If Canada owed a duty of care to consumers of light cigarettes, the potential class of plaintiffs and the amount of liability would be indeterminate. [Emphasis added; paras. 99-100.]

[187] Although that case concerned indeterminacy in relation to the imposition of a duty of care in negligence, I agree with Nordheimer J. that “the fundamental principle is the same” (para. 32): s. 36(1) should not be interpreted in a manner that makes the Defendants liable to an indeterminate class of people for losses of an indeterminate nature that occurred as a result of business decisions over which they had no control. This accords with the approach taken by the United States Supreme Court in respect of a similar statutory cause of action for anti-competitive conduct: “An antitrust violation may be expected to cause ripples of harm to flow through the Nation’s economy; but ‘despite the broad wording of § 4 [of the *Clayton Act*] there is a point beyond which the wrongdoer should not be held liable” (*Associated General Contractors*, at pp. 534-35, citing *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982), at pp. 476-77, citing *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), at p. 760, per Brennan J. dissenting). In my view, a preferable reading of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* is one that, consistent with the principles underlying indeterminacy and remoteness which operate at common law, limits the potential scope of liability faced by defendants of price-fixing claims to losses flowing from their own pricing decisions, not those of third parties. This promotes the value of certainty so that commercial enterprises “have some appreciation of what risk is to be borne by whom” (*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1139).

[188] The Ontario Divisional Court’s decision in *Shah* was subsequently overturned by the Court of

mentionné que « dans les cas de perte purement financière, il faut, pour paraphraser le juge en chef Cardozo, prendre soin de ne reconnaître une obligation que dans la mesure où l’on peut déterminer la catégorie des demandeurs, la période et les montants en cause » (par. 62). Si le Canada avait une obligation de diligence envers les fumeurs de cigarettes légères, le nombre potentiel de demandeurs et l’ampleur de la responsabilité seraient indéterminés. [Je souligne; par. 99-100.]

[187] Même si cet arrêt concernait l’indétermination en lien avec l’imposition d’une obligation de diligence en négligence, je suis d’accord avec le juge Nordheimer pour dire que [TRADUCTION] « le principe fondamental est le même » (par. 32) : le par. 36(1) ne devrait pas être interprété de manière à ce que les défenderesses soient tenues responsables envers une catégorie indéterminée de personnes pour des pertes de nature indéterminée découlant de décisions d’affaires qui étaient indépendantes de leur volonté. Cette approche concorde avec celle adoptée par la Cour suprême des États-Unis à propos d’une cause d’action similaire conférée par la loi pour comportement anti-concurrentiel : [TRADUCTION] « On peut s’attendre à ce qu’une violation des lois antitrust ait des répercussions en chaîne sur l’économie de la nation; toutefois, “en dépit du libellé général de l’art. 4 [de la *Clayton Act*], le contrevenant ne peut être tenu responsable au-delà d’un certain point” » (*Associated General Contractors*, p. 534-535, citant *Blue Shield of Virginia c. McCready*, 457 U.S. 465 (1982), p. 476-477, citant *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), p. 760, le juge Brennan, dissident). À mon avis, il est préférable d’interpréter la cause d’action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* conformément aux principes sous-tendant l’indétermination et le caractère éloigné qui s’appliquent en common law, de manière à limiter l’étendue de la responsabilité des défendeurs dans des recours en matière de fixation des prix aux pertes découlant de leurs propres décisions, et non de celles prises par des tiers. Cette interprétation promeut la notion de certitude, de sorte que les entreprises commerciales ont « une idée du risque qui doit être assumé et par qui » (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1139).

[188] La décision *Shah* de la Cour divisionnaire de l’Ontario a été infirmée subséquemment par la Cour

Appeal, for reasons substantially similar to those set out by my colleague (*Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721). The unanimous panel in that case took the position that “normative concerns about indeterminate liability” in negligence do not apply in the context of the statutory claim under ss. 36 and 45 of the *Competition Act*, since those concerns “have already been taken care of by Parliament” (para. 47). Like my colleague, the panel stated that, first, the scope of s. 36(1) limits recovery to persons who can prove that they suffered loss or damage “as a result of” the alleged conspiratorial conduct and that, second, the subjective *mens rea* in s. 45 “limits the reach of liability to those who, at a minimum, specifically intend to agree upon anti-competitive conduct” (*ibid.*, at para. 51, cited in Brown J.’s reasons, at para. 75).

[189] In my respectful view, neither of those considerations actually protects against the risk of limitless liability that would flow from recognizing the availability of umbrella purchaser claims under s. 36(1). On the first point, the fact that the text of this provision reads as permitting recovery for any person capable of proving that their loss was sustained “as a result of” an alleged price-fixing conspiracy does not end the interpretative exercise. As I explained above, the dispute here concerns whether those words should be taken as allowing recovery for any and all losses that can conceivably be linked to the alleged wrongdoing, or whether relevant legal norms and principles can assist in construing the provision so as to circumscribe what might otherwise be potentially indeterminate liability. And on the second point, while I accept that the *mens rea* in s. 45 limits liability to defendants who intend to agree upon anti-competitive conduct, this still tells us nothing about the scope of their liability under s. 36(1) — in other words, it tells us *who* is liable but not for *what* they are actually liable.

d’appel, pour des motifs en substance semblables à ceux exposés par mon collègue (*Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721). Dans cet arrêt, la formation unanime était d’avis que les [TRADUCTION] « préoccupations normatives quant à la responsabilité indéterminée » dans les causes de négligence ne s’appliquent pas dans le contexte des actions fondées sur les art. 36 et 45 de la *Loi sur la concurrence*, car « le législateur a déjà répondu à ces préoccupations » (par. 47). À l’instar de mon collègue, la formation unanime a affirmé, d’une part, que la portée du par. 36(1) limite l’indemnisation aux personnes qui peuvent démontrer avoir subi une perte ou des dommages « par suite » du complot allégué et, d’autre part, que la *mens rea* subjective requise à l’art. 45 [TRADUCTION] « limite l’étendue de la responsabilité à ceux qui, au minimum, ont eu l’intention expresse de convenir d’un comportement anticoncurrentiel » (*ibid.*, par. 51, cité dans les motifs du juge Brown, par. 75).

[189] Avec égards, aucune de ces considérations ne protège réellement les fabricants contre le risque de responsabilité illimitée qui découlerait du fait de reconnaître que les acheteurs sous parapluie peuvent déposer des réclamations sur le fondement du par. 36(1). En ce qui concerne le premier point, le fait que le libellé de cette disposition soit interprété comme permettant à toute personne pouvant démontrer qu’elle a subi une perte « par suite » du complot allégué de fixation des prix d’être indemnisée ne met pas fin à l’exercice d’interprétation. Comme je l’ai déjà expliqué, le litige en l’espèce porte sur la question de savoir s’il faut interpréter cette disposition comme autorisant l’indemnisation pour toute perte qui peut vraisemblablement être associée aux fautes reprochées ou si les normes et principes juridiques applicables peuvent aider à interpréter cette disposition de manière à circonscrire ce qui pourrait autrement être une responsabilité indéterminée. En ce qui concerne le deuxième point, bien que j’admette que la *mens rea* prévue à l’art. 45 limite la responsabilité aux défendeurs qui ont l’intention de s’entendre sur un comportement anticoncurrentiel, ceci ne nous apprend rien à propos de l’étendue de leur responsabilité prévue au par. 36(1). Autrement dit, il indique *qui* doit être tenu responsable, mais pas de *quoi* ces défendeurs sont réellement responsables.

[190] Before concluding, I will add one final thought. Permitting umbrella purchaser claims under s. 36(1) opens up the possibility of recovery for overcharges that result from “conscious parallelism” — a phenomenon which occurs when parties not involved in a price-fixing conspiracy deliberately *choose* to adjust their prices in order to match those of their competitors, in the absence of any actual collusion between them. As recently observed by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Proulx*, 2016 QCCA 1425, at para. 32 (CanLII), “[a]dopting a comparable or identical pricing policy without an agreement — which by definition requires a meeting of minds — does not fall within the scope of s. 45 of the *Competition Act*”.⁴ An interpretation of s. 36(1) that allows umbrella purchaser claims for these kinds of independent pricing decisions would effectively grant a right to recover (a) in circumstances where those decisions — to which the umbrella purchasers’ alleged overcharges are directly attributable — are neither criminally prohibited nor actionable in and of themselves, and (b) from parties who neither made nor benefitted from those decisions.

[191] All of this leads me to conclude that s. 36(1) of the *Competition Act* should not be interpreted in a manner that would permit claimants to recover from defendants for *any* losses that in some way flowed from the alleged conspiracy. Doing so would have the undesirable effect of exposing defendants to liability that is potentially limitless in scope for loss and damage that are too remote from any price-fixing that occurred. I do not think that this could have been

⁴ In its *Competitor Collaboration Guidelines* (December 2009), the Competition Bureau of Canada explains that it

does not consider that the mere act of independently adopting a common course of conduct with awareness of the likely response of competitors or in response to the conduct of competitors, commonly referred to as “conscious parallelism”, is sufficient to establish an agreement for the purpose of subsection 45(1). However, parallel conduct coupled with facilitating practices, such as sharing competitively sensitive information or activities that assist competitors in monitoring one another’s prices, may be sufficient to prove that an agreement was concluded between the parties. [p. 7]

[190] Avant de conclure, j’ajouterais une dernière réflexion. Laisser libre cours aux réclamations fondées sur le par. 36(1) des acheteurs sous parapluie ouvre la possibilité d’un recouvrement des hausses de prix découlant d’un « parallélisme conscient » — un phénomène qui se produit lorsque les parties ne participant pas à un complot de fixation des prix choisissent délibérément d’ajuster leurs prix à ceux de leurs concurrents, sans qu’on puisse parler de collusion. Comme l’a récemment fait remarquer la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425, par. 32 (CanLII), « [l]’adoption d’une politique de prix comparables ou identiques, sans l’existence d’une entente qui par définition nécessite l’accord de deux volontés, ne tombe donc pas sous le coup de l’article 45 de la *Loi sur la concurrence* »⁴. Interpréter le par. 36(1) de façon à permettre aux acheteurs sous parapluie d’intenter une action pour ce type de décision indépendante quant à l’établissement des prix conférerait un droit de recouvrement a) dans les cas où ces décisions — auxquelles la majoration alléguée qui aurait été refilee à ces acheteurs est directement attribuable — ne sont ni interdites par le droit criminel ni susceptibles de poursuites en soi, et b) auprès de parties qui n’ont pas pris ces décisions et n’en ont pas tiré profit.

[191] Tout cela m’amène à conclure que le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne devrait pas recevoir une interprétation qui permettrait aux demandeurs de se faire indemniser par des défendeurs pour *toute* perte découlant d’une façon ou d’une autre du complot allégué. Cela aurait pour effet indésirable d’exposer des défendeurs à une responsabilité potentiellement illimitée, ainsi qu’à une responsabilité à l’égard de pertes et de dommages qui sont trop éloignés de toute

⁴ Dans ses *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (décembre 2009), le Bureau de la concurrence du Canada explique qu’il

ne considère pas que le simple fait d’adopter indépendamment un comportement commun en connaissant la réaction probable des concurrents ou en réponse au comportement des concurrents, qu’on appelle communément « parallélisme conscient », suffit à établir qu’il y a eu entente au sens du paragraphe 45(1). Cependant, lorsqu’il est combiné à des pratiques facilitantes comme la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ou des activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix, le comportement parallèle peut suffire à prouver qu’une entente a été conclue entre les parties. [p. 7]

Parliament's intention when it enacted this statutory right of action.

[192] In light of the principles to which I have referred above, my view is that the line should be drawn at loss and damage that flowed from the pricing decisions of the Defendants themselves (that is, the loss claimed by the direct and indirect purchasers), and not those that are attributable to third parties who did not participate in — but who nevertheless would have benefitted from — the alleged price-fixing conspiracy. Because the Umbrella Purchasers' losses are indeed attributable to the pricing decisions of non-Defendant ODD manufacturers and suppliers, I find it plain and obvious that their claims in this action under s. 36(1) of the *Competition Act* cannot succeed.

B. *Is It Plain and Obvious That Section 36(1) Bars a Plaintiff From Alleging Common Law and Equitable Causes of Action in Respect of Conduct That Breaches the Prohibitions in Part VI of the Competition Act?*

[193] The second issue raised in the Toshiba Appeal turns on whether the cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* is the exclusive civil remedy for conduct that breaches the criminal offence provisions in Part VI of that statute. The Defendants argue that it is, and that allowing claims in respect of such conduct under common law and equitable causes of action undermines the principle of parliamentary sovereignty. The Plaintiff, by contrast, says that Parliament did not intend to preclude private law remedies for such conduct when it enacted s. 36(1) of the *Competition Act*.

[194] At its core, the issue under this heading is whether a claimant can rely on the common law and equity *as a supplement* to the right of action under s. 36(1) of the *Competition Act* — or put differently, whether a claimant can advance a common law or

fixation des prix. Je ne crois pas que cela ait pu être l'intention du Parlement lorsqu'il a édicté la disposition de la Loi qui confère ce droit d'action.

[192] Compte tenu des principes susmentionnés, je suis d'avis qu'une ligne de démarcation doit être tracée entre les pertes et dommages qui découlent des décisions des défenderesses elles-mêmes quant à la fixation des prix (c'est-à-dire les pertes déplorées par les acheteurs directs et indirects) et les pertes et dommages qui sont attribuables aux tiers qui n'ont pas participé au complot allégué de fixation des prix, mais qui en auraient néanmoins bénéficié. Comme les pertes des acheteurs sous parapluie sont attribuables aux décisions relatives à la fixation des prix prises par des fabricants et fournisseurs de LDO autres que les défenderesses, je suis d'avis qu'il est évident et manifeste que leurs réclamations fondées en l'espèce sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne peuvent être accueillies.

B. *Est-il évident et manifeste que le par. 36(1) empêche le demandeur d'exercer des recours de common law et d'equity à l'égard d'un comportement qui enfreint les prohibitions prévues à la partie VI de la Loi sur la concurrence?*

[193] La deuxième question soulevée dans le pourvoi de Toshiba consiste à savoir si la cause d'action fondée sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* est le seul recours civil possible contre un comportement allant à l'encontre des dispositions de la partie VI de cette loi relativement aux infractions criminelles. Les défenderesses répondent par l'affirmative et soutiennent qu'autoriser les réclamations liées à un tel comportement sur le fondement de la common law et de l'equity mine le principe de la souveraineté parlementaire. Le demandeur soutient plutôt que le Parlement n'avait pas l'intention d'écarter la possibilité d'exercer des recours en droit privé à l'encontre d'un tel comportement lorsqu'il a édicté le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*.

[194] La question à trancher sous cette rubrique consiste essentiellement à savoir si un demandeur peut se prévaloir de la common law et de l'equity *en sus* du droit d'action reconnu par le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Autrement dit, il s'agit de

equitable cause of action instead of, or together with, the statutory cause of action in respect of the same allegation of anti-competitive conduct.

[195] In her leading textbook, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), Professor Ruth Sullivan explains that “[t]he issue of supplementation arises when there is overlap between legislation and the common law such that both may apply to a particular set of facts and also when legislation is incomplete in that it says nothing of, or does not fully address, a matter relating to the subject of the legislation” (p. 549). On this point, she adds the following:

When the issue of supplementing legislation arises, the focus may be on the application of common law rules, entitlement to common law remedies or access to common law courts. Although rules, remedies and jurisdiction raise distinct concerns, in each case the fundamental question is the same: is it permissible in the circumstances to supplement the legislation by resorting to the common law? If there is a conflict, the answer is clearly no. In the absence of conflict, the answer to the question depends first of all on legislative intent, which is discovered using the usual methods of interpretation. However, the courts pay particular attention to whether the legislation in question constitutes a complete or exhaustive code. The adequacy of the legislation and the continuing usefulness of the common law rule, remedy or jurisdiction are important considerations. [Emphasis added; p. 549.]

[196] As with the Umbrella Purchasers issue, resolving this issue requires an exercise in statutory interpretation: it must be determined, based on a proper reading of the *Competition Act*, whether Parliament intended s. 36(1) to provide the exclusive civil remedy for persons claiming to have suffered loss or damage as a result of conduct contrary to Part VI.

[197] Like my colleague, I begin my analysis with the presumption against interpreting legislation in a

déterminer si un demandeur peut invoquer une cause d’action fondée sur la common law ou l’equity au lieu d’une cause d’action prévue par la loi, ou les deux, à l’égard d’une même allégation de comportement anticoncurrentiel.

[195] Dans son ouvrage de premier plan intitulé *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), la professeure Ruth Sullivan explique que [TRADUCTION] « [L]a question de la complémentarité se pose lorsqu’il existe un chevauchement tel entre la loi et la common law que les deux peuvent s’appliquer à un ensemble de faits donné et également lorsque la loi est incomplète parce qu’elle ne fait aucune mention, ou ne traite pas entièrement, d’une question relative à l’objet du texte législatif » (p. 549). À cet égard, la professeure Sullivan ajoute ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsque la question de la complémentarité de la loi se pose, l’accent peut être mis sur l’application des règles de common law, sur le droit aux recours de common law ou sur l’accès aux tribunaux de common law. Bien que les règles, les recours et la compétence soulèvent des préoccupations distinctes, dans chaque cas, la question fondamentale est la même : est-il permis dans les circonstances de compléter la loi en ayant recours à la common law? S’il y a conflit, la réponse est manifestement non. En l’absence de conflit, la réponse à cette question dépend d’abord de l’intention du législateur, que l’on discerne par les méthodes habituelles d’interprétation. Toutefois, les tribunaux accordent une attention particulière à la question de savoir si la loi en question constitue un code complet ou exhaustif. Le caractère suffisant de la loi et l’utilité continue de la règle, du recours ou de la compétence de common law sont des considérations importantes. [Je souligne; p. 549.]

[196] Tout comme pour la question des acheteurs sous parapluie, un exercice d’interprétation législative s’impose pour trancher la question en cause : il faut déterminer, suivant une juste interprétation de la *Loi sur la concurrence*, si le Parlement voulait que le par. 36(1) réserve exclusivement le recours civil possible aux personnes qui prétendent avoir subi une perte ou un préjudice par suite d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI.

[197] À l’instar de mon collègue, je me pencherai d’abord sur la présomption selon laquelle il ne faut

manner that would interfere with common law rights. According to Professor Sullivan, such a presumption allows “the courts to insist on precise and explicit direction from the legislature before accepting any change”, so as to shield the law “from inadvertent legislative encroachment” (p. 539). Such an intention can be found either in the express wording of the statute or by necessary implication (*Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1315-16).

[198] I agree with my colleague that the *Competition Act* does not expressly preclude claimants from supplementing the right of action in s. 36(1) with claims based on causes of action at common law or in equity. However, I am not convinced that the reasoning in *Gendron* applies to the case at hand; while that case dealt with a statutory provision that *codified* a common law right, s. 36 of the *Competition Act* is distinguishable in that it *created* a new right that did not exist before. Instead, I would resolve this issue simply on the basis that the coexistence of statutory and common law or equitable claims arising from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act* is in fact contemplated by s. 62 of that statute, which reads as follows:

62 Except as otherwise provided in [Part VI], nothing in [Part VI] shall be construed as depriving any person of any civil right of action.

[199] In my view, this provision evinces a legislative intention that the provisions of Part VI (which is titled “Offences in Relation to Competition”) not abrogate any right of action a claimant has — which might include a right of action founded on the tort of unlawful means conspiracy or in unjust enrichment — that is predicated upon a breach of the offence provisions of the *Competition Act*. As the Manitoba Court of Appeal recognized in *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335, the inclusion of this provision in the statutory framework suggests

pas interpréter une loi d’une manière qui porte atteinte aux droits reconnus par la common law. Selon la professeure Sullivan, une telle présomption permet aux [TRADUCTION] « tribunaux de mettre l’accent sur des directives précises et explicites formulées par le législateur avant d’accepter tout changement » afin d’éviter tout « empiètement législatif involontaire » sur la loi (p. 539). Pareille intention peut être dégagée du libellé explicite de la loi ou par inférence nécessaire (*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1315-1316).

[198] Je suis d’accord avec mon collègue pour dire que la *Loi sur la concurrence* n’empêche pas expressément les demandeurs de présenter, en sus du droit d’action prévu au par. 36(1), des réclamations fondées sur des causes d’action reconnues en common law ou en equity. Je ne suis toutefois pas convaincue de l’applicabilité en l’espèce du raisonnement adopté dans *Gendron*; si cette affaire portait sur une disposition statutaire qui *codifiait* un droit issu de la common law, on peut distinguer l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* en ce qu’il a *créé* un nouveau droit qui n’existait pas auparavant. Je suis plutôt d’avis de régler cette question en affirmant simplement que la coexistence des recours fondés sur la loi et des recours fondés sur la common law ou l’equity découlant d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* est en fait prévue à l’art. 62 de la Loi, qui est ainsi rédigé :

62 Sauf disposition contraire de la [partie VI], celle-ci n’a pas pour effet de priver une personne d’un droit d’action au civil.

[199] À mon avis, cette disposition illustre une intention du législateur de prévoir que les dispositions de la partie VI (intitulée « Infractions relatives à la concurrence ») n’abrogent pas les droits d’action dont jouit un demandeur — y compris les droits fondés sur le délit de complot exercé par des moyens illégaux ou sur l’enrichissement sans cause — qui reposent sur une violation des dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière d’infractions. Comme l’a reconnu la Cour d’appel du Manitoba dans l’arrêt *Westfair Foods Ltd. c. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335,

that Parliament did not intend the provisions of the *Competition Act* to intrude upon the provinces' jurisdiction over civil rights and liberties.

[200] The fact that s. 62 applies only to Part VI of the *Competition Act* — and therefore is not *directly* applicable to s. 36(1), which is instead located in Part IV — is not, in my view, consequential. The cause of action created by s. 36(1)(a) is expressly tied to conduct that would constitute an offence under Part VI of the statute. This Court recognized in *General Motors*, at p. 673, that the purpose of this remedial provision is to “help enforce the substantive aspects of the Act”, such as the prohibitions against anti-competitive conduct.

[201] It is also essential to note that s. 62 uses the phrase “any civil right of action”, which suggests that Parliament contemplated the preservation of the various civil rights of action that may exist in respect of conduct prohibited under Part VI, beyond the one provided for in s. 36(1). Indeed, the former provision would be redundant and pointless if it merely affirmed what the latter already states: that perpetrators of conduct prohibited by Part VI are subject *both* to criminal prosecution *and* to civil proceedings under s. 36(1)(a). This is especially the case given that s. 36(2) and s. 36(4)(a)(ii) indicate that statutory claims can be brought against defendants even after any criminal proceedings against them were finally disposed of.

[202] Therefore, when I read the words of s. 62 “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” (Driedger, at p. 87; *Bell ExpressVu*, at para. 26), I am led to the conclusion that this provision has the effect of preserving all civil rights of action that a claimant may have — over and above the right of action available under s. 36(1) of the *Competition Act* — in respect of anti-competitive conduct that would constitute an offence under Part VI of that Act. Indeed, s. 62 would be meaningless if s. 36(1)

l'inclusion de cette disposition dans le cadre législatif donne à penser que le Parlement ne voulait pas que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portent atteinte à la compétence des provinces sur les droits et libertés civils.

[200] Le fait que l'art. 62 s'applique seulement à la partie VI de la *Loi sur la concurrence* — et qu'il ne s'applique donc pas *directement* au par. 36(1), qui se trouve plutôt à la partie IV — me paraît sans conséquence. La cause d'action créée par l'al. 36(1)a) est expressément liée au comportement qui constituerait une infraction sous le régime de la partie VI de la Loi. Dans l'arrêt *General Motors*, p. 673, notre Cour a reconnu que l'objet de cette disposition réparatrice est de « faciliter l'exécution des aspects fondamentaux de la Loi », comme les prohibitions visant le comportement anticoncurrentiel.

[201] Il est également essentiel de souligner que l'art. 62 contient l'expression « un droit d'action au civil », ce qui donne à penser que le Parlement a envisagé de préserver les différents droits d'action au civil qui peuvent être exercés par suite d'un comportement interdit par la partie VI en plus de celui prévu au par. 36(1). En effet, l'art. 62 serait redondant et inutile s'il confirmait simplement ce que dit déjà le par. 36(1), à savoir que les auteurs d'un comportement prohibé par la partie VI peuvent faire l'objet *à la fois* de poursuites criminelles *et* de poursuites civiles en vertu de l'al. 36(1)a). Cela est d'autant plus vrai puisque le par. 36(2) et le sous-al. 36(4)a)(ii) prévoient qu'une action peut être intentée contre un défendeur même après qu'il eut été statué de façon définitive sur la poursuite au criminel.

[202] Par conséquent, lorsque je lis les termes de l'art. 62 [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du [Parlement] » (Driedger, p. 87; *Bell ExpressVu*, par. 26), j'en arrive à la conclusion que cette disposition a pour effet de préserver tous les droits d'action au civil que peut exercer le demandeur — en sus du droit d'action prévu au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* — relativement à un comportement anticoncurrentiel qui constituerait une infraction sous le régime de la partie VI de cette loi.

were to be interpreted as exhaustive in respect of civil claims for such conduct.

[203] On the basis of this reasoning, I agree with the result reached by my colleague: the courts below did not err in permitting the Plaintiff to advance the pleaded common law and equitable causes of action together with the statutory cause of action under s. 36(1) in this case.

C. *What Standard Must a Representative Plaintiff Meet in Order to Have Loss-Related Questions Certified as “Common Issues” Among Indirect Purchasers, and Has the Plaintiff Met This Standard in the Present Case?*

[204] The final issue on appeal relates to the requirement of common issues in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*. What is it that the Plaintiff must be capable of establishing at the certification stage in order to provide the necessary assurance that his loss-related questions are capable of resolution on a common basis, and does his proposed methodology for establishing loss satisfy this requirement?

(1) Background

[205] The existence of common issues among the individual class members lies at the very heart of a class proceeding. The procedural ability to aggregate these issues and to consider them at once, and for all class members, during a common issues trial is what alleviates the need for each class member to seek redress via separate actions (M. A. Eizenga et al., *Class Actions Law and Practice* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 3-101). The authors of *The Law of Class Actions in Canada* explain the importance of commonality in the following terms:

The presence of significant common issues provides the access to justice and judicial economies that ultimately

En effet, l’art. 62 serait vide de sens si le par. 36(1) était interprété comme une disposition exhaustive en ce qui concerne les recours civils relatifs à ce type de comportement.

[203] Sur le fondement de ce raisonnement, je souscris au résultat auquel arrive mon collègue : les tribunaux d’instance inférieure n’ont pas commis d’erreur en permettant au demandeur de faire valoir les causes d’action en common law et en equity ainsi que la cause d’action fondée sur le par. 36(1) en l’espèce.

C. *Quelle est la norme à laquelle doit satisfaire le représentant des demandeurs pour que les questions liées à la perte soient autorisées comme des « questions communes » aux acheteurs indirects? Le demandeur satisfait-il à cette norme en l’espèce?*

[204] La dernière question à trancher dans le pourvoi concerne l’exigence des questions communes énoncée à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*. À l’étape de l’autorisation, que doit être en mesure d’établir le demandeur pour convaincre le tribunal que ses questions liées à la perte peuvent être résolues sur une base commune, et est-ce que la méthode qu’il propose pour prouver la perte respecte cette exigence?

(1) Contexte

[205] L’existence de questions communes aux membres individuels du groupe est au cœur même d’un recours collectif. La capacité, sur le plan procédural, de regrouper ces questions communes et de les étudier une seule fois, et ce pour l’ensemble des membres du groupe, lors de l’audition des questions communes élimine la nécessité que chacun des membres du groupe demande réparation en intentant des actions distinctes (M. A. Eizenga et autres, *Class Actions Law and Practice* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 3-101). Les auteurs de *The Law of Class Actions in Canada* expliquent l’importance de la notion de caractère commun en ces termes :

[TRADUCTION] L’existence de questions communes importantes favorise l’accès à la justice et l’économie des

justify certifying a class proceeding. Common issues are what actually unite and define the class. The mere fact that a group of people suffers a wrong does not justify certifying a class proceeding unless there are common issues to be decided for the defendant and the members of the group.

(W. K. Winkler et al. (2014), at p. 107)

For this reason, the determination of what constitute the common issues in any proposed class action is a key aspect of a certification motion.

[206] In his Proposed Litigation Plan, the Plaintiff submitted a number of questions for resolution on a common basis at trial (A.R., vol. II, at pp. 125-27), including questions that essentially relate to whether the class members suffered a loss in connection with the alleged price-fixing conspiracy.

[207] In order to satisfy the Certification Judge that these loss-related questions were capable of resolution on a common basis, the Plaintiff adduced evidence from an expert economist named Dr. Keith Reutter. In his expert report, Dr. Reutter took the position that “all members of the proposed Class would have been impacted” by the alleged price-fixing conspiracy and that “there are accepted methods available to estimate any overcharge and aggregate damages that resulted from the alleged wrongdoing using evidence common to the proposed Class” (A.R., vol. III, at p. 119). His methods would involve constructing an economic model to estimate the “but-for” price of the ODDs, that is, their price if the alleged anti-competitive conduct had not occurred (Certification Judge’s reasons, at para. 156), and would include “econometric methods based on multiple regression to determine the overcharge and pass-through rates” (*ibid.*, at para. 158).

[208] The suggestion that Dr. Reutter’s methodology could establish that all class members would have been impacted by the alleged price-fixing conspiracy was called into question during his cross-examination,

ressources judiciaires, ce qui, au bout du compte, justifie l’autorisation d’un recours collectif. En fait, les questions communes unifient et définissent le groupe. Le simple fait qu’un groupe de personnes subisse un tort ne justifie pas l’autorisation d’un recours collectif, à moins qu’il faille se prononcer sur des questions communes au défendeur et aux membres du groupe.

(W. K. Winkler et autres (2014), p. 107)

Pour ce motif, dans le contexte d’une requête en autorisation d’un recours collectif projeté, il est essentiel d’identifier les questions communes.

[206] Dans le plan de déroulement de l’instance qu’il a proposé, le demandeur a énoncé plusieurs questions qui peuvent faire l’objet d’une résolution commune (d.a., vol. II, p. 125-127). Certaines de ces questions visaient essentiellement à savoir si les membres du groupe ont subi une perte liée au complot allégué de fixation des prix.

[207] Dans le but de convaincre le juge saisi de la demande d’autorisation que ces questions liées à la perte pouvaient faire l’objet d’une résolution commune, le demandeur a produit le rapport d’un économiste expert, M. Keith Reutter. Dans son rapport d’expert, M. Reutter soutient que [TRADUCTION] « tous les membres du groupe projeté auraient été touchés » par le complot allégué de fixation des prix et que « certaines méthodes permettraient d’estimer la valeur de toute hausse et de tout préjudice global ayant découlé des actes fautifs reprochés au moyen de la preuve commune au groupe projeté » (d.a., vol. III, p. 119). Ses méthodes supposeraient l’élaboration d’un modèle économique servant à évaluer le prix hypothétique des LDO s’il n’y avait pas eu comportement anticoncurrentiel (motifs du juge saisi de la demande d’autorisation, par. 156), de même que l’utilisation de [TRADUCTION] « méthodes économétriques fondées sur la régression multiple pour calculer la majoration et le montant de la perte transférée » (*ibid.*, par. 158).

[208] Toutefois, la suggestion selon laquelle la méthode de M. Reutter permettrait de prouver que tous les membres du groupe ont été touchés par le complot allégué de fixation des prix a été mise en question

however (see A.R., vol. V, at pp. 210-25). The Defendants therefore resisted certification of the loss-related questions, arguing that the Plaintiff's methodology could not address the issue of loss *on a class-wide basis* because it would not make it possible to answer the Plaintiff's proposed questions at trial in respect of every class member — either by establishing that all of them were overcharged for their ODDs, or by identifying those who were, and distinguishing them from those who were not. In the Defendants' submission, unless it could be determined at the common issues trial that a loss had actually been incurred by at least some specific indirect purchasers, then those loss-related questions could not be decided on a common basis at trial and should therefore not be certified as common issues.

[209] For his part, the Plaintiff argued that, from a factual standpoint, his expert's methodology would be capable of establishing that all class members (including the indirect purchasers) had suffered a loss. As an alternative legal argument, he submitted that he was not required to demonstrate to the Certification Judge that, using his expert's methodology, he would be able to prove at trial that all class members were harmed or to distinguish those who were from those who were not in an individualized fashion (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 96). Instead, his position was that it would be sufficient, at the certification stage, if the methodology were simply capable of proving that loss had reached the indirect purchaser *level* in the distribution chain — that is, that some overcharges were passed on to some indirect purchasers, without having to identify which ones.

[210] What is key, for the purposes of the commonality issue, is the difference between demonstrating that loss reached the indirect purchaser *level* — that is, that some overcharges were passed on to some *unidentified* indirect purchasers — and proving that loss reached *all* or an *identified group* of indirect purchasers.

pendant son contre-interrogatoire (d.a., vol. V, p. 210-225). Les défenderesses se sont donc opposées à l'autorisation des questions liées à la perte. Elles ont fait valoir que la méthode du demandeur ne pouvait aborder la question de la perte subie à l'*échelle du groupe*, car elle ne permettra pas de répondre aux questions proposées par le demandeur au procès à l'égard de chacun des membres du groupe — que ce soit en prouvant que tous les membres du groupe ont payé un prix trop élevé pour leurs LDO ou en identifiant les membres qui ont payé un prix trop élevé et en les distinguant de ceux qui ont payé un juste prix. Selon les arguments des défenderesses, à moins qu'il ne soit déterminé lors de l'audition des questions communes qu'une perte a effectivement été subie par au moins quelques acheteurs indirects précis, ces questions liées à la perte ne peuvent être tranchées sur une base commune au procès et ne devraient donc pas être autorisées en tant que questions communes.

[209] Pour sa part, le demandeur a fait valoir que, du point de vue factuel, la méthode proposée par son expert permettrait de prouver que tous les membres du groupe (y compris les acheteurs indirects) ont subi une perte. À titre d'argument juridique subsidiaire, il a affirmé qu'il n'était pas tenu de démontrer au juge saisi de la demande d'autorisation que la méthode proposée par son expert lui permettrait de prouver au procès que tous les membres du groupe ont subi un préjudice ou d'établir de manière individuelle une distinction entre ceux qui ont subi un préjudice et ceux qui n'en ont pas subi (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 96). Le demandeur était plutôt d'avis qu'il lui suffirait de démontrer, à l'étape de l'autorisation, que sa méthode permet d'établir que la perte a atteint le *niveau* de l'acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution. Autrement dit, il lui suffirait d'établir qu'une certaine majoration atteint certains acheteurs indirects, sans avoir à les identifier individuellement.

[210] En ce qui concerne la question du caractère commun, l'élément clé est la différence entre la démonstration que la perte a atteint le *niveau* de l'acheteur indirect — c'est-à-dire qu'une certaine majoration a atteint quelques acheteurs indirects *non identifiés* — et la preuve que la perte a atteint *la totalité* des acheteurs indirects ou un *groupe précis* d'acheteurs indirects.

[211] My colleague seems to accept that there is some basis in fact for finding that Dr. Reutter’s methodology will have a reasonable prospect of establishing, at the common issues trial, that all of the indirect purchasers suffered a loss. In his view, however, nothing turns on this given his conclusion as to the law:

... it is not necessary, in order to support certifying loss as a common question, that a plaintiff’s expert’s methodology establish that each and every class member suffered a loss. Nor is it necessary that Dr. Reutter’s methodology be able to identify those class members who suffered no loss so as to distinguish them from those who did. Rather, in order for loss-related questions to be certified as common issues, a plaintiff’s expert’s methodology need only be sufficiently credible or plausible to establish loss reached the requisite purchaser level. [Emphasis added; para. 102.]

[212] For the purposes of my analysis, I am prepared to accept that there is some basis in fact on which the Certification Judge could have found that the proposed methodology would be capable of proving at trial that loss had reached the indirect purchaser level. My disagreement with my colleague lies elsewhere. In my view, a methodology that is incapable of establishing at trial that at least some *identifiable* indirect purchasers actually suffered a loss, but that can instead show only that loss occurred somewhere at the indirect purchaser *level* in the distribution chain, does not allow any of the loss-related questions proposed by the Plaintiff in this case to be answered on a “common” or “class-wide” basis.

(2) Analysis

[213] In *Microsoft*, this Court affirmed that, in order to have a question certified as a common issue, the representative plaintiff must show that there is some basis in fact for the commonality requirement in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* — that is, that the question be capable of resolution *on a class-wide basis* (see paras. 99-114). What the “some basis in fact” standard requires in any given case depends on what it is that the proposed question asks;

[211] Mon collègue semble accepter qu’il existe un certain fondement factuel pour conclure que la méthode de M. Reutter permettra raisonnablement d’établir, lors de l’audition des questions communes, que tous les acheteurs indirects ont subi une perte. Il estime cependant que cela n’est pas pertinent compte tenu de sa conclusion à l’égard du droit :

... il n’est pas nécessaire, pour justifier l’autorisation de la question de la perte en tant que question commune, que la méthode proposée par un expert du demandeur établisse que chaque membre du groupe a subi une perte. Il n’est pas non plus nécessaire que la méthode de M. Reutter permette d’identifier les membres du groupe qui n’ont subi aucune perte de manière à les distinguer de ceux qui en ont subi une. Pour que les questions relatives à la perte soient certifiées en tant que questions communes, la méthode de l’expert du demandeur n’a qu’à être suffisamment valable ou acceptable pour établir que l’acheteur du niveau requis a subi une perte. [Je souligne; par. 102.]

[212] Aux fins de mon analyse, je suis disposée à accepter qu’il existe un certain fondement factuel permettant au juge saisi de la demande d’autorisation de conclure que la méthode proposée permettrait d’établir au procès que la perte a atteint le niveau des acheteurs indirects. Mon désaccord avec mon collègue porte sur un autre point. À mon sens, une méthode qui ne permet pas d’établir au procès qu’au moins un certain nombre d’acheteurs indirects *identifiables* ont effectivement subi une perte et qui permet seulement de démontrer que la perte a atteint le *niveau* de l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution ne peut être utilisée pour résoudre l’une ou l’autre des questions relatives à la perte proposées par le demandeur en l’espèce de façon commune ou à l’échelle du groupe.

(2) Analyse

[213] Dans l’arrêt *Microsoft*, notre Cour a affirmé que pour qu’une question soit autorisée en tant que question commune, le représentant des demandeurs doit établir l’existence d’un certain fondement factuel pour respecter l’exigence de la question commune énoncée à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, c’est-à-dire que la question doit pouvoir faire l’objet d’une résolution *à l’échelle du groupe* (voir par. 99-114). Dans un cas donné, la norme fondée

different questions will impose different requirements upon the representative plaintiff.

[214] In the case at hand, the loss-related questions proposed by the Plaintiff include the following: What damages, if any, are payable to the Class Members pursuant to s. 36 of the *Competition Act*? Did the Class Members suffer economic loss? Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the overcharges on the sale of ODDs?

[215] The term “Class Member” or “Class Members” is defined in the Plaintiff’s Proposed Litigation Plan as “one or more members of the proposed class”, which is comprised of:

All persons resident in British Columbia who, during the period commencing at least as early as January 1, 2004 and continuing through January 1, 2010 (the “Class Period”), purchased optical disc drives (“ODD”) or products that contained ODD. [A.R., vol. II, at p. 114]

[216] The broad definition of the term “Class Members”, and the use of that term in stating the proposed loss-related questions, reflects the possibility that the Plaintiff might not be able to prove at trial that *everyone* who purchased an ODD or an ODD product actually suffered a loss in connection with the alleged price-fixing conspiracy. Rather, the evidence might be such that loss is provable only in respect of *some* class members. My colleague says that these questions are stated in such a way that they “could be taken as asking whether *all* class members suffered economic loss or whether *any* class members suffered economic loss”, and adds that “because they could be taken in two different ways they might, following the common issues trial, be answered in different ways” (para. 91 (emphasis in original)).

[217] Regardless of how flexible these questions might be, however, they cannot be answered on a “class-wide” or “common” basis at trial if the

sur l’existence d’« un certain fondement factuel » dépend de la teneur de la question proposée; des exigences différentes seront imposées au représentant des demandeurs selon les questions soulevées.

[214] En l’espèce, les questions liées à la perte proposées par le demandeur sont notamment les suivantes : Quel est le montant des dommages-intérêts, s’il en est, payables aux membres du groupe conformément à l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*? Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière? Les membres du groupe se sont-ils appauvris d’un montant égal à celui de la majoration du prix de vente des LDO?

[215] Les termes [TRADUCTION] « membre du groupe » et « membres du groupe » sont définis dans le plan de déroulement de l’instance proposé par le demandeur comme « un ou plusieurs membres du groupe projeté », qui est composé de :

[TRADUCTION] Tous les résidents de la Colombie-Britannique qui, pendant la période allant au moins du 1^{er} janvier 2004 au 1^{er} janvier 2010 (la « période visée par le recours collectif ») ont acheté des lecteurs de disques optiques (« LDO ») ou des produits munis de LDO. [d.a., vol. II, p. 114]

[216] La définition large du terme « membres du groupe », et l’utilisation de ce terme pour formuler les questions proposées liées à la perte, démontrent la possibilité que le demandeur ne soit pas en mesure de prouver au procès que *toutes* les personnes ayant acheté un LDO ou un produit muni d’un LDO ont effectivement subi une perte à cause du complot allégué de fixation des prix. En fait, la preuve pourrait être telle que seule la perte qu’auraient subie *certain*s membres du groupe est susceptible d’être prouvée. Mon collègue affirme que ces questions sont formulées de manière à ce qu’elles « puissent être interprétées comme demandant si *tous* les membres du groupe ont subi une perte économique ou si *l’un* d’entre eux a subi une perte économique » et il ajoute que, « [p]arce que ces questions peuvent recevoir deux interprétations différentes, elles pourraient donc, à la suite de l’audition des questions communes, appeler des réponses différentes » (par. 91 (en italique dans l’original)).

[217] Aussi souples ces questions soient-elles, cependant, elles ne peuvent faire l’objet d’une résolution commune ou d’une résolution à l’échelle du

Plaintiff's methodology is incapable of establishing loss in any identifiable manner. This is because mere proof that some loss reached the indirect purchaser level in the distribution chain does not dispose of any element of liability for any indirect purchaser, nor does it otherwise advance the litigation in any meaningful way.

- (a) *Proof at trial that loss reached the indirect purchaser level, without anything more, does not dispose of any element of liability for any indirect purchaser*

[218] As my colleague seems to implicitly acknowledge in his reasons, proof that loss reached the indirect purchaser level is insufficient for any finding of liability to be made at the common issues trial. This is because loss or deprivation suffered by the claimant is an essential element of the causes of action under s. 36 of the *Competition Act*, under the common law tort of civil conspiracy, and in unjust enrichment. This is key: the Defendants can be held liable under these causes of action only to those class members who (among other things) are found to have suffered a loss in connection with the price fixing.⁵ For this reason, the common issues trial judge cannot impose any liability on the Defendants if the Plaintiff cannot show which class members actually suffered a loss. Individual trials will then be necessary (see Brown J.'s reasons, at para. 120; C.A. reasons, at para. 158; *Shah* (Ont. S.C.J.), at para. 69). Indeed, the Plaintiff acknowledges as much in his Proposed Litigation Plan, when he states the following:

The common issues trial will determine the existence and scope of the alleged conspiracy. The common issues trial

⁵ The degree of "connection" varies among the different causes of action. For example, the cause of action under s. 36 of the *Competition Act* is for loss or damage that has occurred "as a result of" anti-competitive conduct. Recovery in unjust enrichment is available to a claimant who suffered a deprivation that "corresponds" to the defendant's enrichment in circumstances where there is no juristic reason for either the enrichment or the deprivation.

groupe au procès si la méthode du demandeur ne permet pas d'établir la perte d'une manière identifiable. Il en est ainsi parce que la simple preuve qu'une partie de la perte a atteint le niveau de l'acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution ne permet pas de démontrer l'existence d'une responsabilité quelconque envers les acheteurs indirects ou de faire progresser l'instance d'une manière utile.

- a) *La simple démonstration au procès que la perte a atteint le niveau de l'acheteur indirect ne prouve pas l'existence d'une responsabilité quelconque envers les acheteurs indirects*

[218] Comme semble le reconnaître implicitement mon collègue dans ses motifs, la preuve que la perte a atteint le niveau d'acheteurs indirects est insuffisante pour tirer une conclusion de responsabilité lors de l'audition des questions communes. Cela tient au fait que la perte ou l'appauvrissement subi par le demandeur est un élément essentiel des causes d'actions fondées sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, fondées sur le délit de complot civil reconnu en common law et en matière d'enrichissement sans cause. Ceci est un élément clé : les défenderesses peuvent être tenues responsables relativement à ces causes d'action seulement envers les membres du groupe à l'égard desquels (notamment) il est conclu qu'ils ont subi une perte liée à la fixation des prix⁵. Pour cette raison, le juge saisi des questions communes ne peut imputer une quelconque responsabilité aux défenderesses si le demandeur n'est pas en mesure d'identifier les membres du groupe qui ont effectivement subi une perte. Des procès individuels seraient donc nécessaires (voir les motifs du juge Brown, par. 120; motifs de la C.A., par. 158; *Shah* (C.S.J. Ont.), par. 69). En effet, le demandeur le reconnaît dans son plan de déroulement de l'instance proposé, où il affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] L'audition des questions communes permettra de déterminer l'existence et l'ampleur du complot

⁵ Le degré d'un « lien » varie parmi les différentes causes d'action. Par exemple, la cause d'action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* concerne la perte ou les dommages subis « par suite » d'un comportement anticoncurrentiel. Un demandeur ayant subi un appauvrissement qui « correspond » à l'enrichissement du défendeur peut demander un recouvrement pour enrichissement sans cause lorsqu'aucun motif juridique ne justifie l'enrichissement ou l'appauvrissement.

may also determine on a class-wide basis whether Class Members were injured, leading to a finding of liability and a determination of aggregate damages. If the common issues trial does not determine injury on a class-wide basis, liability and damages will be determined on an individual basis in a manageable process. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 118.]

[219] This, of course, makes sense when we consider the fact that a class action is essentially an aggregation of individual actions that share common issues of fact and law (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 27). In *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR Inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, this Court reiterated that the class proceeding is merely a procedural vehicle which “cannot be used to make up for the absence of one of the constituent elements of the cause of action”, adding that such a proceeding “can succeed only if each claim it covers, taken individually, could serve as a basis for court proceedings” (para. 52 (emphasis added)). By way of illustration, a claimant in an individual trial would not be entitled to a remedy under s. 36(1) of the *Competition Act* merely upon establishing that loss had reached some unidentified persons at his or her level in the distribution chain; that claimant would likewise have no such entitlement in a class proceeding (see *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545, at para. 75).

[220] Moreover, and again as my colleague’s reasons make clear, the aggregate damages provisions of the *Class Proceedings Act* (ss. 29 to 34) cannot be of any assistance to the Plaintiff in establishing liability to all of the class members in a case like this, where proof of loss is a constituent element of the cause(s) of action. As Rothstein J. explained in *Microsoft*:

The aggregate damages provisions of the CPA relate to remedy and are procedural. They cannot be used to establish liability (*2038724 Ontario Ltd. v. Quizno’s Canada*

allégué. Elle permettra également de déterminer à l’échelle du groupe si les membres du groupe ont subi un préjudice, ce qui mènera à une conclusion de responsabilité et à la fixation des dommages-intérêts globaux. Si l’audition des questions communes ne permet pas de déterminer qu’un préjudice a été subi à l’échelle du groupe, la responsabilité et les dommages-intérêts seront établis individuellement au moyen d’un processus fonctionnel. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 118.]

[219] Bien sûr, cela est logique lorsque nous tenons compte du fait qu’un recours collectif est essentiellement un regroupement d’actions individuelles qui partagent des questions communes de fait et de droit (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 27). Dans l’arrêt *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, notre Cour a réaffirmé que le recours collectif ne constitue qu’un mécanisme procédural dont « on ne peut s’autoriser [. . .] pour suppléer à l’absence d’un des éléments constitutifs du droit d’action », ajoutant qu’une telle procédure « ne pourra réussir que si chacune des réclamations prises individuellement justifiait le recours aux tribunaux » (par. 52 (je souligne)). À titre d’exemple, le demandeur qui intente une action à titre individuel n’aurait pas droit à une réparation au titre du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* simplement en établissant qu’une perte a été subie par des personnes non identifiées situées à son niveau de la chaîne de distribution; ce demandeur n’aurait pas non plus droit à une telle réparation dans un recours collectif (voir *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545, par. 75).

[220] De plus, et comme mon collègue l’indique clairement dans ses motifs, les dispositions de la *Class Proceedings Act* relatives aux dommages-intérêts globaux (art. 29 à 34) ne peuvent être d’aucune utilité au demandeur pour établir la responsabilité envers tous les membres du groupe dans une affaire comme celle qui nous occupe, où la preuve de la perte est un élément constitutif de la ou des causes d’action. Comme l’a expliqué le juge Rothstein dans *Microsoft* :

Les dispositions de la CPA sur l’octroi de dommages-intérêts globaux ont trait à la réparation, sont de nature procédurale et ne peuvent permettre d’établir la responsabilité

Restaurant Corp., 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, at para. 55). The language of s. 29(1)(b) specifies that no question of fact or law, other than the assessment of damages, should remain to be determined in order for an aggregate monetary award to be made. As I read it, this means that an antecedent finding of liability is required before resorting to the aggregate damages provision of the CPA. This includes, where required by the cause of action such as in a claim under s. 36 of the *Competition Act*, a finding of proof of loss. I do not see how a statutory provision designed to award damages on an aggregate basis can be said to be used to establish any aspect of liability. [Emphasis added; para. 131.]

[221] The aggregate damages provisions of the *Class Proceedings Act* therefore cannot be interpreted and applied in such a way as to give a remedy to class members who could not obtain a remedy in an individual trial due to their inability to show that they suffered a loss in connection with the alleged conspiracy. It is important not to conflate the assessment of aggregate damages with the rationale for awarding them.

[222] What all of this means is that a determination at a common issues trial of whether loss reached the indirect purchaser *level* in the distribution chain is of no assistance in resolving the question of whether the Defendants are actually liable to any or all of the indirect purchasers under the causes of action listed above. From the Plaintiff's perspective, the best case scenario is that there is a need for individual trials on the question of which indirect purchasers actually suffered a loss. His worst case scenario is that it cannot be proved that any indirect purchasers suffered a loss at all, which would terminate the litigation altogether as it pertains to those class members. Contrary to what the Certification Judge stated in his reasons (at para. 168), establishing at trial that "the defendants took part in a conspiracy, that they sometimes or always overcharged direct purchasers, and that at least some direct purchasers passed on these overcharges" to the indirect purchasers will *not* be "sufficient to establish the fact of the defendants' liability". It follows, therefore, that the Certification Judge did not identify the correct

(2038724 *Ontario Ltd. c. Quizno's Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, par. 55). Le libellé de l'al. 29(1)(b) veut qu'il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire pour qu'une réparation pécuniaire globale puisse être accordée. À mon sens, il faut une conclusion préalable de responsabilité avant d'appliquer les dispositions de la CPA sur l'octroi de dommages-intérêts globaux, ce qui comprend, lorsque l'exige une cause d'action comme celles prévues à l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, une conclusion sur la preuve de la perte. Je ne vois pas comment une disposition visant à accorder des dommages-intérêts de manière globale pourrait être le fondement d'une conclusion sur quelque volet de la responsabilité. [Je souligne; par. 131.]

[221] Les dispositions de la *Class Proceedings Act* relatives aux dommages-intérêts globaux ne peuvent donc être interprétées et appliquées de manière à accorder une réparation aux membres du groupe qui ne pouvaient en obtenir une dans un procès individuel en raison de leur incapacité à démontrer qu'ils ont subi une perte par suite du complot allégué. Il est important de ne pas confondre l'évaluation des dommages-intérêts globaux avec la justification de leur octroi.

[222] Compte tenu de tout ce qui précède, lors de l'audition des questions communes, déterminer si la perte a atteint le *niveau* d'acheteurs indirects situés en aval dans la chaîne de distribution ne permet pas d'établir si les défenderesses sont responsables envers l'ensemble ou une partie des acheteurs indirects relativement aux causes d'action énumérées ci-dessus. Du point de vue du demandeur, dans le meilleur des cas, il faudrait tenir des procès individuels afin de déterminer qui, parmi les acheteurs indirects, a réellement subi une perte. Le pire des cas serait de ne pas pouvoir démontrer que l'un ou l'autre des acheteurs indirects a subi une perte, ce qui mettrait carrément fin au litige visant ces membres du groupe. Contrairement à ce qu'a indiqué le juge saisi de la demande d'autorisation dans ses motifs (par. 168), démontrer au procès que [TRADUCTION] « les défenderesses ont participé à un complot, qu'elles ont parfois ou toujours imposé une majoration aux acheteurs directs et qu'au moins certains de ces acheteurs directs ont refilé ces majorations » aux acheteurs indirects « [*ne*] suffira [*pas*] à établir la responsabilité des défenderesses ». Par

standard for certifying loss as a common issue (see Brown J.’s reasons, at para. 110).

- (b) *Proof at trial that loss reached the indirect purchaser level, without anything more, does not allow for any loss-related determination that would advance the litigation in a manner that satisfies the commonality requirement*

[223] My colleague states that the loss-related questions proposed by the Plaintiff in this case satisfy the commonality requirement in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*, based on a methodology that is capable of proving that overcharges were passed on somewhere at the indirect purchaser level, *even though* such a methodology cannot allow any finding of liability to be made at trial (see paras. 109 and 120). Similarly, the Plaintiff takes the position that a “single analysis of whether there was an overcharge and whether that overcharge was passed on to the indirect purchaser level would significantly advance the claim for all class members by avoiding repetition of the collection and analysis of large quantities of economic data” (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 106).

[224] In light of the legal principles set out by my colleague at paras. 103-5 of his reasons, however, I cannot agree. To begin with, the fact that losses might have occurred somewhere at the indirect purchaser level in the distribution chain does not assist us in determining which specific indirect purchasers suffered losses in order to identify the class members to whom the Defendants might be liable. If the common issues trial judge finds that overcharges were passed on to at least one unidentifiable indirect purchaser, there would still be a need for individual trials; therefore, duplication of fact-finding would not be eliminated (*Dutton*, at para. 39). And if such individual trials are indeed required, then proof that loss occurred somewhere at the indirect purchaser level is not truly “necessary to the resolution of each class member’s claim”, is not a “substantial common ingredient” of their causes of action, and cannot in fact result in

conséquent, le juge saisi de la demande d’autorisation n’a pas appliqué la bonne norme pour autoriser la question de la perte en tant que question commune (voir les motifs du juge Brown, par. 110).

- b) *La simple démonstration au procès que la perte a atteint le niveau de l’acheteur indirect ne permet pas de rendre une décision sur la perte qui ferait progresser l’instance d’une manière qui respecte l’exigence d’une question commune*

[223] Mon collègue affirme que les questions de perte proposées par le demandeur en l’espèce répondent à l’exigence d’une question commune prévue à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, sur le fondement d’une méthode qui permet de prouver qu’une majoration a été refilée au niveau de l’acheteur indirect, *même si* cette méthode ne permet pas de tirer une conclusion de responsabilité au procès (voir par. 109 et 120). De même, le demandeur soutient que [TRADUCTION] « une seule analyse visant à déterminer s’il y a eu majoration et si celle-ci est passée au niveau de l’acheteur indirect ferait considérablement progresser la demande pour tous les membres du groupe, car elle aurait pour effet d’éviter de répéter la collecte et l’analyse de grandes quantités de données économiques » (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 106).

[224] Compte tenu des principes de droit énoncés par mon collègue aux par. 103-105 de ses motifs, cependant, je ne puis être d’accord. Premièrement, le fait que des acheteurs indirects situés en aval dans la chaîne de distribution pourraient avoir subi une perte ne nous aide pas à déterminer précisément de quels acheteurs indirects il s’agit, d’une manière qui nous permettrait d’identifier les membres du groupe envers lesquels les défenderesses pourraient être responsables. Si le juge appelé à statuer sur les questions communes conclut qu’une majoration a atteint le niveau d’au moins un acheteur indirect non identifiable, il serait tout de même nécessaire de tenir des procès individuels; la répétition de l’appréciation des faits ne serait donc pas éliminée (*Dutton*, par. 39). Et si de tels procès individuels sont vraiment nécessaires, la preuve qu’une perte a été subie quelque part au niveau des acheteurs indirects n’est

“success” for any of those indirect purchasers (*ibid.*, at paras. 39-40 (emphasis added)).

[225] My colleague nevertheless opines that the requisite commonality derives from the fact that failure to show that loss was suffered by *any* indirect purchasers would mean that *none* of them could succeed against the Defendants (para. 108). With respect, however, the function of the common issues trial is not to screen out unmeritorious claims; it is to allow issues of fact and law that are common among many claimants to be determined *at once*, so as to avoid the need for individual determinations for each and every class member. Furthermore, it is unclear why any representative plaintiff would seek the certification of a question that can meaningfully “advance the litigation” only if it results in failure for all indirect purchasers (see Brown J.’s reasons, at para. 109). In any event, I agree that “it would be a gross waste of private and public resources to litigate if the only prospective ‘benefit’ was to show that there was no point bringing the case in the first place” (K. Wright, T. Shikaze and E. Snow, “On the ‘Level’ After *Godfrey*: Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions” (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13, at p. 18).⁶

[226] All of this leads me to the conclusion that proof that loss reached the indirect purchaser *level* in the distribution chain would not, without more, allow the common issues trial judge to make any loss-related determinations on a class-wide basis so as to permit the proposed questions to be certified as common issues for trial.

pas réellement « nécessaire pour la résolution des demandes de chaque membre du groupe », n’est pas un « élément commun important » de leurs causes d’action et ne peut en fait entraîner le « succès » d’aucun de ces acheteurs indirects (*ibid.*, par. 39-40 (je souligne)).

[225] Mon collègue estime néanmoins que l’exigence d’une question commune découle du fait que si l’on ne peut démontrer que la perte a été subie par *quelque* acheteur indirect *que ce soit*, aucun d’entre eux ne peut obtenir gain de cause contre les défenderesses (par. 108). Avec égards, cependant, l’audition des questions communes n’a pas pour fonction d’écarter les demandes non fondées; elle sert plutôt à permettre de trancher *simultanément* des questions de fait et de droit qui sont communes à un grand nombre de demandeurs, de manière à éviter de devoir juger individuellement de ces questions pour chacun des membres du groupe. Qui plus est, on ne sait pas avec certitude pourquoi le représentant des demandeurs solliciterait l’autorisation d’une question qui peut uniquement « faire avancer l’instance » de façon utile si elle entraîne un échec pour tous les acheteurs indirects (voir les motifs du juge Brown, par. 109). Quoiqu’il en soit, je conviens que [TRADUCTION] « ce serait un énorme gaspillage de ressources privées et publiques d’intenter une poursuite si le seul “avantage” éventuel était de démontrer que, dès le départ, il n’y avait pas lieu de porter l’affaire devant les tribunaux » (K. Wright, T. Shikaze et E. Snow, « On the “Level” After *Godfrey* : Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions » (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13, p. 18)⁶.

[226] Tout ce qui précède m’amène à conclure que la preuve selon laquelle la perte a atteint le *niveau* de l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution, à elle seule, ne permettrait pas au juge appelé à statuer sur les questions communes de tirer une conclusion sur la perte à l’échelle du groupe, de manière à permettre l’autorisation des questions proposées en tant que questions communes pour audition.

⁶ One of the authors of this article served as counsel for certain defendants in this litigation (although not before this Court) and in *Shah*.

⁶ L’un des auteurs de cet article était l’avocat de certaines défenderesses en l’espèce (mais non devant notre Cour) et dans *Shah*.

(c) *Microsoft does not indicate that loss-related questions are certifiable in indirect purchaser class actions so long as the representative plaintiff has a plausible methodology for proving solely that some overcharges were passed on to the indirect purchaser level*

[227] Like the courts below, my colleague relies on this Court’s decision in *Microsoft* to support his conclusion that loss-related questions in indirect purchaser class actions are certifiable even if the representative plaintiff’s methodology can show only that loss reached the indirect purchaser *level* (but cannot establish loss on any individualized basis). Because that case raised a number of issues that are similar to those in the case at hand, it is worth analyzing it in some depth.

[228] As in this case, the class action in *Microsoft* was based on an allegation of price manipulation by the defendants, Microsoft Corporation and Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (collectively, “Microsoft”). The representative plaintiffs — Pro-Sys Consultants Ltd. and Neil Godfrey (collectively, “Pro-Sys”) — specifically alleged, on behalf of all class members, that Microsoft had engaged in unlawful conduct by overcharging for its operating systems. The class was made up of indirect purchasers who had acquired Microsoft products from resellers that had themselves purchased the products from Microsoft or another reseller higher up in the distribution chain. Pro-Sys pleaded causes of action under the common law torts of intentional interference with economic interests and conspiracy, sought damages pursuant to ss. 36, 45 and 52 of the *Competition Act*, and claimed in unjust enrichment and waiver of tort.

[229] Although the loss-related questions in that case are very similar to those proposed in the case at hand, they explicitly asked whether losses or overcharges had been passed on to *all* of the indirect

c) *Microsoft n’indique pas que les questions de perte peuvent être autorisées dans des recours collectifs formés par des acheteurs indirects dès que le représentant des demandeurs emploie une méthode acceptable pour prouver uniquement qu’une majoration a atteint le niveau de l’acheteur indirect*

[227] À l’instar des tribunaux d’instance inférieure, mon collègue se fonde sur l’arrêt *Microsoft* de notre Cour à l’appui de sa conclusion que les questions de perte dans des recours collectifs formés par des acheteurs indirects peuvent être autorisées même si la méthode proposée par le représentant des demandeurs permet seulement de démontrer que la perte a été refilée à l’acheteur indirect (sans prouver la perte de façon individuelle). Comme cette affaire a soulevé plusieurs questions semblables à celles en l’espèce, elle vaut la peine d’être examinée en profondeur.

[228] Comme dans le cas présent, le recours collectif dans *Microsoft* reposait sur une allégation de manipulation des prix de la part des défenderesses, Microsoft Corporation et Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (appelées collectivement « Microsoft »). Les représentants des demandeurs, Pro-Sys Consultants Ltd. et Neil Godfrey (appelées collectivement « Pro-Sys »), avaient précisément allégué, au nom de tous les membres du groupe, que Microsoft avait agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation. Le groupe était composé d’acheteurs indirects qui avaient acheté des produits de Microsoft de revendeurs qui les avaient eux-mêmes achetés de Microsoft ou d’autres revendeurs situés en amont dans la chaîne de distribution. Pro-Sys invoquait des causes d’action pour délits d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers et de complot reconnus en common law, sollicitait des dommages-intérêts sur le fondement des art. 36, 45 et 52 de la *Loi sur la concurrence* et demandait restitution pour enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel.

[229] Bien que les questions de perte dans cette affaire ressemblaient beaucoup à celles proposées en l’espèce, elles visaient expressément à savoir si la perte ou la majoration avait été transférée à *tous*

purchaser class members.⁷ Among the issues at the certification stage was “whether Pro-Sys’ proposed methodology will be able to show the initial overcharges and the pass-through to the proposed class members” (*Pro-Sys v. Microsoft*, 2010 BCSC 285 (“*Microsoft* (BCSC)”), at para. 8 (CanLII) (emphasis added)).

[230] Rothstein J., writing for a unanimous Court, clarified that the onus on the representative plaintiff at the certification stage is to establish that there is some basis in fact for the commonality requirement. In the context of loss-related questions, he observed that this requires the proposed methodology to “offer a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis” (para. 118 (emphasis added)). Importantly, Rothstein J. also expanded on how commonality can be established in indirect purchaser class actions where expert evidence is adduced to show that the issue of loss is resolvable on a class-wide basis:

The role of the expert methodology is to establish that the overcharge was passed on to the indirect purchasers, making the issue common to the class as a whole (see *Chadha*, at para. 31). The requirement at the certification stage is not that the methodology quantify the damages in question; rather, the critical element that the methodology must establish is the ability to prove “common impact”, as described in the U.S. antitrust case of *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). That is, plaintiffs must demonstrate that “sufficient proof [is] available, for use at trial, to prove antitrust impact common

⁷ The loss-related questions proposed by Pro-Sys included the following: Are the Class Members entitled to losses or damages pursuant to s. 36 of the *Competition Act*, and, if so, in what amount? Did the Class Members suffer economic loss? Did the Class Members suffer economic loss as a result of the Defendants’ interference? Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the Overcharge? (See *Microsoft*, Appendix.) The term “Class Members” was defined in Pro-Sys’s proposed litigation plan to mean “all persons resident in British Columbia who, on or after January 1, 1994, indirectly acquired a license for Microsoft Operating Systems and/or Microsoft Applications Software for their own use, and not for purposes of further selling or leasing” (*Pro-Sys A.R.*, vol. III, at p. 196 (emphasis added)).

les acheteurs indirects du groupe⁷. Au nombre des questions soulevées à l’étape de l’autorisation, il y avait celle de savoir [TRADUCTION] « si la méthode proposée par Pro-Sys permettra d’établir la majoration initiale ainsi que son transfert aux membres du groupe projeté » (*Pro-Sys c. Microsoft*, 2010 BCSC 285 (« *Microsoft* (BCSC) »), par. 8 (CanLII) (je souligne)).

[230] Rédigeant l’arrêt unanime de la Cour, le juge Rothstein a précisé qu’à l’étape de l’autorisation, il incombe au représentant des demandeurs d’établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l’exigence d’une question commune. Dans le cas des questions de perte, il a fait remarquer que la méthode proposée doit « offrir une possibilité réaliste d’établir la perte à l’échelle du groupe » (par. 118 (je souligne)). Fait important, le juge Rothstein a également donné des précisions sur la manière dont le caractère commun de la perte peut être établi dans le cadre de recours collectifs formés par des acheteurs indirects où une preuve d’expert est présentée pour démontrer que la question de la perte peut être résolue à l’échelle du groupe :

La méthode proposée par l’expert vise à établir que la majoration a été transférée aux acheteurs indirects, ce qui rend la question commune au groupe dans son ensemble (voir *Chadha*, par. 31). À l’étape de la certification, la méthode n’a pas à déterminer le montant des dommages-intérêts, mais doit plutôt — et c’est là l’élément crucial — être susceptible de prouver « les conséquences communes », comme le conclut un tribunal américain dans une affaire antitrust, *In Re : Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). Les demandeurs doivent démontrer qu’une [TRADUCTION] « preuve

⁷ Les questions de perte proposées par Pro-Sys étaient notamment les suivantes : Les membres du groupe ont-ils droit, suivant l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, au recouvrement des pertes ou des dommages subis et, dans l’affirmative, à raison de quel montant? Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière? Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière par suite de cette atteinte? Les membres du groupe se sont-ils appauvris d’un montant égal à celui de la majoration? (Voir *Microsoft*, annexe.) Selon le plan de déroulement de l’instance proposé par Pro-Sys, le terme « membres du groupe » signifie [TRADUCTION] « toutes les personnes résidant en Colombie-Britannique qui, depuis le 1^{er} janvier 1994, ont acquis indirectement une licence pour un système d’exploitation ou un logiciel d’application de Microsoft à leur usage personnel, et non aux fins de revente ou de location » (d.a. *Pro-Sys*, vol. III, p. 196 (je souligne)).

to all the members of the class” (*ibid.*, at p. 155). It is not necessary at the certification stage that the methodology establish the actual loss to the class, as long as the plaintiff has demonstrated that there is a methodology capable of doing so. In indirect purchaser actions, this means that the methodology must be able to establish that the overcharges have been passed on to the indirect-purchaser level in the distribution chain. [Emphasis added; para. 115.]

[231] In the case at hand, the courts below interpreted this passage as meaning that loss-related questions will always be certifiable as common issues in the context of indirect purchaser class actions so long as the representative plaintiff’s methodology is capable of showing loss at the indirect purchaser level of the distribution chain. Respectfully, this reading of *Microsoft* — which focuses almost exclusively on the final sentence in the above-reproduced passage — is not consistent with the reasons as a whole, when read alongside those of the motion judge in that case.

[232] For our purposes, it is significant that the loss-related questions in *Microsoft* concerned whether *all* of the indirect purchasers had suffered a loss. Rothstein J. agreed that the class members’ claims raised common issues because the resolution of those issues “would appear to advance the claims of the entire class and to answer them commonly will avoid duplication in legal and factual analysis” (para. 111). He also declined to interfere with the motion judge’s finding that Pro-Sys “has a credible or plausible methodology to show that all class members were harmed by Microsoft’s alleged illegal activities” (*Microsoft* (BCSC), at para. 122 (emphasis in original); see also *Microsoft*, at para. 126). This led Rothstein J. to conclude as follows:

Unlike *Hollick*, here the loss-related issues can be said to be common because there is an expert methodology that has been found to have a realistic prospect of establishing

permettra d’établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe » (*ibid.*, p. 155). À l’étape de la certification, point n’est besoin que la méthode établisse la perte réellement subie par le groupe dans la mesure où le demandeur démontre qu’une méthode permet de le faire. Dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects, la méthode doit donc pouvoir établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution. [Je souligne; par. 115.]

[231] Dans le cas présent, les tribunaux d’instance inférieure ont interprété cet extrait comme signifiant que les questions de perte pourront toujours être autorisées en tant que questions communes dans le contexte de recours collectifs formés par des acheteurs indirects dans la mesure où la méthode proposée par le représentant des demandeurs permet de démontrer que la perte a atteint le niveau de l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution. Avec égards, cette interprétation de *Microsoft* — axée presque exclusivement sur la dernière phrase de l’extrait reproduit ci-dessus — ne cadre pas avec les motifs dans leur ensemble, lorsqu’ils sont lus conjointement avec ceux du juge saisi de la requête dans cette affaire.

[232] Pour les besoins du présent dossier, il est révélateur que les questions de perte dans *Microsoft* visaient à établir si *tous* les acheteurs indirects avaient subi une perte. Le juge Rothstein a convenu que les réclamations des membres du groupe soulevaient des questions communes, car la résolution de ces questions « permettrait de faire progresser l’examen des allégations du groupe dans son ensemble et d’éviter la répétition dans l’analyse du droit et des faits » (par. 111). Il a également refusé de modifier la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle Pro-Sys [TRADUCTION] « [a] adopt[é] une méthode valable ou acceptable pour démontrer que tous les membres du groupe ont été lésés par les activités illégales reprochées à Microsoft » (*Microsoft* (BCSC), par. 122 (souligné dans l’original); voir également *Microsoft*, par. 126). Le juge Rothstein a donc conclu ce qui suit :

Contrairement à l’affaire *Hollick*, on peut dire en l’espèce que la perte constitue une question commune car il a été déterminé qu’une méthode proposée par un expert

loss on a class-wide basis. If the common issues were to be resolved, they would be determinative of Microsoft's liability and of whether passing on of the overcharge to the indirect purchasers has occurred. Because such determinations will be essential in order for the class members to recover, it can be said, in this case, that a resolution of the common issues would significantly advance the action. While it is possible that individual issues may arise at the trial of the common issues, it is implicit in the reasons of [the motion judge] that, at the certification stage, he found the common issues to predominate over issues affecting only individual class members. [Emphasis added; para. 140.]

[233] A careful reading of *Microsoft* therefore makes it clear that Pro-Sys's loss-related questions were found to be resolvable on a "class-wide" basis because there was a credible and plausible methodology capable of answering them in respect of *all of the class members* at the common issues trial. Rothstein J. most likely referred to a methodology that is "able to establish that the overcharges have been passed on to the indirect purchaser level in the distribution chain" (para. 115) because of the motion judge's observation that, in order to succeed, Pro-Sys "must show that the alleged increased charges to the direct customers were not absorbed by any subsequent level in the distribution channel" before reaching the indirect purchasers who formed part of the class (*Microsoft* (BCSC), at para. 6). Indeed, Rothstein J. went so far as to say that "[t]he role of the expert methodology is to establish that the overcharge was passed on to the indirect purchasers, making the issue common to the class as a whole", and that what the plaintiff "must demonstrate [is] that 'sufficient proof [is] available, for use at trial, to prove antitrust impact common to all the members of the class' (*In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002)), at p. 155)" (para. 115 (emphasis added)).

[234] *Microsoft* is therefore a case in which the representative plaintiffs obtained the certification of questions asking whether *all* indirect purchasers had suffered a loss, by providing the motion judge with

permettrait assez certainement d'établir la perte à l'échelle du groupe. Le règlement des questions communes devrait permettre de statuer sur la responsabilité de Microsoft et sur le transfert de la majoration aux acheteurs indirects. Puisqu'il est essentiel de statuer sur ces points afin que les membres du groupe puissent recouvrer le montant de la perte, on peut soutenir en l'espèce que le règlement des questions communes fera progresser substantiellement l'instance. Bien qu'il soit possible que des questions individuelles soient soulevées à l'audition des questions communes, le juge Myers indique implicitement dans ses motifs que, à l'étape de la certification, les questions communes l'emportent sur les questions qui ne touchent que des membres individuels. [Je souligne; par. 140.]

[233] Il ressort donc d'une lecture attentive de l'arrêt *Microsoft* que notre Cour a conclu que les questions de perte soulevées par Pro-Sys pouvaient être réglées à « l'échelle du groupe », car il existait une méthode valable et acceptable permettant d'y répondre pour *tous les membres du groupe* lors de l'audition des questions communes. La mention, dans les motifs du juge Rothstein, d'une méthode pouvant « établir que la majoration a été transférée à l'acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution » (par. 115) reprend fort probablement la remarque du juge saisi de la requête selon laquelle, pour avoir gain de cause, Pro-Sys [TRADUCTION] « doit démontrer que la majoration alléguée transférée aux clients directs n'a pas été absorbée par un niveau subséquent de la chaîne de distribution » avant d'être refilée aux acheteurs indirects qui faisaient partie du groupe (*Microsoft* (BCSC), par. 6). En effet, le juge Rothstein est allé jusqu'à dire que « [l]a méthode proposée par l'expert vise à établir que la majoration a été transférée aux acheteurs indirects, ce qui rend la question commune au groupe dans son ensemble », et que le demandeur « [doit] démontrer qu'une [TRADUCTION] "preuve permettra d'établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe" (*In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002)), p. 155) » (par. 115 (je souligne)).

[234] Ainsi, *Microsoft* est une affaire où les représentants des demandeurs ont obtenu l'autorisation de questions visant à déterminer si *tous* les acheteurs indirects ont subi une perte, en fournissant au juge

some basis in fact on which to find that the representative plaintiffs would be capable of proving at trial that they all had. Because the methodology made it possible for the common issues trial judge to resolve a necessary component of everyone's claim at once, without the need for individual trials, the commonality requirement was clearly met. As I have explained, however, *Microsoft* does not support the proposition that loss-related questions concerning indirect purchasers are certifiable, as a matter of course, so long as the plaintiff's methodology can show that some loss reached their level in the distribution chain. My colleague provides no reason for reading *Microsoft* in any other way (see Brown J.'s reasons, at para. 107).

(3) Conclusion on the Commonality Issue

[235] The legal dispute between the parties turns on whether loss-related questions that pertain to indirect purchasers in a price-fixing class action can be certified as common issues *even if* the representative plaintiff's methodology is capable only of establishing at trial that loss was occasioned somewhere at the indirect purchaser level of the distribution chain. I would respectfully answer this question in the negative. If the methodology is such that the common issues trial judge will be unable to make any findings as to which class members actually suffered a loss (for the purpose of making determinations as to liability), then those loss-related questions proposed by the plaintiff will not be capable of resolution on a "class-wide" or "common" basis. Indeed, this Court explained in *Sun-Rype* that "where the proposed certified causes of action require proof of loss as a component of proving liability, the certification judge must be satisfied that there is some basis in fact that at least two persons can prove they incurred a loss" (para. 76 (emphasis added)). No two persons can prove that *they* are the ones who incurred a loss if a representative plaintiff's methodology can demonstrate only that loss reached some unidentified persons at their level in the distribution chain; by itself, such a methodology does not establish an

saisi de la requête un certain fondement factuel sur lequel s'appuyer pour conclure que les représentants des demandeurs seraient en mesure de prouver au procès qu'ils avaient tous subi une perte. Comme la méthode a permis au juge appelé à statuer sur les questions communes de régler en même temps un élément nécessaire des demandes de tous, sans la tenue de procès individuels, l'exigence d'une question commune a manifestement été respectée. Cependant, comme je l'ai expliqué, *Microsoft* ne permet pas d'affirmer que les questions de perte subie par les acheteurs indirects peuvent être automatiquement autorisées, dès que la méthode proposée par le demandeur permet de démontrer qu'une perte a été refilée à leur niveau dans la chaîne de distribution. Mon collègue n'indique pas pourquoi il y a lieu d'interpréter autrement cet arrêt (voir les motifs du juge Brown, par. 107).

(3) Conclusion sur la question du caractère commun

[235] Le litige juridique opposant les parties porte sur la question de savoir si les questions de perte visant les acheteurs indirects dans un recours collectif en matière de fixation des prix peuvent être autorisées en tant que questions communes *même si* la méthode proposée par le représentant des demandeurs permet seulement d'établir au procès qu'une perte a été subie quelque part au niveau de l'acheteur indirect dans la chaîne de distribution. Avec égards, je réponds à cette question par la négative. Si la méthode proposée est telle que le juge appelé à statuer sur les questions communes sera incapable de tirer des conclusions quant à l'identité des membres du groupe ayant réellement subi une perte (afin de trancher la question de la responsabilité), ces questions de perte proposées par le demandeur ne pourront donc pas être résolues « à l'échelle du groupe » ou en « commun ». En effet, dans *Sun-Rype*, notre Cour a expliqué que « dans les cas où les causes d'action proposées assujettissent la preuve de la responsabilité notamment à celle de la perte, le juge saisi de la demande d'autorisation doit être convaincu qu'il existe un certain fondement factuel pour dire qu'au moins deux personnes sont en mesure de démontrer avoir essuyé une perte » (par. 76 (je souligne)). Deux personnes ne peuvent prouver qu'*elles* sont celles qui

essential element of liability for anyone. The need for individual trials in those circumstances is indicative of the absence of commonality.

[236] That being said, what is required of the Plaintiff in this case is a methodology capable of answering the loss-related questions on an individualized basis, either by showing that all of the indirect purchasers suffered a loss or at least by identifying those who did and separating them from those who did not or those about whom we cannot be sure (and for whom individual hearings will therefore be necessary). In light of “Dr. Reutter’s admissions on cross-examination that there may be some subset of class members who were not impacted, and that it would not be possible, using his methodology, to determine which class members were actually harmed” (C.A. reasons, at para. 125), the loss-related questions should not have been certified as common issues under s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*.

IV. Conclusion

[237] Regarding the limitations issues raised in the Pioneer Appeal, I respectfully disagree that the discoverability rule has any application to s. 36(4)(a)(i). As for the doctrine of fraudulent concealment, the Plaintiff did not plead that there is any special relationship between the Pioneer Defendants and the class members, but did plead that the Pioneer Defendants took active steps to conceal the existence of the alleged conspiracy. While these pleadings are sufficient for the purposes of s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act*, whether any such steps are sufficient to trigger the operation of this equitable doctrine will depend on what the Plaintiff actually proves at trial. As I explained earlier, what is necessary in the commercial context, such as here, could be the demonstration of the existence of *either* a

ont subi une perte si une méthode du représentant des demandeurs permet seulement de démontrer qu’une perte a été transférée à des personnes non identifiées situées à leur niveau dans la chaîne de distribution; à elle seule, cette méthode ne permet pas d’établir un élément essentiel de la responsabilité pour qui que ce soit. La nécessité de tenir des procès individuels dans ces circonstances témoigne de l’absence de caractère commun.

[236] Cela dit, il incombe au demandeur en l’espèce de proposer une méthode permettant de répondre aux questions liées à la perte de façon individuelle : en démontrant que tous les acheteurs indirects ont subi une perte ou, à tout le moins, en identifiant ceux qui ont subi une perte et en les distinguant de ceux qui n’en ont pas subi, ou de ceux à l’égard de qui il est impossible d’affirmer avec certitude qu’ils en ont subi une (et pour qui il sera donc nécessaire de tenir des audiences individuelles). À la lumière des [TRADUCTION] « admissions faites par M. Reutter en contre-interrogatoire voulant qu’il existe peut-être un certain sous-groupe au sein du groupe qui n’a pas été touché et qu’il soit impossible, à l’aide de sa méthode, d’identifier les membres du groupe qui ont réellement été lésés » (motifs de la C.A., par. 125), ces questions de perte n’auraient pas dû être autorisées en tant que questions communes en application de l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*.

IV. Conclusion

[237] En ce qui a trait aux questions de prescription soulevées dans le pourvoi de Pioneer, avec égards, je ne suis pas d’accord que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au sous-al. 36(4)(a)(i). Pour ce qui est de la doctrine de la dissimulation frauduleuse, le demandeur n’a pas invoqué l’existence d’une relation spéciale entre les défenderesses Pioneer et les membres du groupe, mais il a plaidé que ces défenderesses ont pris des mesures concrètes pour dissimuler l’existence du complot allégué. Bien que ces arguments soient suffisants pour l’application de l’al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act*, la question de savoir si de telles mesures suffisent à déclencher l’application de cette doctrine d’équité dépendra de ce que le demandeur réussira à prouver au procès. Comme je l’ai déjà expliqué, ce qu’il faut peut-être

special relationship, *or* something tantamount to or commensurate with one.

[238] Regarding the issues in the Toshiba Appeal, which are common to both appeals, I agree with my colleague — though for different reasons — that the existence of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* does not preclude claimants from also advancing claims at common law or in equity based on the same conduct prohibited by Part VI. However, I part ways with my colleague in two important respects. First, I do not agree that the Umbrella Purchasers have a claim against the Defendants under s. 36(1) of the *Competition Act*. Second, I cannot accept that the questions proposed by the Plaintiff that pertain to the commonality of loss among indirect purchasers can be certified where his proposed methodology will be capable of showing nothing more than the fact that some overcharges reached the indirect purchaser level of the distribution chain. In class actions where loss is an essential element of liability (as here), my view is that loss-related questions can be certified as common issues only if the representative plaintiff will be able to actually identify which class members suffered a loss at trial — either by proving that they all did or by distinguishing those who did from those who did not. Because Dr. Reutter admitted on cross-examination that his methodology would be incapable of allowing the Plaintiff to make such an identification at trial, it follows that the loss-related questions proposed by the Plaintiff in this case should not have been certified.

[239] I would therefore allow the appeals in part.

Appeals dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting in part.

Solicitors for the appellants Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics

accomplir en matière commerciale, comme en l'espèce, c'est de démontrer l'existence d'une relation spéciale *ou* de quelque chose d'équivalent ou de correspondant à une telle relation.

[238] En ce qui concerne les questions soulevées dans le pourvoi Toshiba qui sont communes aux deux pourvois, je conviens avec mon collègue — bien que pour des motifs différents — que l'existence de la cause d'action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas les demandeurs d'intenter des recours en common law ou en equity qui visent le même comportement interdit par la partie VI. Cependant, je ne suis pas d'accord avec mon collègue sur deux aspects importants. Premièrement, je ne suis pas d'avis que les acheteurs sous parapluie ont un recours contre les défenderesses en vertu du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Deuxièmement, je ne saurais accepter que les questions proposées par le demandeur quant au caractère commun de la perte entre les acheteurs indirects peuvent être autorisées si la méthode qu'il propose permettra seulement de démontrer qu'une majoration a atteint le niveau des acheteurs indirects de la chaîne de distribution. Dans des recours collectifs où la perte constitue un élément essentiel pour établir la responsabilité (comme en l'espèce), je suis d'avis que les questions de perte ne peuvent être autorisées en tant que questions communes que si le représentant des demandeurs est capable d'identifier les membres du groupe qui ont subi une perte — soit en prouvant qu'ils ont tous subi une perte ou en distinguant ceux qui ont subi une perte de ceux qui n'en ont pas subi. Comme M. Reutter a admis en contre-interrogatoire que sa méthode ne permettrait pas au demandeur de procéder à une telle identification au procès, il s'ensuit que les questions de perte proposées par le demandeur en l'espèce n'auraient pas dû être autorisées.

[239] Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois en partie.

Pourvois rejetés avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente en partie.

Procureurs des appelantes Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics

(USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. and Pioneer Electronics of Canada Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the appellants Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba of Canada Ltd. and Toshiba America Information Systems, Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the appellants Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. and Samsung Electronics America, Inc.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the appellants Koninklijke Philips Electronics N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. and Philips Electronics Ltd.: McMillan, Toronto.

Solicitors for the appellants Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America and Panasonic Canada Inc.: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the appellants BENQ Corporation, BENQ America Corporation and BENQ Canada Corp.: Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Siskinds, London.

Solicitors for the intervener Option consommateurs: Belleau Lapointe, Montréal.

Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Harrison Pensa, London.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the Consumers' Association of Canada: Sotos, Toronto.

(USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. et Pioneer Électronique du Canada, inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs des appelantes Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba du Canada Limitée et Toshiba America Information Systems, Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs des appelantes Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. et Samsung Electronics America, Inc. : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des appelantes Koninklijke Philips Electronics N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. et Philips Electronics Ltd. : McMillan, Toronto.

Procureurs des appelantes Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America et Panasonic Canada Inc. : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs des appelantes BENQ Corporation, BENQ America Corporation et BENQ Canada Corp. : Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Siskinds, London.

Procureurs de l'intervenante Option consommateurs : Belleau Lapointe, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Harrison Pensa, London.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada : Sotos, Toronto.

Keatley Surveying Ltd. *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Teranet Inc. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Canadian Association of Law Libraries,
Canadian Legal Information Institute,
Federation of Law Societies of Canada,
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic, Land Title and
Survey Authority of British Columbia,
Centre for Intellectual Property Policy,
Ariel Katz and Canadian Standards
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: KEATLEY SURVEYING LTD. v.
TERANET INC.**

2019 SCC 43

File No.: 37863.

2019: March 29; 2019: September 26.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown and Martin JJ.

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

*Intellectual property — Copyright — Crown copy-
right — Plans of survey — Land surveyor bringing class
action on behalf of land surveyors in Ontario who reg-
istered or deposited plans of survey in provincial land
registry offices — Land surveyor alleging that surveyors’
copyright infringed when plans of survey digitized, stored
and copied by province’s service provider — Action dis-
missed on basis that copyright in plans of survey belongs
to province — Whether copyright in plans of survey vests
in Crown pursuant to s. 12 of Copyright Act — Whether*

Keatley Surveying Ltd. *Appelante/Intimée au
pourvoi incident*

c.

Teranet Inc. *Intimée/Appelante au pourvoi
incident*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l’Ontario, procureur
général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
Association canadienne des bibliothèques
de droit, Institut canadien d’information
juridique, Fédération des ordres
professionnels de juristes du Canada,
Clinique d’intérêt public et de politique
d’internet du Canada Samuelson-Glushko,
Land Title and Survey Authority of British
Columbia, Centre des politiques en propriété
intellectuelle, Ariel Katz et Canadian
Standards Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : KEATLEY SURVEYING LTD. c.
TERANET INC.**

2019 CSC 43

N° du greffe : 37863.

2019 : 29 mars; 2019 : 26 septembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin.

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

*Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Droit d’au-
teur de la Couronne — Plans d’arpentage — Recours
collectif intenté par un arpenteur au nom des arpenteurs
en Ontario qui ont inscrit ou déposé des plans d’arpentage
auprès de bureaux d’enregistrement immobilier provin-
ciaux — Allégation de l’arpenteur selon laquelle il y a
eu violation du droit d’auteur des arpenteurs lorsque
les plans d’arpentage ont été numérisés, entreposés et
copiés par le fournisseur de services de la province —
Recours rejeté au motif que le droit d’auteur sur les plans*

plans of survey prepared or published by or under direction or control of province — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 12.

In 2007, Keatley Surveying Ltd. brought a motion to certify a class action on behalf of all land surveyors in Ontario who registered or deposited plans of survey in the provincial land registry offices. It claimed that Teranet Inc., which manages Ontario's electronic land registry system as a service provider to the government pursuant to statutory authority and in accordance with the terms of implementation and licensing agreements with the province, infringed surveyors' copyright by digitizing, storing and copying the plans of survey created by the surveyors and registered or deposited in the electronic land registry system. When plans of survey are registered and deposited at a physical land registry office in Ontario, Teranet scans the plans of survey and adds this electronic information to its databases. Teranet operates two service portals, Teraview and GeoWarehouse, through which licensed users can access Ontario's land registry documents, including plans of survey, for a statutorily prescribed fee.

Seven common issues were certified in Keatley's proposed class action. In 2016, Keatley and Teranet moved for summary judgment. Determination of the motion turned on the second common issue, which asked whether the copyright in the plans of survey belongs to Ontario pursuant to s. 12 of the *Copyright Act* as a result of the registration or deposit of those plans in the Ontario land registry office. Section 12 of the *Copyright Act* provides that the copyright in any work prepared or published by or under the direction or control of Her Majesty or any government department belongs to Her Majesty. The motions judge found that the copyright belonged to the Crown and therefore that there was no copyright infringement. Since the answer to the second common issue was dispositive of Keatley's claim, the motions judge allowed Teranet's motion for summary judgment and dismissed Keatley's class action. The Court of Appeal dismissed Keatley's appeal. Keatley appeals to the Court, and Teranet cross-appeals in order to preserve its rights in relation to the remaining common issues.

d'arpentage appartient à la province — Le droit d'auteur sur les plans d'arpentage est-il dévolu à la Couronne aux termes de l'art. 12 de la Loi sur le droit d'auteur? — Les plans d'arpentage ont-ils été préparés ou publiés par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la province? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 12.

En 2007, Keatley Surveying Ltd. a présenté une motion en certification d'un recours collectif au nom de tous les arpenteurs en Ontario qui ont enregistré ou déposé des plans d'arpentage auprès des bureaux d'enregistrement immobilier provinciaux. Elle faisait valoir que Teranet Inc., qui gère le système d'enregistrement immobilier électronique de l'Ontario à titre de fournisseur de services au gouvernement conformément aux pouvoirs que lui confère la loi et aux modalités des accords de mise en œuvre et de licence conclus avec la province, violait le droit d'auteur des arpenteurs en numérisant, entreposant et copiant les plans d'arpentage créés par les arpenteurs et enregistrés ou déposés dans le système d'enregistrement immobilier électronique. Lorsque des plans d'arpentage sont enregistrés et déposés auprès d'un bureau d'enregistrement immobilier en Ontario, Teranet les numérise et les ajoute dans ses bases de données. Teranet exploite deux portails de services, Teraview et GeoWarehouse, à partir desquels les utilisateurs autorisés peuvent avoir accès aux documents d'enregistrement immobilier de l'Ontario, y compris les plans d'arpentage, moyennant des frais prescrits par la loi.

Sept questions communes ont été certifiées dans le recours collectif proposé par Keatley. En 2016, Keatley et Teranet ont toutes deux présenté une motion en jugement sommaire. La décision relative à la motion était fondée sur la deuxième question commune, à savoir si le droit d'auteur sur les plans d'arpentage appartient à l'Ontario conformément à l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* du fait de l'enregistrement ou du dépôt de ces plans au bureau d'enregistrement immobilier de l'Ontario. L'article 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement appartient à Sa Majesté. Le juge des motions a déterminé que le droit d'auteur appartenait à la Couronne et que, par conséquent, il n'y a eu aucune violation du droit d'auteur. Puisque la réponse à la deuxième question commune était déterminante quant à la demande de Keatley, le juge des motions a accueilli la motion en jugement sommaire de Teranet et rejeté le recours collectif de Keatley. La Cour d'appel a rejeté l'appel de Keatley. Celle-ci a interjeté appel devant la Cour et Teranet a interjeté un appel incident afin que ses droits quant aux questions communes restantes soient préservés.

Held: The appeal should be dismissed. It is unnecessary to deal with the cross-appeal.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis and Martin JJ.: The interpretation of s. 12 of the *Copyright Act* is informed both by the words of the provision and the general purposes and objectives of the *Copyright Act* as the Court has come to understand them in the century since s. 12 came into being. Together these interpretive tools yield a narrow scope for Crown copyright. This case is the Court's first opportunity to examine the scope and application of s. 12 of the *Copyright Act*, enacted in 1921.

The opening language of s. 12 — “without prejudice to any rights or privileges of the Crown” — reflects the historical Crown prerogative over publishing. The remainder of s. 12 provides a *statutory* basis for Crown copyright, which will subsist in any work “prepared or published by or under the direction or control of Her Majesty”. The purpose of statutory Crown copyright is to protect works prepared or published under the control of the Crown where it is necessary to guarantee the authenticity, accuracy and integrity of the works in the public interest. But Crown copyright cannot be so expansive in scope that it allows for the routine expropriation of creators' copyright in their works or that it impedes the public interest in accessing information.

The notion of direction or control is critical to the assessment of whether Crown copyright exists. The goal of the s. 12 inquiry in its entirety is to determine whether the degree of the Crown's direction and control over the preparation or publication of the work is sufficient to vest copyright in the Crown.

A work will be prepared by the Crown when its agent or employee brings the work into existence for and on behalf of the Crown in the course of his or her employment or when the Crown essentially determines whether and how a work will be made, even if the work is produced by an independent contractor. In these two circumstances, the Crown exercises direction and control over both the person preparing the work and the work that is ultimately prepared.

The evaluation of the Crown's direction or control takes on heightened importance in determining whether a work is *published* by the Crown within the meaning of s. 12. Merely making someone else's work available to the

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Il n'est pas nécessaire de trancher le pourvoi incident.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin : L'interprétation de l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* repose à la fois sur le libellé de la disposition et sur les objectifs généraux de cette loi, de la façon dont la Cour en est venue à les comprendre au cours du siècle qui a suivi l'adoption de l'art. 12. Ensemble, ces outils d'interprétation donnent lieu à une portée étroite du droit d'auteur de la Couronne. Le présent pourvoi donne à la Cour l'occasion de se pencher pour la première fois sur la portée et l'application de l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur*, adopté en 1921.

Le texte introductif de l'art. 12 — « sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne » — reflète la prérogative historique de la Couronne en matière de publication. Le reste de l'art. 12 apporte un fondement *législatif* au droit d'auteur de la Couronne, qui existera sur toutes les œuvres « préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ». L'objectif du droit d'auteur que la loi confère à la Couronne est de protéger les œuvres préparées ou publiées sous la surveillance de la Couronne lorsque cela est nécessaire pour en garantir l'authenticité, l'exactitude et l'intégrité dans l'intérêt public. Cependant, la portée du droit d'auteur de la Couronne ne peut être étendue au point de permettre à celle-ci de s'approprier systématiquement le droit d'auteur des créateurs sur leurs œuvres ou de porter atteinte à l'intérêt qu'a le public à l'accès à l'information.

La notion de direction ou de surveillance revêt une importance cruciale pour déterminer si le droit d'auteur de la Couronne existe. Dans son ensemble, l'examen de l'art. 12 vise à établir si la Couronne exerce sur la préparation ou la publication de l'œuvre un degré de direction ou de surveillance suffisant pour que lui soit dévolu le droit d'auteur.

Une œuvre est préparée par l'entremise de la Couronne lorsqu'un de ses agents ou fonctionnaires crée l'œuvre pour elle ou en son nom dans le cadre de son emploi, ou lorsque la Couronne décide essentiellement si elle réalisera une telle œuvre et de quelle façon elle le fera, même si l'œuvre est produite par un entrepreneur indépendant. Dans les deux cas, la Couronne exerce une direction et une surveillance à la fois sur la personne qui prépare l'œuvre et sur l'œuvre qui est ultimement préparée.

L'évaluation de la direction ou de la surveillance qu'exerce la Couronne est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit de savoir si l'œuvre a été *publiée* par l'entremise de la Couronne au sens de l'art. 12. Le simple fait de

public is insufficient. A work will only be published by or under the direction or control of the Crown when it can be said that the Crown exercises direction or control over the publication process, including over both the person publishing the work and the nature, form and content of the final, published version of a work.

Determining whether a work was published with sufficient governmental direction or control to comply with s. 12 necessitates an inquiry into the Crown's interest in the works at the time of publication. Relevant indicia of governmental direction or control may include the presence of a statutory scheme transferring property rights in the works to the Crown; a statutory scheme which places strict controls on the form and content of the works; whether the Crown physically possesses the works; whether exclusive control is given to the government to modify the works; the opt-in nature of the statutory scheme; and the necessity of the Crown making the works available to the public.

The crux of this appeal is publication, namely whether the registered and deposited plans of survey were published by or under the direction or control of the Crown. The nature and extent of the Crown's direction and control are informed by a comprehensive statutory regime governing land registration in Ontario which gives the Crown complete control over the process of publication. The Crown has proprietary rights in the plan, as well as custody and control over the physical plans. The statutory scheme ensures that the Crown directs and controls the format and content of registered plans. This control subsists after registration or deposit. It is only the Crown who is able to alter the content of the plans and it is the Crown that has ongoing control over and responsibility for the publishing process, including the final form of the work. Likewise, it is the Crown who — through validly enacted legislation — has the exclusive authority to make copies of the registered or deposited plans of survey.

When either the Crown *or* Teranet publishes the registered or deposited plans of survey, copyright vests in the Crown because the Crown exercises direction or control over the publication process. This conclusion furthers the underlying purposes of Crown copyright because registered and deposited plans of survey in the land registry

rendre l'œuvre d'une autre personne accessible au public ne suffit pas. L'œuvre ne sera publiée par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne que lorsqu'on peut affirmer qu'elle exerce une direction ou une surveillance sur le processus de publication, notamment sur la personne publiant l'œuvre de même que sur la nature, la forme et le contenu de la version définitive publiée de l'œuvre.

Pour savoir si la direction ou la surveillance du gouvernement sur la publication d'une œuvre est suffisante pour l'application de l'art. 12, il faut examiner l'intérêt de la Couronne sur cette œuvre au moment de la publication. Il peut être utile de se reporter aux indices pertinents de direction ou de surveillance gouvernementale, comme la présence d'un régime législatif qui transfère les droits de propriété sur les œuvres à la Couronne; un régime législatif qui prévoit un encadrement strict quant à la forme et au contenu de l'œuvre; la réponse à la question de savoir si la Couronne a la possession physique de l'œuvre; la réponse à la question de savoir si le gouvernement est investi du pouvoir exclusif de modifier l'œuvre; le caractère optionnel du régime législatif; et la nécessité que la Couronne mette l'œuvre à la disposition du public.

Le cœur du présent pourvoi est la publication, c'est-à-dire qu'il faut se demander si les plans d'arpentage enregistrés et déposés ont été publiés par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne. La nature et la portée de la direction et de la surveillance qu'exerce la Couronne sont influencées par le régime législatif exhaustif d'enregistrement immobilier de l'Ontario, qui donne à la Couronne le contrôle complet sur le processus de publication. La Couronne a des droits de propriété sur les plans, ainsi que la garde et la surveillance des plans matériels. Le régime législatif veille à ce que la direction et la surveillance du format et du contenu des plans enregistrés soient exercées par la Couronne. Cette surveillance se poursuit après l'enregistrement ou le dépôt. Seule la Couronne peut modifier le contenu des plans, et c'est elle qui exerce une surveillance permanente sur le processus de publication et en est responsable, ce qui comprend la forme définitive de l'œuvre. De même, c'est la Couronne qui — par une loi valablement adoptée — a le pouvoir exclusif de faire des copies des plans d'arpentage enregistrés et déposés.

Lorsque la Couronne *ou* Teranet publie les plans d'arpentage enregistrés ou déposés, le droit d'auteur est dévolu à la Couronne parce qu'elle exerce une direction ou une surveillance sur le processus de publication. Cette conclusion favorise l'atteinte des objectifs qui sous-tendent le droit d'auteur de la Couronne parce que les

system are intended to be relied upon by members of the public to determine property rights and obligations.

In accordance with the principle of technological neutrality, Ontario's reliance on new technologies post-digitization does not change the assessment of whether the Crown has copyright by virtue of s. 12 of the *Copyright Act*. There is no practical difference between obtaining a copy of a registered or deposited plan of survey from a physical land registry office or electronically. Because the Crown has copyright in the works pursuant to s. 12 of the *Act*, there is no infringement under the electronic registry system.

Per Wagner C.J. and Côté and Brown JJ.: There is agreement with the majority that the appeal should be dismissed since copyright in plans of survey registered or deposited in the land registry office belongs to Ontario under s. 12 of the *Copyright Act*. There is disagreement, however, with the majority's interpretation of s. 12.

Statutory interpretation entails discerning Parliament's intention by examining statutory text in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute's scheme and objects. On its face, it would appear that the ordinary and grammatical sense of the text of s. 12 is clear: copyright in "any work" vests in the Crown where the Crown prepares or publishes the work, or a third party prepares or publishes the work under the Crown's direction or control. However, the legislature does not intend to produce absurd consequences, and a literal reading of s. 12 would result in an overly broad Crown copyright which sweeps aside the careful balance that Parliament struck between creators' and users' rights. A literal reading would effectively empower the Crown to expropriate copyright from independent creators in any copyrightable work merely by publishing the work itself or causing a third party to publish the work. Although the courts below and the majority recognized the absurdity worked by a literal reading of s. 12, their solution — requiring that the Crown have sufficient "direction or control" in the publishing process, including the work itself — reads out part of s. 12 and distorts what is left.

plans d'arpentage enregistrés et déposés dans le système d'enregistrement immobilier sont censés être utilisés par les membres du public pour qu'ils déterminent leurs droits de propriété et obligations.

Conformément au principe de la neutralité technologique, le fait pour l'Ontario d'utiliser des nouvelles technologies post-numérisation ne change pas l'analyse de la question de savoir si la Couronne est titulaire du droit d'auteur en application de l'art. 12 de la *Loi*. Il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre obtenir la copie d'un plan d'arpentage enregistré ou déposé auprès d'un bureau physique d'enregistrement immobilier ou par voie électronique. Étant donné que le droit d'auteur appartient à la Couronne en application de l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur*, il n'y a aucune violation dans le cadre du système d'enregistrement électronique.

Le juge en chef Wagner et les juges Côté et Brown : Il y a accord avec la majorité sur le fait que le pourvoi devrait être rejeté puisque le droit d'auteur sur les plans d'arpentage enregistrés ou déposés auprès du bureau de la publicité foncière appartient à l'Ontario conformément à l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il y a désaccord, cependant, avec l'interprétation de l'art. 12 retenue par les juges majoritaires.

L'interprétation statutaire consiste à dégager l'intention du Parlement en examinant les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la loi. À première vue, le sens ordinaire et grammatical du libellé de l'art. 12 semble clair : le droit d'auteur sur « les œuvres » est dévolu à la Couronne lorsque celle-ci prépare ou publie les œuvres, ou lorsqu'un tiers prépare ou publie les œuvres sous la direction ou la surveillance de la Couronne. Cependant, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes, et une interprétation littérale de l'art. 12 conférerait à la Couronne un droit d'auteur d'une portée excessive qui écarterait l'équilibre délicat que le Parlement a établi entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Une interprétation littérale conférerait en effet à la Couronne le pouvoir de déposséder des créateurs indépendants de leur droit d'auteur sur toute œuvre protégée simplement en publiant l'œuvre elle-même ou en la faisant publier par un tiers. Même si les tribunaux de juridiction inférieure et les juges majoritaires ont reconnu l'absurdité découlant d'une interprétation littérale de l'art. 12, leur solution — exiger que la Couronne exerce un degré suffisant « de direction ou de surveillance » sur le processus de publication, y compris sur l'œuvre elle-même — exclut certaines parties de l'art. 12 et dénature ce qu'il en reste.

“Prepared or published by or under the direction or control” of the Crown should be interpreted according to its ordinary meaning: the act of preparing or publishing the work must be done either by the Crown itself or under the Crown’s direction or control. In each case, inquiries must be made into the person preparing or publishing the work, and into that person’s relationship to the Crown. A requirement that both the “prepared” prong and the “published” prong entail inquiring into whether the Crown has sufficient direction or control in the work itself should not be imported into the statute. The question to ask is simply whether the Crown brought about the preparation or publication of the work, either by its own agents and servants or by exercising direction or control over a third party.

A work is prepared by or under the direction or control of the Crown where the Crown is in a position to determine whether or not a work will be made. It is not sufficient for the purposes of the “prepared” prong for the Crown to determine that, if the work is to be made, it will be made a particular way. A work is prepared by the Crown where an agent or servant of the Crown brings the work into existence in the course of his or her duties. A work is prepared under the direction or control of the Crown where the Crown determines that a third party shall make the work. A work is published by the Crown where the Crown itself publishes the work, and a work is published under the direction or control of the Crown where a third party, such as an independent contractor, publishes the work at the Crown’s behest. Neither prong requires an inquiry into whether the Crown exercises direction and control over the person preparing the work and the work that is ultimately prepared. The only inquiry is into the identity of the author and the relationship of that author to the Crown.

However, the fact that a work is published “by or under the direction or control” of the Crown is not the end of the s. 12 analysis. Once a court is satisfied that a work was “prepared or published by or under the direction or control” of the Crown, it must then consider whether, at the time of preparation or publication, the work is a “government work”. A government work is a work that serves a public purpose and in which vesting copyright in the Crown furthers that purpose. These will be works in which the government has an important interest concerning their accuracy, integrity, and dissemination — the mere fact that the government has a work prepared or published is not itself conclusive that the work serves a public purpose.

Il faut interpréter l’expression « préparées ou publiées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne selon son sens ordinaire : l’acte de préparer ou de publier l’œuvre doit être exécuté par la Couronne elle-même ou sous sa direction ou sa surveillance. Dans chaque cas, il faut s’arrêter à la personne qui prépare ou publie l’œuvre, ainsi qu’à sa relation avec la Couronne. L’exigence selon laquelle le volet « préparation » et le volet « publication » impliquent tous deux d’établir si la Couronne exerce un degré de direction ou de surveillance suffisant sur l’œuvre elle-même ne devrait pas être intégrée à la loi. Il faut simplement se demander si la Couronne est à l’origine de la préparation ou de la publication de l’œuvre, que ce soit par l’entremise de ses propres représentants et fonctionnaires ou en exerçant une direction ou une surveillance sur un tiers.

Une œuvre est préparée par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne lorsque celle-ci est en position de décider si une œuvre sera créée ou non. Il ne suffit pas pour le volet « préparation » que la Couronne décide, dans le cas où l’œuvre doit être créée, qu’elle sera créée d’une façon précise. Une œuvre est préparée par l’entremise de la Couronne lorsqu’un de ses représentants ou fonctionnaires crée l’œuvre dans l’exercice de ses fonctions. Une œuvre est préparée sous la direction ou la surveillance de la Couronne lorsque celle-ci décide qu’un tiers doit créer l’œuvre. Une œuvre est publiée par l’entremise de la Couronne lorsque celle-ci publie elle-même l’œuvre, et une œuvre est publiée sous la direction ou la surveillance de la Couronne lorsqu’un tiers, comme un entrepreneur indépendant, publie l’œuvre à sa demande. Aucun des volets ne nécessite d’établir si la Couronne exerce une direction et une surveillance sur la personne qui prépare l’œuvre et sur l’œuvre qui est ultimement préparée. Il faut seulement déterminer quelle est l’identité de l’auteur et la nature de sa relation avec la Couronne.

Toutefois, le fait qu’une œuvre soit publiée « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne ne met pas fin à l’analyse fondée sur l’art. 12. Une fois que le tribunal est convaincu qu’une œuvre a été « préparée ou publiée par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne, il doit ensuite se demander si, au moment de la préparation ou de la publication, l’œuvre était une « œuvre gouvernementale ». Une œuvre gouvernementale est une œuvre qui sert un objectif public, objectif dont la réalisation est facilitée par le fait que le droit d’auteur est dévolu à la Couronne. Il s’agit d’œuvres à l’égard desquelles le gouvernement a un grand intérêt en ce qui a trait à leur précision, leur intégrité et leur diffusion — le simple fait que le gouvernement a fait préparer ou publier une œuvre ne suffit pas en soi à conclure que l’œuvre répond à un objectif public.

The plans of survey in the instant case are made available to the public and are therefore both “published by” Ontario and published by Teranet under Ontario’s direction or control, since Ontario makes the plans available in the land registry office, and Teranet makes the plans available to subscribers of its platforms. Furthermore, the plans of survey at issue in this case are clearly government works. They have a clear public character, as they define and illustrate the legal boundaries of land within Ontario, clarifying land ownership, and allowing landowners and users to govern their affairs accordingly. People rely on the accuracy of survey plans for determining their interest in property and facilitating land transactions. By holding copyright in the plans, the Crown can restrict the ability of a surveyor or other private party to make alterations to the plans and then sell or distribute them privately. By asserting Crown copyright, the government can ensure that survey plans obtained from the land registry office or from Teranet are accurate. As well, because survey plans are so widely relied upon, it is important to ensure wide public availability so that whomever requires access to them can obtain it. As the registered and deposited plans of survey are government works when they are “published by or under the direction or control” of Ontario, copyright in them is vested in the Crown under s. 12, and not in the original surveyors.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *R. v. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548; *Attorney-General (N.S.W.) v. Butterworth & Co. (Australia) Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 195; *Land Transport Safety Authority of New Zealand v. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231;

Les plans d’arpentage en l’espèce sont mis à la disposition du public et ils sont donc « publiés » à la fois par l’Ontario et par Teranet sous la direction ou la surveillance de l’Ontario, puisque celle-ci met les plans à la disposition du public au bureau de la publicité foncière et que Teranet met les plans à la disposition des abonnés de ses plateformes. De plus, les plans d’arpentage en cause dans la présente affaire sont manifestement des œuvres gouvernementales. Ils ont de toute évidence un caractère public car ils définissent et illustrent les limites juridiques des terres en Ontario, fournissent des précisions sur la propriété des terres et permettent aux propriétaires fonciers et aux utilisateurs de gérer leurs affaires en conséquence. Les citoyens se fient à la précision des plans d’arpentage pour déterminer leur droit sur un bien-fonds et pour faciliter les transactions immobilières. En étant titulaire du droit d’auteur sur les plans, la Couronne peut limiter la capacité d’un inspecteur ou d’un tiers privé de modifier les plans puis de les vendre ou les distribuer à titre personnel. En revendiquant le droit d’auteur de la Couronne, le gouvernement peut faire en sorte que les plans d’arpentage obtenus auprès du bureau de la publicité foncière ou de Teranet soient précis. De même, étant donné que de nombreuses personnes se fondent sur les plans d’arpentage, il est important d’en garantir l’accès au public de sorte que tous ceux qui ont besoin d’y avoir accès puissent les obtenir. Comme les plans d’arpentage enregistrés et déposés sont des œuvres gouvernementales lorsqu’ils sont « publié[s] par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de l’Ontario, le droit d’auteur sur ces plans est dévolu à la Couronne en application de l’art. 12, et non aux arpenteurs ayant initialement créé les plans.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *R. c. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548; *Attorney-General (N.S.W.) c. Butterworth & Co. (Australia) Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 195; *Land Transport Safety Authority of New Zealand c. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231;

Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc., 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615.

By Côté and Brown JJ.

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Copyright Agency Ltd. v. New South Wales*, [2007] FCAFC 80, 159 F.C.R. 213, rev'd [2008] HCA 35, 233 C.L.R. 279; *Land Transport Safety Authority of New Zealand v. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261; *P.S. Knight Co. Ltd. v. Canadian Standards Association*, 2018 FCA 222, 161 C.P.R. (4th) 243; *R. v. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.
Condominium Act, 1998, S.O. 1998, c. 19.
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2, 2.2(1), 12, 13(1), (3), (4).
Copyright Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46, s. 18.
Electronic Land Registration Services Act, 2010, S.O. 2010, c. 1, Sch. 6.
Land Titles Act, R.S.O. 1990, c. L.5, ss. 14(1), 145(6), 164, 165(1), (4).
 O. Reg. 43/96, ss. 5(1), 7, 9(1)(e), 49(2).
 O. Reg. 49/01, s. 17.
 O. Reg. 216/10, s. 8.
 R.R.O. 1990, Reg. 690, s. 3.
Registry Act, R.S.O. 1990, c. R.20, ss. 15(4), 17(4), 18(1), (10), 50(3), 89.
Surveyors Act, R.S.O. 1990, c. S.29.
Surveys Act, R.S.O. 1990, c. S.30.

Authors Cited

Canada. Consumer and Corporate Affairs. *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright*. Ottawa, 1984.
 Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject*. London: Butterworths, 1820.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Fox, Harold G. "Copyright in Relation to the Crown and Universities with Special Reference to Canada" (1947), 7 *U.T.L.J.* 98.
 Geist, Michael. "Introduction" in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013.

Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc., 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615.

Citée par les juges Côté et Brown

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Copyright Agency Ltd. c. New South Wales*, [2007] FCAFC 80, 159 F.C.R. 213, inf. par [2008] HCA 35, 233 C.L.R. 279; *Land Transport Safety Authority of New Zealand c. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261; *P.S. Knight Co. Ltd. c. Canadian Standards Association*, 2018 CAF 222, 161 C.P.R. (4th) 243; *R. c. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548.

Lois et règlements cités

Copyright Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46, art. 18.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6.
Loi de 1998 sur les condominiums, L.O. 1998, c. 19.
Loi de 2010 sur les services d'enregistrement immobilier électronique, L.O. 2010, c. 1, ann. 6.
Loi sur l'arpentage, L.R.O. 1990, c. S.30.
Loi sur l'enregistrement des actes, L.R.O. 1990, c. R.20, art. 15(4), 17(4), 18(1), (10), 50(3), 89.
Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers, L.R.O. 1990, c. L.5, art. 14(1), 145(6), 164, 165(1), (4).
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2, 2.2(1), 12, 13(1), (3), (4).
Loi sur les arpenteurs-géomètres, L.R.O. 1990, c. S.29.
 R.R.O. 1990, Règl. 690, art. 3.
 Règl. de l'Ont. 43/96, art. 5(1), 7, 9(1)e), 49(2).
 Règl. de l'Ont. 49/01, art. 17.
 Règl. de l'Ont. 216/10, art. 8.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Consommation et Corporations. *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur*, Ottawa, 1984.
 Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject*, London, Butterworths, 1820.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
 Fox, Harold G. « Copyright in Relation to the Crown and Universities with Special Reference to Canada » (1947), 7 *U.T.L.J.* 98.
 Geist, Michael. « Introduction » in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013.

- Gilchrist, John. “Origins and Scope of the Prerogative Right to Print and Publish Certain Works in England” (2011), 10 *Canberra L. Rev.* 139.
- High, James L., ed. *Speeches of Lord Erskine, While at the Bar*, vol. 1. Chicago: Callaghan & Company, 1876.
- Judge, Elizabeth F. “Crown Copyright and Copyright Reform in Canada” in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.
- McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated August 2019, release 4).
- Oldfield, Laurel C. F. *The Law of Copyright*, London: Butterworths, 1912.
- Payne, Sebastian. “The Royal Prerogative”, in Maurice Sunkin and Sebastian Payne, eds., *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2019, “surveiller”.
- Siemiatycki, Matti. “Public-Private Partnerships in Canada: Reflections on twenty years of practice” (2015), 58 *Can. Pub. Admin.* 343.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Torno, Barry. *Crown Copyright in Canada: A Legacy of Confusion*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs, 1981.
- Vaver, David. “Copyright and the State in Canada and the United States” (1996), 10 *I.P.J.* 187.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Gilchrist, John. « Origins and Scope of the Prerogative Right to Print and Publish Certain Works in England » (2011), 10 *Canberra L. Rev.* 139.
- High, James L., ed. *Speeches of Lord Erskine, While at the Bar*, vol. 1, Chicago, Callaghan & Company, 1876.
- Judge, Elizabeth F. « Crown Copyright and Copyright Reform in Canada » in Michael Geist, ed., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005.
- McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated August 2019, release 4).
- Oldfield, Laurel C. F. *The Law of Copyright*, London, Butterworths, 1912.
- Payne, Sebastian. « The Royal Prerogative », in Maurice Sunkin and Sebastian Payne, eds., *The Nature of the Crown : A Legal and Political Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2019, « surveiller ».
- Siemiatycki, Matti. « Public-Private Partnerships in Canada : Reflections on twenty years of practice » (2015), 58 *Admin. Pub. Can.* 343.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto, Butterworths, 1994.
- Torno, Barry. *Le droit d’auteur de la Couronne au Canada : un héritage embrouillé*, Ottawa, Consommation et Corporations, 1981.
- Vaver, David. « Copyright and the State in Canada and the United States » (1996), 10 *I.P.J.* 187.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Brown and Miller JJ.A.), 2017 ONCA 748, 418 D.L.R. (4th) 425, 87 R.P.R. (5th) 4, 139 O.R. (3d) 340, [2017] O.J. No. 5023 (QL), 2017 CarswellOnt 14961 (WL Can.), affirming a decision of Belobaba J., 2016 ONSC 1717, 131 O.R. (3d) 703, 72 R.P.R. (5th) 248, [2016] O.J. No. 2370 (QL), 2016 CarswellOnt 7233 (WL Can.). Appeal dismissed.

Luciana P. Brasil, Michael Sobkin and Avichay Sharon, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Julie Parla, Barry B. Sookman, F. Paul Morrison, Stephanie Sugar and Hovsep Afarian, for the respondent/appellant on cross-appeal.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Brown et Miller), 2017 ONCA 748, 418 D.L.R. (4th) 425, 87 R.P.R. (5th) 4, 139 O.R. (3d) 340, [2017] O.J. No. 5023 (QL), 2017 CarswellOnt 14961 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Belobaba, 2016 ONSC 1717, 131 O.R. (3d) 703, 72 R.P.R. (5th) 248, [2016] O.J. No. 2370 (QL), 2016 CarswellOnt 7233 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Luciana P. Brasil, Michael Sobkin et Avichay Sharon, pour l’appelante/intimée au pourvoi incident.

Julie Parla, Barry B. Sookman, F. Paul Morrison, Stephanie Sugar et Hovsep Afarian, pour l’intimée/appelante au pourvoi incident.

Kathryn Hucal and John Provart, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael S. Dunn and Yashoda Ranganathan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Graham J. Underwood and Wes G. Crealock, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Theodore Litowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Robert Janes, Q.C., and *Kim Nayyer*, for the intervener the Canadian Association of Law Libraries.

Rahool P. Agarwal and Khrystina McMillan, for the interveners the Canadian Legal Information Institute and the Federation of Law Societies of Canada.

Jeremy de Beer and David Fewer, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Steve Garland, Theodore Sum and Laura Easton, for the intervener the Land Title and Survey Authority of British Columbia.

Michael Shortt and Jean-Philippe Mikus, for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz.

John E. Callaghan and Kevin Sartorio, for the intervener the Canadian Standards Association.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis and Martin JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — This appeal gives the Court its first opportunity to examine the scope and application of Crown copyright. The tools at our interpretive disposal are not only the usual principles of statutory interpretation, they also include extensive jurisprudence explaining how this Court has come to understand copyright law in the years since the Crown copyright provision was enacted in 1921.

Kathryn Hucal et John Provart, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michael S. Dunn et Yashoda Ranganathan, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Graham J. Underwood et Wes G. Crealock, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Theodore Litowski, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Janes, c.r., et *Kim Nayyer*, pour l'intervenante l'Association canadienne des bibliothèques de droit.

Rahool P. Agarwal et Khrystina McMillan, pour les intervenants l'Institut canadien d'information juridique et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Jeremy de Beer et David Fewer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Steve Garland, Theodore Sum et Laura Easton, pour l'intervenante Land Title and Survey Authority of British Columbia.

Michael Shortt et Jean-Philippe Mikus, pour les intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz.

John E. Callaghan et Kevin Sartorio, pour l'intervenante Canadian Standards Association.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent pourvoi donne à la Cour l'occasion de se pencher pour la première fois sur la portée et l'application du droit d'auteur de la Couronne. Pour procéder à l'interprétation de ce droit, nous disposons non seulement des principes habituels d'interprétation législative, mais aussi de la jurisprudence abondante qui explique la façon dont la Cour en est venue à comprendre le droit

Together, in my view, they yield a narrow scope for Crown copyright, one that protects the rights of the creators of a work but grants ownership to the Crown only where it has exercised a sufficiently extensive degree of direction or control in the creation or dissemination of the work.

[2] The context is Ontario's land registration system. Historically, land registration in Ontario was exclusively paper-based. The documents comprising the land registry, including plans of survey, were registered or deposited with Ontario's land registry offices. Members of the public who wished to obtain copies of these documents could attend a physical land registry office and request a copy for a prescribed fee. The surveyors who created the plans of survey were paid neither fee nor royalty when the government provided copies of registered and deposited plans to members of the public.

[3] In the 1980s, Ontario began to develop the Province of Ontario Land Registry Information System, or POLARIS, which, among other goals, was intended to automate Ontario's land registry system. POLARIS was initially designed to complement the existing land registry offices in their delivery of services to the public. However, the stakeholders in the land registry scheme were concerned that POLARIS alone would not meaningfully assist those who used and relied on the land registry. In particular, users would still be required to attend a physical office to perform land-related transactions. To alleviate those shortcomings, land surveyors, along with the other users of the system, lobbied for the ability to have remote access to the land registry offices.

[4] The process of creating a fully automated and electronic land registry system with remote access capabilities came, however, with a high price tag. In 1987, Ontario started a consultation process surrounding the

d'auteur au cours des années qui ont suivi l'adoption, en 1921, de la disposition relative au droit d'auteur de la Couronne. Ensemble, ces outils donnent lieu selon moi à une portée étroite du droit d'auteur de la Couronne, laquelle protège les droits des créateurs d'une œuvre mais attribue la propriété à la Couronne seulement lorsque celle-ci a exercé un degré suffisamment important de direction ou de surveillance dans la création ou la diffusion de l'œuvre.

[2] Le contexte du présent pourvoi est le système d'enregistrement immobilier de l'Ontario. Historiquement, l'enregistrement immobilier en Ontario se faisait exclusivement sur papier. Les documents qui constituaient le registre immobilier, notamment les plans d'arpentage, étaient enregistrés ou déposés auprès des bureaux d'enregistrement immobilier de l'Ontario. Les membres du public qui désiraient obtenir copie de ces documents pouvaient se présenter à un bureau d'enregistrement immobilier et demander une copie moyennant des frais. Les arpenteurs ayant créé les plans d'arpentage ne recevaient ni honoraires ni redevances lorsque le gouvernement fournissait des copies des plans enregistrés et déposés aux membres du public.

[3] Dans les années 1980, l'Ontario a commencé à élaborer le Fichier informatisé d'enregistrement foncier, ou FIEF, lequel visait notamment à automatiser le système d'enregistrement immobilier de l'Ontario. Le FIEF a été initialement conçu comme complément aux bureaux d'enregistrement immobilier dans la prestation de services au public. Toutefois, les parties ayant un intérêt dans le régime d'enregistrement immobilier craignaient que le FIEF à lui seul n'aide pas de façon concrète les personnes qui utilisaient le registre immobilier et qui s'y fiaient. En particulier, les utilisateurs seraient tout de même tenus de se présenter à un bureau pour effectuer leurs opérations immobilières. Dans le but de remédier à ces lacunes, les arpenteurs, ainsi que les autres utilisateurs du système, ont fait pression pour l'obtention d'un accès à distance aux bureaux d'enregistrement immobilier.

[4] Toutefois, la création d'un système d'enregistrement immobilier entièrement automatisé et électronique avec possibilité d'accès à distance a entraîné des coûts importants. En 1987, l'Ontario a

modernization of the land registry system. Surveyors taking part in the consultation advocated for a public-private partnership to undertake this modernization. In 1988, Ontario requested expressions of interest and then proposals for the creation of an electronic land registry and administration system. Developing this system involved two interrelated goals: digitalizing all land registration documents and providing remote access to these documents, and creating a province-wide index map. Surveyors were involved with both aspects of modernization. Ontario also worked closely with the Association of Ontario Land Surveyors, the professional self-governing body responsible for the licensing and governance of Ontario land surveyors, in the electronic land registry system's development phase.

[5] Because of the interdisciplinary nature of the modernization process, individual companies lacked the capacity to complete the project. Accordingly, bidding consortia were formed. Surveyors and surveying companies were integral to these consortia. Real/Data Ontario Inc., the ultimately successful entity, for example, was composed of over a dozen participating member corporations, five or six of which were surveying firms or consortia of surveying firms.

[6] In 1991, Ontario entered into a public-private partnership with Real/Data, which was subsequently incorporated as Teranet Inc. Teranet contracted with Ontario to perform the automation and conversion of the paper-based registry system into an electronic land title system, as well as to operate and maintain this system on Ontario's behalf. When Teranet was incorporated, LanData Group, a consortium of surveying firms, became a shareholder in Teranet.

entamé un processus de consultation sur la modernisation du système d'enregistrement immobilier. Les arpenteurs prenant part à la consultation ont plaidé en faveur d'un partenariat public-privé qui réaliserait ce projet de modernisation. En 1988, l'Ontario a sollicité des déclarations d'intérêts ainsi que des propositions pour la création d'un système d'administration et d'enregistrement immobilier électronique. L'élaboration de ce système visait deux objectifs interreliés : numériser tous les documents d'enregistrement immobilier et fournir un accès à distance à ces documents, d'une part, et créer une carte-index à l'échelle de la province, d'autre part. Les arpenteurs ont participé aux deux aspects de ce projet de modernisation. Durant l'élaboration du système d'enregistrement immobilier électronique, l'Ontario a également travaillé en étroite collaboration avec l'Ordre des arpenteurs-géomètres de l'Ontario, l'organisme professionnel de gouvernance autonome chargé d'accorder les permis d'exercice aux arpenteurs de la province et de régir leurs activités.

[5] En raison de la nature interdisciplinaire du projet de modernisation, les entreprises n'ont pas eu les moyens de mener le projet à bien. Par conséquent, des consortiums de soumissionnaires ont été formés. Les arpenteurs et les entreprises d'arpentage faisaient partie intégrante de ces consortiums. Par exemple, Real/Data Ontario Inc., l'entité qui a finalement été retenue, était formée de plus d'une douzaine de sociétés membres, dont cinq ou six étaient des entreprises d'arpentage ou des consortiums d'entreprises d'arpentage.

[6] En 1991, l'Ontario a conclu un partenariat public-privé avec Real/Data, qui a subséquemment été constituée en personne morale sous la dénomination Teranet Inc. Cette dernière s'est engagée par contrat avec l'Ontario à automatiser le système d'enregistrement sur support papier et à le convertir en un système d'enregistrement électronique de droits immobiliers, ainsi qu'à exploiter et à entretenir ce système pour le compte de l'Ontario. Lorsque Teranet a été constituée en personne morale, LanData Group, un consortium d'entreprises d'arpentage, est devenu actionnaire de Teranet.

[7] The Ontario-Teranet public-private partnership was part of the so-called “first wave” of public-private partnerships. These projects were planned directly by government departments or agencies in order to increase public funding for infrastructure by raising new money through user fees or payments, and transfer supply, availability and demand risk to the private sector partner. These partnerships were undertaken in the belief that greater competition and involvement in the provision of public services would lead to lower costs and greater efficiency.¹

[8] In 1991, Teranet began building the POLARIS province-wide index map. LanData was tasked with building the “fabric” of the POLARIS map. Teranet entered into agreements with LanData for work related to a specific geographical region. LanData then assigned the work to a member surveying firm. LanData and Teranet also entered into an Implementation Services Agreement confirming that LanData would provide implementation services to Teranet. These implementation services included mapping as well as automation and conversion of registry documents and records, and maintenance of the land registration database and the POLARIS map. The Implementation Services Agreement stipulated that Ontario retained all right, title and interest in and to the land registration documents, including plans of survey. LanData disbanded in 1999. From that point on, Teranet contracted directly with individual surveyors and surveying firms. These contracts were made publicly available to any surveyor. In the period between 1991 and 2010, approximately \$40 million of the cost of creating the POLARIS map was paid to surveyors. Surveyors were responsible for a plethora of roles in the creation of POLARIS including field work, the preparation of digital files, data collection and the preparation of reports based on survey findings. In creating the automated electronic land registry system, the surveyors contracted for by Teranet relied on existing plans of survey. The

¹ Matti Siemiatycki, “Public-Private Partnerships in Canada: Reflections on twenty years of practice” (2015), 58 *Can. Pub. Admin.* 343, at p. 347.

[7] Le partenariat public-privé entre l’Ontario et Teranet s’inscrivait dans la « première vague » des partenariats public-privé. Ces projets étaient planifiés directement par les ministères ou les organismes du gouvernement afin d’augmenter le financement public accordé aux infrastructures en recueillant des fonds supplémentaires au moyen de droits ou de paiements d’utilisation et afin de transférer le risque lié à la fourniture, la disponibilité et la demande des ressources au partenaire du secteur privé. Ces partenariats étaient formés parce qu’on croyait qu’une plus grande concurrence et une plus grande participation dans la prestation de services publics entraîneraient une réduction des coûts et une efficacité accrue¹.

[8] En 1991, Teranet a commencé à créer la carte-index provinciale du FIEF. LanData était chargée de créer la « structure » de la carte du FIEF. Teranet a conclu des ententes avec LanData pour des travaux liés à une région géographique en particulier, et LanData assignait ensuite les travaux à une entreprise d’arpentage membre. LanData et Teranet ont également conclu une entente relative aux services de mise en œuvre (« *Implementation Services Agreement* ») confirmant que LanData fournirait des services de mise en œuvre à Teranet. Ces services comprenaient notamment la représentation cartographique ainsi que l’automatisation et la conversion des documents et des dossiers du registre, de même que la tenue à jour de la base de données sur l’enregistrement immobilier et de la carte du FIEF. L’entente relative aux services de mise en œuvre prévoyait que l’Ontario conserverait tous les droits, titres et intérêts sur les documents d’enregistrement immobilier, y compris les plans d’arpentage. LanData s’est dissoute en 1999. À partir de ce moment, Teranet a commencé à conclure des contrats directement avec les arpenteurs et les entreprises d’arpentage. Ces contrats ont été mis à la disposition des arpenteurs. Au cours de la période entre 1991 et 2010, environ 40 millions de dollars dépensés pour la création de la carte du FIEF ont été versés aux arpenteurs. Ces derniers ont joué de nombreux rôles dans la création du FIEF, notamment en accomplissant du travail de terrain,

¹ Matti Siemiatycki, « Public-Private Partnerships in Canada : Reflections on twenty years of practice » (2015), 58 *Admin. Pub. Can.* 343, p. 347.

conversion to an electronic land registry system was completed in 2010.

[9] Teranet now manages Ontario's electronic land registry system as a service provider to the government. Teranet acts pursuant to statutory authority and in accordance with the terms of implementation and licensing agreements with the province (*Electronic Land Registration Services Act, 2010*, S.O. 2010, c. 1, Sch. 6). Under these agreements, Ontario retains all rights, title and interest, including intellectual property rights, to the data used in the electronic land registry system, including plans of survey. The licensing agreement allows Teranet to access registry documents, which belong to Ontario, to facilitate the electronic land registry system.

[10] Since 1999, land registry documents could be registered electronically, with the sole exception of plans of survey. When plans of survey are registered and deposited at a physical land registry office in Ontario, Teranet scans the plans of survey and adds this electronic information to its databases. Teranet provides electronic copies of plans of survey to the public for a statutorily prescribed fee. In certain circumstances, copies of the plan of survey are immediately distributed to a variety of persons and entities, including, for example, when an application for the first registration of a land parcel or the registration of a condominium plan is made (*Procedures and Records*, R.R.O. 1990, Reg. 690, to the *Land Titles Act*, R.S.O. 1990, c. L.5, s. 3; *Description and Registration*, O. Reg. 49/01, to the *Condominium Act, 1998*, S.O. 1998, c. 19, s. 17).

en préparant les dossiers numériques, en recueillant des données et en préparant des rapports fondés sur les résultats de l'arpentage. Pour créer le système d'enregistrement immobilier électronique automatisé, les arpenteurs avec lesquels Teranet avait conclu des contrats se sont fondés sur les plans d'arpentage existants. La conversion vers un système d'enregistrement immobilier électronique s'est terminée en 2010.

[9] Teranet gère maintenant le système d'enregistrement immobilier électronique de l'Ontario à titre de fournisseur de services au gouvernement. Teranet agit conformément aux pouvoirs que lui confère la loi et aux modalités des accords de mise en œuvre et de licence conclus avec la province (*Loi de 2010 sur les services d'enregistrement immobilier électronique*, L.O. 2010, c. 1, ann. 6). Selon ces accords, l'Ontario conserve tous les droits, titres et intérêts, y compris les droits de propriété intellectuelle, sur les données utilisées dans le système d'enregistrement immobilier électronique, ce qui comprend les plans d'arpentage. Le contrat de licence permet à Teranet d'avoir accès aux documents du registre, qui appartiennent à l'Ontario, pour simplifier le système d'enregistrement immobilier électronique.

[10] Depuis 1999, les documents d'enregistrement immobilier peuvent être enregistrés par voie électronique, à l'exception des plans d'arpentage. Lorsque ceux-ci sont enregistrés et déposés auprès d'un bureau d'enregistrement immobilier en Ontario, Teranet les numérise et les ajoute dans ses bases de données. Teranet fournit des copies électroniques des plans d'arpentage au public moyennant des frais établis par la loi. Dans certains cas, les copies des plans d'arpentage sont immédiatement transmises à diverses personnes et entités, par exemple lorsqu'une demande de premier enregistrement d'une parcelle de terrain ou une demande d'enregistrement d'un plan de condominium est présentée (*Procédures et documents*, R.R.O. 1990, règl. 690, pris en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, c. L.5, art. 3; *Description et enregistrement*, Règl. de l'Ont. 49/01, pris en vertu de la *Loi de 1998 sur les condominiums*, L.O. 1998, c. 19, art. 17).

[11] Teranet operates two service portals, Teraview and GeoWarehouse, through which licensed users can access Ontario's land registry documents, including plans of survey, for a statutorily prescribed fee, which, when viewed on either service is currently in the amount of \$16.30 per plan.²

[12] Teranet collects these statutorily prescribed fees on behalf of Ontario. According to an agreement between Ontario and Teranet, Teranet invoices Ontario for the services it has provided and is then paid by Ontario for the performance of those services.

[13] Land surveyors are required to use copies of plans of survey in order to fulfill their statutory and professional duties, which are codified in the *Surveyors Act*, R.S.O. 1990, c. S.29, and its accompanying regulations. When surveyors create a plan of survey, they must research all evidence related to the parcel of land being surveyed (O. Reg. 216/10). This evidence includes copies of registered plans of survey prepared in relation to the land being surveyed and the abutting lands (s. 8). Many surveyors routinely access registered plans of survey through Teranet's online service portals. The terms and conditions accompanying the licenses to these portals state that the intellectual property in the products accessed on Teraview or GeoWarehouse are either owned by Teranet's suppliers or have been licensed to Teranet.

[14] A web of legislation governs the deposit and registry of plans of survey, the format and content of these plans of survey, and the government's subsequent use of these documents. Ontario Regulation 43/96, made under the *Registry Act*, R.S.O. 1990, c. R.20, applies to plans registered and deposited under

[11] Teranet exploite deux portails de services, Teraview et GeoWarehouse, à partir desquels les utilisateurs autorisés peuvent avoir accès aux documents d'enregistrement immobilier de l'Ontario, y compris les plans d'arpentage, moyennant des frais prescrits par la loi, qui sont actuellement de 16,30 \$ par plan², peu importe le service utilisé.

[12] Teranet collecte ces frais pour le compte de l'Ontario. Selon une entente conclue entre l'Ontario et Teranet, cette dernière facture l'Ontario pour les services qu'elle fournit et est ensuite payée par l'Ontario pour la prestation de ces services.

[13] Les arpenteurs sont tenus d'utiliser des copies des plans d'arpentage afin de remplir les obligations que leur impose la loi ainsi que leurs obligations professionnelles, qui sont codifiées dans la *Loi sur les arpenteurs-géomètres*, L.R.O. 1990, c. S.29, et ses règlements d'application. Lorsqu'ils créent un plan d'arpentage, les arpenteurs doivent faire des recherches afin de trouver tous les éléments de preuve liés à la parcelle de terrain faisant l'objet de l'arpentage (Règl. de l'Ont. 216/10). Ces éléments de preuve comprennent notamment les copies des plans d'arpentage enregistrés préparés relativement au terrain faisant l'objet de l'arpentage et aux terrains voisins (art. 8). Bon nombre d'arpenteurs ont régulièrement accès aux plans d'arpentage enregistrés par les portails de services en ligne de Teranet. Les modalités d'utilisation qui accompagnent les licences relatives à l'utilisation de ces portails prévoient que la propriété intellectuelle sur les produits consultés sur Teraview ou GeoWarehouse appartient aux fournisseurs de Teranet ou a été concédée par licence à celle-ci.

[14] Une série de lois gouverne le dépôt et l'enregistrement des plans d'arpentage, le format et le contenu de ces plans, ainsi que l'utilisation subséquente de ces documents par le gouvernement. Le Règlement de l'Ontario 43/96, pris en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des actes*, L.R.O. 1990,

² Of this \$16.30, \$5.00 is the statutory fee, \$10.00 is the fee incurred under the authority of the *Electronic Land Registration Services Act*, and \$1.30 is tax. In 2011, a Teraview license cost \$595.

² Sur le montant de 16,30 \$, 5 \$ correspond aux frais prescrits par la loi, 10 \$ correspond aux frais engagés sous le régime de la *Loi sur les services d'enregistrement immobilier électronique*, et 1,30 \$ correspond aux taxes. En 2011, le coût général d'une licence Teraview était de 595 \$.

the *Registry Act* or *Land Titles Act*. Section 5(1) of this Regulation states:

. . . plans that are to be submitted for registration or deposit shall comply with,

- (a) the Act, or the *Land Titles Act* if the plan was prepared under that Act, and this Regulation;
- (b) the *Surveys Act* and the regulations made under it;
- (c) the Act and the regulations under which the plan was prepared; and
- (d) the *Surveyors Act* and the regulations made under it.

[15] In accordance with s. 165(1) of the *Land Titles Act*, all plans submitted for registration and deposit at a land registry office become the property of the Crown. Section 50(3) of the *Registry Act* similarly indicates that every registered instrument is the property of the Crown, while s. 18(1) states that all records created, used or maintained for the purposes of the land registry system are the property of the Crown.

[16] A plan of survey will not be accepted for registration or deposit when it contains any copyright mark, by words or symbols, on the face of the plan (s. 9(1)(e), O. Reg. 43/96 to the *Registry Act*; *Land Titles Act*, s. 164). In accordance with s. 14(1) of the *Land Titles Act*, the Deputy Minister is responsible for appointing an Examiner of Surveys, who carries out the duties prescribed by the land registration legislation, including the *Land Titles Act* and the *Registry Act*. The Examiner of Surveys is in turn responsible for ordering the correction of any defect or omission in a registered or deposited plan of survey. Once a plan of survey has been registered or deposited, the surveyor is prohibited from amending the content of the plan without permission from the Examiner of Surveys. A person other than the surveyor who created the plan may also apply to

c. R.20, s'applique aux plans enregistrés et déposés en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des actes* ou de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*. Le paragraphe 5(1) de ce règlement prévoit :

. . . tout plan qui doit être présenté à l'enregistrement ou au dépôt est conforme aux textes suivants :

- a) la Loi, ou la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers* si le plan a été dressé en application de cette loi, et le présent règlement;
- b) la *Loi sur l'arpentage* et ses règlements;
- c) la loi et les règlements en application desquels le plan a été dressé;
- d) la *Loi sur les arpenteurs-géomètres* et ses règlements.

[15] Conformément au par. 165(1) de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, tous les plans présentés en vue de l'enregistrement et du dépôt auprès d'un bureau d'enregistrement immobilier deviennent la propriété de la Couronne. Le paragraphe 50(3) de la *Loi sur l'enregistrement des actes* indique de façon similaire que les actes enregistrés sont la propriété de la Couronne, alors que le par. 18(1) prévoit que tous les dossiers créés, utilisés ou conservés pour les besoins du régime d'enregistrement immobilier sont la propriété de la Couronne.

[16] Les plans d'arpentage ne seront pas acceptés aux fins de l'enregistrement ou du dépôt s'ils contiennent une marque indiquant un droit d'auteur, comme des mots ou des symboles (al. 9(1)e), Règl. de l'Ont. 43/96, pris en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des actes*; *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, art. 164). Conformément au par. 14(1) de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, le sous-ministre est chargé de nommer l'inspecteur des arpentages, qui exerce les fonctions prescrites par les lois en matière d'enregistrement immobilier, notamment la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers* et la *Loi sur l'enregistrement des actes*. L'inspecteur des arpentages est chargé d'ordonner la correction des défauts ou omissions dans les plans d'arpentage enregistrés ou déposés. Une fois qu'un plan d'arpentage est enregistré ou

the Examiner for an order directing that a change be made to the registered or deposited plan (*Land Titles Act*, s. 145(6); *Registry Act*, s. 89; O. Reg. 43/96, s. 49(2)).

[17] This appeal arises from a motion to certify a class action brought by Keatley Surveying Ltd., a professional corporation owned and operated by Gordon R. Keatley, a professional land surveyor and member of the Association of Ontario Land Surveyors.

[18] In 2007, Keatley brought a motion to certify a class action on behalf of all land surveyors in Ontario who registered or deposited plans of survey in the provincial land registry offices. Keatley claimed that Teranet infringed surveyors' copyright by digitizing, storing and copying the plans of survey created by the surveyors and registered or deposited in the electronic land registry system.

[19] The class proceedings judge declined to certify the action (*Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2012 ONSC 7120, 107 C.P.R. (4th) 237). Keatley revised its proposed list of common issues, and the Divisional Court certified the action under the *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, with seven Common Issues (*Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2014 ONSC 1677, 119 O.R. (3d) 497):

1. Does copyright under the *Copyright Act* [R.S.C. 1985, c. C-42] subsist in the Plans of Survey?
2. Does the copyright in the Plans of Survey belong to the Province of Ontario pursuant to section 12 of the *Copyright Act* as a result of the registration and/or deposit of those Plans of Survey in the Ontario Land Registry Office?

déposé, il est interdit à l'arpenteur d'en modifier le contenu sans obtenir la permission de l'inspecteur des arpentages. Une personne autre que l'arpenteur ayant créé le plan peut également demander à l'inspecteur d'ordonner la modification d'un plan enregistré ou déposé (*Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, par. 145(6); *Loi sur l'enregistrement des actes*, art. 89; Règl. de l'Ont. 43/96, par. 49(2)).

[17] Le présent pourvoi tire son origine d'une motion en certification d'un recours collectif intenté par Keatley Surveying Ltd., société professionnelle détenue et exploitée par Gordon R. Keatley, un arpenteur professionnel et membre de l'Ordre des arpenteurs-géomètres de l'Ontario.

[18] En 2007, Keatley a présenté une motion en certification d'un recours collectif au nom de tous les arpenteurs en Ontario qui ont enregistré ou déposé des plans d'arpentage auprès des bureaux d'enregistrement immobilier provinciaux. Keatley faisait valoir que Teranet violait le droit d'auteur des arpenteurs en numérisant, entreposant et copiant les plans d'arpentage créés par les arpenteurs et enregistrés ou déposés dans le système d'enregistrement immobilier électronique.

[19] Le juge saisi du recours collectif a refusé de certifier le recours (*Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2012 ONSC 7120, 107 C.P.R. (4th) 237). Keatley a modifié sa liste de questions communes, et la Cour divisionnaire a certifié le recours en vertu de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, lequel soulevait sept questions communes (*Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2014 ONSC 1677, 119 O.R. (3d) 497) :

[TRADUCTION]

1. Existe-t-il un droit d'auteur sur les plans d'arpentage en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. 1985, c. C-42]?
2. Le droit d'auteur sur les plans d'arpentage appartient-il à la province de l'Ontario conformément à l'article 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* du fait de l'enregistrement et/ou du dépôt de ces plans d'arpentage au bureau d'enregistrement immobilier de l'Ontario?

- | | |
|--|--|
| <p>3. Does the signed declaration affixed to the Plan of Survey at the time of registration and/or deposit constitute a signed written assignment of copyright to the Province of Ontario pursuant to subsection 13(4) of the <i>Copyright Act</i>?</p> | <p>3. La déclaration signée jointe au plan d'arpentage au moment de l'enregistrement et/ou du dépôt constitue-t-elle une cession écrite et signée du droit d'auteur à la province de l'Ontario conformément au paragraphe 13(4) de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>?</p> |
| <p>4. Are Class Members deemed to have consented to any or all of the Alleged Uses by the Defendant of Plans of Survey as a result of the registration and/or deposit of those Plans of Survey to the Ontario Land Registry Office?</p> | <p>4. Les membres du groupe sont-ils réputés avoir consenti à l'une ou à l'ensemble des utilisations que la défenderesse aurait fait des plans d'arpentage à la suite de l'enregistrement et/ou du dépôt de ces plans au bureau d'enregistrement immobilier de l'Ontario?</p> |
| <p>5. Did the Defendant make any or all of the Alleged Uses of Plans of Survey? If so, which ones?</p> | <p>5. La défenderesse a-t-elle fait des plans d'arpentage l'une ou l'ensemble des prétendues utilisations? Dans l'affirmative, lesquelles?</p> |
| <p>6. If the answers to common issues 2 and 3 are no, do any or all of the Alleged Uses constitute:</p> <p>a. uses that by the <i>Copyright Act</i> only the owner of the copyright has the right to do?</p> <p>b. uses that are listed in paragraphs 27(2)(a) to (e) of the <i>Copyright Act</i> and that the Defendant knew or should have known infringes copyright? and if so, which ones?</p> | <p>6. Si la réponse aux deuxième et troisième questions communes est négative, l'une ou l'ensemble des prétendues utilisations constituent-elles :</p> <p>a) des utilisations que, selon la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>, seul le titulaire du droit d'auteur a le droit de faire?</p> <p>b) des utilisations qui sont énumérées aux alinéas 27(2) a) à e) de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> et qui, comme la défenderesse savait ou aurait dû savoir, violent le droit d'auteur? Dans l'affirmative, lesquelles?</p> |
| <p>7. Does the Defendant have a defence to copyright infringement based on public policy that would justify the Defendant making the Alleged Uses of Plans of Survey?</p> | <p>7. La défenderesse peut-elle invoquer un moyen de défense fondé sur l'ordre public qui lui permettrait de faire des plans d'arpentage les prétendues utilisations?</p> |

[20] Teranet's appeal of the certification decision to the Ontario Court of Appeal was dismissed (*Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2015 ONCA 248, 125 O.R. (3d) 447).

[20] L'appel que Teranet a porté devant la Cour d'appel de l'Ontario à l'encontre de la décision de certification a été rejeté (*Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2015 ONCA 248, 125 O.R. (3d) 447).

[21] In early 2016, both Keatley and Teranet moved for summary judgment. Belobaba J. considered the seven Common Issues (*Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2016 ONSC 1717, 131 O.R. (3d) 703). The first — whether copyright subsists in the plans of survey — was not disputed. The parties agreed that plans of survey fall within the definition of an “artistic work” in s. 2 of the *Copyright Act*, which includes “drawings, maps, charts, [and] plans”.

[21] Au début de 2016, Keatley et Teranet ont toutes deux présenté une motion en jugement sommaire. Le juge Belobaba s'est penché sur les sept questions communes (*Keatley Surveying Inc. c. Teranet Inc.*, 2016 ONSC 1717, 131 O.R. (3d) 703). La première, à savoir s'il existe un droit d'auteur sur les plans d'arpentage, n'était pas contestée. Les parties s'entendaient pour dire que les plans d'arpentage étaient visés par la définition d'« œuvre artistique » figurant à l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui comprend des « dessins [. . .], graphiques, cartes [et] plans ».

[22] The second Common Issue — whether the copyright in the plans of survey belongs to the province of Ontario pursuant to s. 12 of the *Copyright Act* — was most intensely contested by the parties. Section 12 of the *Act* says:

Where copyright belongs to Her Majesty

12 Without prejudice to any rights or privileges of the Crown, where any work is, or has been, prepared or published by or under the direction or control of her Majesty or any government department, the copyright in the work shall, subject to any agreement with the author, belong to Her Majesty and in that case shall continue for the remainder of the calendar year of the first publication of the work and for a period of fifty years following the end of that calendar year.

Teranet alleged that the plans of survey were “prepared or published by or under the direction or control” of the province, and therefore copyright belongs to the Crown.

[23] In Belobaba J.’s view, s. 12 has two prongs: the “prepared” prong and the “published” prong. In his opinion, plans of survey are not prepared “under the direction or control” of the province. Plans are generally prepared by surveyors at the request of private clients. While these plans must conform to statutorily prescribed guidelines, these guidelines speak to form and not content. If the plans of survey were found to be “prepared” under the direction or control of the province, it would mean that copyright in all plans of survey, even those that are never registered or deposited, would automatically belong to the Crown upon creation.

[24] Belobaba J. then considered whether the plans of survey were published under the province’s direction or control. He was not persuaded that, because the digitization and publication of plans of survey registered or deposited at the land registry office are done under the direction or control of the province, it follows that the copyright in the documents belongs to the province. However, this was not dispositive

[22] La deuxième question commune, à savoir si le droit d’auteur sur les plans d’arpentage appartient à la province de l’Ontario conformément à l’art. 12 de la *Loi sur le droit d’auteur*, a fait l’objet de débats animés entre les parties. L’article 12 de la *Loi* dispose :

Quand le droit d’auteur appartient à Sa Majesté

12 Sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d’auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d’un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l’auteur, à Sa Majesté et, dans ce cas, il subsiste jusqu’à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l’œuvre.

Teranet a fait valoir que les plans d’arpentage étaient « préparé[s] ou publié[s] par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la province et que, par conséquent, le droit d’auteur appartient à la Couronne.

[23] Selon le juge Belobaba, l’art. 12 comporte deux volets : le volet « préparation » et le volet « publication ». À son avis, les plans d’arpentage ne sont pas préparés « sous la direction ou la surveillance » de la province. Les plans sont généralement préparés par des arpenteurs à la demande de clients relevant du secteur privé. Bien que ces plans doivent être conformes aux directives prescrites par la loi, celles-ci ont trait à la forme et non au contenu. S’il est conclu que les plans d’arpentage sont « préparés » sous la direction ou la surveillance de la province, cela voudrait dire que le droit d’auteur sur tous les plans d’arpentage, même ceux qui ne sont jamais enregistrés ni déposés, appartiendrait automatiquement à la Couronne dès leur création.

[24] Le juge Belobaba s’est ensuite demandé si les plans d’arpentage étaient publiés sous la direction ou la surveillance de la province. Il n’était pas convaincu que parce que la numérisation et la publication des plans d’arpentage enregistrés ou déposés au bureau d’enregistrement immobilier sont faites sous la direction ou la surveillance de la province, il s’ensuit que le droit d’auteur sur les documents

because provincial statutes make clear that the property in the plans of survey, including copyright, is transferred to the province when they are registered or deposited at the land registry office. The province then has “control” of the plans of survey, and publications of these documents are done “by or under the direction or control of Her Majesty”. When this happens, s. 12 dictates that the copyright in these works belongs to the province for the prescribed term. In the result, the answer to the second Common Issue — the dispositive issue for Keatley’s claim — was that the copyright belongs to the Crown and therefore there was no copyright infringement.

[25] Belobaba J. considered the remaining certified Common Issues, starting with the third Common Issue, which was whether a signed declaration affixed to plans of survey at the time of registration or deposit constitutes an assignment of copyright to the province of Ontario pursuant to s. 13(4) of the *Copyright Act*. This declaration stated that the plan complied with all applicable Acts, regulations and practice standards. Because the declaration says nothing about copyright or an assignment of rights, Belobaba J. concluded there was no assignment of copyright.

[26] The fourth Common Issue was whether class members are deemed to have consented to the alleged uses of the plans of survey by Teranet as a result of the registration or deposit of those plans of survey. Because of the answer to the second Common Issue, there was no need to inquire into the consent or deemed consent of the surveyors. As owner of the copyright in the plans of survey, the province could make and distribute copies of the documents.

[27] Belobaba J. concluded that the answer to the fifth Common Issue, which was whether Teranet made any of a number of alleged uses of the plans

appartient à la province. Toutefois, cette conclusion n’était pas déterminante car les lois provinciales indiquent clairement que la propriété sur les plans d’arpentage, y compris le droit d’auteur, est transférée à la province lorsqu’ils sont enregistrés ou déposés au bureau d’enregistrement immobilier. La province assure ensuite la « surveillance » des plans d’arpentage, et la publication de ces documents a lieu « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ». Dans ces cas, l’art. 12 prévoit que le droit d’auteur sur ces œuvres appartient à la province pendant la durée qui y est prescrite. Par conséquent, la réponse à la deuxième question commune — la question déterminante quant à la demande de Keatley — était que le droit d’auteur appartient à la Couronne et que, par conséquent, il n’y a eu aucune violation du droit d’auteur.

[25] Le juge Belobaba a examiné les autres questions communes certifiées, en commençant par la troisième, qui était de savoir si la déclaration signée jointe aux plans d’arpentage au moment de l’enregistrement ou du dépôt constitue une cession du droit d’auteur à la province de l’Ontario conformément au par. 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Cette déclaration atteste que le plan est conforme aux lois, règlements et normes de pratiques applicables. Comme la déclaration ne comprend aucune mention à propos du droit d’auteur ou d’une cession des droits, le juge Belobaba a conclu qu’il n’y avait eu aucune cession du droit d’auteur.

[26] La quatrième question commune consistait à savoir si les membres du groupe sont réputés avoir consenti aux utilisations que Teranet aurait fait des plans d’arpentage à la suite de l’enregistrement ou du dépôt de ces plans. En raison de la réponse à la deuxième question commune, il était inutile de se pencher sur la question du consentement ou du consentement présumé des arpenteurs. À titre de titulaire du droit d’auteur sur les plans d’arpentage, la province pouvait faire des copies des documents et les distribuer.

[27] Le juge Belobaba a répondu par l’affirmative à la cinquième question commune, qui était de savoir si Teranet a fait des plans d’arpentage l’une des

of survey, was yes. Teranet made use of the plans of survey in all of the ways alleged.

[28] The sixth Common Issue was whether any or all of the alleged uses constitute copyright infringement. Because the answer to the second Common Issue was yes, and the Crown has copyright in the registered and deposited plans of survey, the sixth Common Issue could not be answered. There was no need to consider the “fair dealing” defence. Similarly, the seventh Common Issue, which considered a public policy defence to copyright infringement, did not need to be answered, as there was no copyright infringement.

[29] In the result, based on the answer to the second Common Issue, Teranet’s motion for summary judgment was allowed and Keatley’s class action was dismissed.

[30] Keatley appealed to the Court of Appeal. Teranet cross-appealed in relation to the other Common Issues. Doherty J.A., writing for the court, noted that it was uncontested that there is copyright in plans of survey prepared by surveyors since they are artistic works as defined in s. 2 of the *Copyright Act* (2017 ONCA 748, 139 O.R. (3d) 340). The land surveyor who prepares the plan of survey is the “author” of the work and the first owner of the copyright in the work (*Copyright Act*, s. 13(1)). Doherty J.A. emphasized that surveyors are under no obligation to deposit or register plans of survey. Since land surveyors are capable of preventing any plan from being registered or deposited, there is no validity to the proposition that Teranet had expropriated the copyright of land surveyors whose plans are registered or deposited in the electronic land registry system.

[31] Doherty J.A. noted that s. 12 of the *Copyright Act*, which is closely modeled on the United Kingdom’s *Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46, s. 18, has remained unchanged for nearly a

prétendues utilisations. Teranet a utilisé les plans d’arpentage de toutes les façons invoquées.

[28] La sixième question commune consistait à savoir si l’une ou l’ensemble des utilisations reprochées constituait une violation du droit d’auteur. Comme le juge a répondu par l’affirmative à la deuxième question commune, et que la Couronne a un droit d’auteur sur les plans d’arpentage enregistrés et déposés, la sixième question commune ne pouvait recevoir de réponse. Il était inutile d’examiner la défense fondée sur l’« utilisation équitable ». De même, il n’était pas nécessaire de répondre à la septième question commune, qui portait sur un moyen de défense fondé sur l’ordre public pour justifier la violation du droit d’auteur, puisqu’il n’y avait aucune violation du droit d’auteur.

[29] Par conséquent, compte tenu de la réponse à la deuxième question commune, la motion en jugement sommaire de Teranet a été accueillie et le recours collectif de Keatley a été rejeté.

[30] Keatley a interjeté appel devant la Cour d’appel. Teranet a interjeté un appel incident quant aux autres questions communes. S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge Doherty a indiqué qu’il n’était pas contesté qu’il existe un droit d’auteur sur les plans d’arpentage préparés par les arpenteurs puisqu’il s’agit d’œuvres artistiques au sens de l’art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur* (2017 ONCA 748, 139 O.R. (3d) 340). L’arpenteur qui prépare le plan d’arpentage est l’« auteur » de l’œuvre et le premier titulaire du droit d’auteur sur cette œuvre (*Loi sur le droit d’auteur*, par. 13(1)). Le juge Doherty a souligné que les arpenteurs ne sont pas tenus de déposer ou d’enregistrer les plans d’arpentage. Étant donné que les arpenteurs peuvent empêcher qu’un plan soit enregistré ou déposé, on ne saurait affirmer que Teranet a dépossédé du droit d’auteur des arpenteurs dont les plans sont enregistrés ou déposés dans le système d’enregistrement immobilier électronique.

[31] Le juge Doherty a fait observer que l’art. 12 de la *Loi sur le droit d’auteur*, qui s’inspire étroitement de l’art. 18 de la loi du Royaume-Uni intitulée *Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46, est

century. Section 12's opening words, "[w]ithout prejudice to any rights or privileges of the Crown", is a reference to the Crown's common law prerogative to control the publication of a variety of materials, like statutes, and was not relevant to the disposition of the case.

[32] Doherty J.A. agreed with Belobaba J. that the plans of survey were not prepared by or under the control or direction of Her Majesty. The relevant inquiry was whether they were *published* by or under the direction or control of the Crown. Section 2.2(1)(a)(i) of the *Copyright Act* defines "publication" as "making copies of a work available to the public". Teranet, by the terms of the *Registry Act* and the *Land Titles Act*, is required to provide copies of the plans of survey to the public. There is no doubt then that Teranet "and hence the Crown" publishes the plans of survey when they make copies of the plans available to the public (para. 31). Mere publication by the Crown does not suffice to vest copyright in the Crown pursuant to s. 12. Instead, in order to meet the requirements of s. 12, this publication must be "by or under the control or direction of Her Majesty".

[33] In order to determine whether a work is published under the direction or control of the Crown, the nature of the property rights held by the Crown at the time of publication must be considered. In Doherty J.A.'s view, "the more extensive those rights, and the more rights associated with copyright are in the Crown's hands, the stronger the inference that the publishing occurs under the 'direction or control' of the Crown" (para. 33). The nature of the rights held by the Crown at the time of publication is informed by a series of provincial statutes. Doherty J.A. considered the *types* of rights granted to the Crown by these statutes.

[34] First, the relevant provisions of these enactments transfer assorted *property* rights in the registered

demeuré inchangé pendant près d'un siècle. Les mots introductifs de l'art. 12, « [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne », se rapportent à la prérogative de common law de la Couronne qui l'autorise à contrôler la publication de divers documents, comme les lois, et n'étaient pas utiles pour trancher l'affaire.

[32] Le juge Doherty a souscrit à l'opinion du juge Belobaba selon laquelle les plans d'arpentage n'étaient pas préparés par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté. La question qu'il fallait se poser était celle de savoir s'ils étaient *publiés* par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne. L'alinéa 2.2(1)a) de la *Loi sur le droit d'auteur* définit la « publication » comme la « mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre ». Selon les dispositions de la *Loi sur l'enregistrement des actes* et de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, Teranet est tenue de fournir des copies des plans d'arpentage au public. Il ne fait aucun doute alors que Teranet [TRADUCTION] « et, par conséquent, la Couronne » publient les plans d'arpentage lorsqu'elles mettent des copies des plans à la disposition du public (par. 31). À elle seule, la publication par la Couronne ne suffit pas à investir celle-ci d'un droit d'auteur en vertu de l'art. 12. Au contraire, pour satisfaire aux exigences de l'art. 12, cette publication doit se faire « par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ».

[33] Pour établir si une œuvre est publiée sous la direction ou la surveillance de la Couronne, il faut examiner la nature des droits de propriété que détient la Couronne au moment de la publication. Selon le juge Doherty, [TRADUCTION] « plus ces droits sont étendus, et plus les droits qui se rattachent au droit d'auteur sont entre les mains de la Couronne, plus il est possible d'inférer que la publication se fait sous la "direction ou la surveillance" de la Couronne » (par. 33). La nature des droits que détient la Couronne au moment de la publication repose sur une série de lois provinciales. Le juge Doherty a examiné les *types* de droits que ces lois accordent à la Couronne.

[34] Premièrement, les dispositions pertinentes de ces textes législatifs transfèrent à la Couronne

or deposited plans to the Crown. The physical plan must be filed in a land registry office (O. Reg. 43/96 to the *Registry Act*, s. 7). These plans then remain in the custody and possession of the Crown, and they are declared to be “the property of the Crown” (*Land Titles Act*, s. 165(1); *Registry Act*, ss. 18(10), 50(3)).

[35] Second, the statutory scheme places strict controls on the *form and content* of the registered and deposited plans of survey. Broad authority is given to the Examiner of Surveys to review, and, if necessary, modify the plans. Absent permission, the surveyor depositing the plan may not make subsequent changes to the plan. These provisions do not in and of themselves constitute “direction or control” for the purposes of s. 12. They do, however, inform the inquiry into whether their publication occurs under the direction or control of the Crown.

[36] Third, the provisions of both the *Land Titles Act* and the *Registry Act* state that certified copies of the plans must be made available to the public upon payment of a prescribed fee. Statutory provisions which place an obligation on the Crown to make copies speak to the nature and extent of the Crown’s control over the publication of the plans. The statutory regime makes it clear that it is not the author who has control over making copies of the work.

[37] While custody and control are not the same as holding copyright in the plan, these statutory controls over the plans are relevant to the inquiry of whether the Crown’s subsequent publication of the plans occurs under the Crown’s direction or control. In Doherty J.A.’s view, this statutory regime gives the Crown complete control over registered and deposited plans of survey and complete control over the “publication” of these works within the meaning of s. 12 of the *Act*.

divers droits de *propriété* sur les plans enregistrés ou déposés. Le plan lui-même doit être déposé auprès d’un bureau d’enregistrement immobilier (Règl. de l’Ont. 43/96 pris sous le régime de la *Loi sur l’enregistrement des actes*, art. 7). Ces plans demeurent ensuite sous la garde et en la possession de la Couronne, et ils sont déclarés être « la propriété de la Couronne » (*Loi sur l’enregistrement des droits immobiliers*, par. 165(1); *Loi sur l’enregistrement des actes*, par. 18(10), 50(3)).

[35] Deuxièmement, le régime législatif assujettit à des contrôles stricts *la forme et le contenu* des plans d’arpentage enregistrés et déposés. L’inspecteur des arpentages est investi de larges pouvoirs l’autorisant à examiner et, si nécessaire, à modifier les plans. L’arpenteur qui a déposé le plan ne peut, sans autorisation, apporter des modifications subséquentes à celui-ci. Ces dispositions ne constituent pas en elles-mêmes « [une] direction ou [une] surveillance » pour l’application de l’art. 12, mais elles guident l’analyse visant à établir si leur publication se fait sous la direction ou la surveillance de la Couronne.

[36] Troisièmement, les dispositions de la *Loi sur l’enregistrement des droits immobiliers* et de la *Loi sur l’enregistrement des actes* prévoient que des copies certifiées conformes des plans doivent être mises à la disposition du public après acquittement des droits prescrits. Les dispositions législatives qui obligent la Couronne à faire des copies portent sur la nature et la portée de la surveillance qu’exerce la Couronne sur la publication des plans. Il ressort clairement du régime législatif que ce n’est pas l’auteur qui exerce une surveillance sur la production d’exemplaires de l’œuvre.

[37] Bien qu’il y ait une différence entre la garde et la surveillance et le fait d’être titulaire du droit d’auteur sur le plan, ces contrôles législatifs à l’égard des plans sont utiles pour établir si la publication subséquentes des plans par la Couronne se fait sous la direction ou la surveillance de celle-ci. Selon le juge Doherty, ce régime législatif confère à la Couronne un contrôle complet sur les plans d’arpentage enregistrés et déposés ainsi que sur la « publication » de ces œuvres au sens de l’art. 12 de la *Loi*.

[38] As a result, the Court of Appeal dismissed Keatley's appeal and Teranet's cross-appeal. It declined to consider any of the additional Common Issues because Common Issue 2 was dispositive.

[39] Keatley appealed to this Court and Teranet cross-appealed in order to preserve its rights in relation to the remaining Common Issues.

Analysis

[40] Copyright in Canada is a creature of statute and the rights and remedies afforded by the *Copyright Act* are exhaustive (*Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 5; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 9).

[41] The interpretation of s. 12 of the *Copyright Act* is at the core of this appeal. It states:

Where copyright belongs to Her Majesty

12 Without prejudice to any rights or privileges of the Crown, where any work is, or has been, prepared or published by or under the direction or control of Her Majesty or any government department, the copyright in the work shall, subject to any agreement with the author, belong to Her Majesty and in that case shall continue for the remainder of the calendar year of the first publication of the work and for a period of fifty years following the end of that calendar year.

[42] Section 12 of the *Copyright Act* has remained largely unchanged since 1921 when it was first enacted. Its interpretation is informed both by the words of the provision and the general purposes and objectives of the *Copyright Act*.

[43] As Binnie J. noted in *Théberge*, the *Copyright Act* aims to achieve “a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works . . . and obtaining a just reward for the creator” (para. 30). Creators' rights must be

[38] Par conséquent, la Cour d'appel a rejeté l'appel de Keatley et l'appel incident de Teranet. Elle a refusé d'examiner les autres questions communes parce que la deuxième question commune était déterminante.

[39] Keatley a interjeté appel devant notre Cour et Teranet a interjeté un appel incident afin que ses droits quant aux questions communes restantes soient préservés.

Analyse

[40] Au Canada, le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* sont exhaustifs (*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 5; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 9).

[41] L'interprétation de l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* est au cœur du présent pourvoi. Cette disposition est libellée comme suit :

Quand le droit d'auteur appartient à Sa Majesté

12 Sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l'auteur, à Sa Majesté et, dans ce cas, il subsiste jusqu'à la fin de la cinquième année suivant celle de la première publication de l'œuvre.

[42] L'article 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* est demeuré pratiquement inchangé depuis son adoption en 1921. Son interprétation repose à la fois sur le libellé de la disposition et sur les objectifs généraux de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[43] Comme l'a souligné le juge Binnie dans l'arrêt *Théberge*, la *Loi sur le droit d'auteur* vise à établir « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres [. . .] et, d'autre part, l'obtention d'une juste

recognized, but achieving the proper balance between the *Act's* objectives requires curtailing their scope. As he said, “[i]n crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them” (para. 31).

[44] This Court’s post-*Théberge* jurisprudence has sought to calibrate the appropriate balance between creators’ rights and users’ rights. This balance infused the Court’s treatment of fair dealing in *CCH*, for example, where McLachlin C.J. noted that “the fair dealing exception is perhaps more properly understood as an integral part of the *Copyright Act* than simply a defence. . . . The fair dealing exception, like other exceptions in the *Copyright Act*, is a user’s right” (para. 48).

[45] In *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 (“*SOCAN*”), and *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345, the Court confirmed that fair dealing — and users’ rights — are to be given a large and liberal interpretation. In *SOCAN*, the Court emphasized the vital role played by users’ rights in promoting the public interest. The ability to access and use “works” within the meaning of the *Copyright Act*, are “central to developing a robustly cultured and intellectual public domain” (paras. 9-10).

[46] Fair dealing is, of course, only one component of Canada’s copyright law. It is, however, an emblematic one as it presents a clear snapshot of the general approach to copyright law in Canada — an approach which balances the rights of creators of works and their users. As Professor Michael Geist has noted, the users’ rights framework, so integral to Canadian copyright law, is “increasingly cited as the paradigm example for emphasizing both creator

récompense pour le créateur » (par. 30). Les droits des créateurs doivent être reconnus, mais l’atteinte du juste équilibre entre ces droits et les objectifs de la *Loi* nécessite qu’on en restreigne la portée. Comme il l’a affirmé, « [d]’un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu’il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » (par. 31).

[44] Dans sa jurisprudence postérieure à l’arrêt *Théberge*, la Cour a cherché à établir le juste équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Cet équilibre était à l’origine de la façon dont la Cour a traité l’utilisation équitable dans l’arrêt *CCH*, par exemple, lorsque la juge en chef McLachlin a souligné qu’« il est peut-être plus juste de considérer [l’exception de l’utilisation équitable] comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d’auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. [. . .] À l’instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs » (par. 48).

[45] Dans les arrêts *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326 (« *SOCAN* »), et *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345, la Cour a confirmé que l’utilisation équitable — et les droits des utilisateurs — doivent recevoir une interprétation large et libérale. Dans *SOCAN*, la Cour a souligné le rôle vital que jouent les droits des utilisateurs dans la promotion de l’intérêt public. L’accès aux « œuvres » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* et l’utilisation de celles-ci jouent « un rôle crucial dans l’établissement d’un domaine public vigoureux sur les plans culturel et intellectuel » (par. 9-10).

[46] L’utilisation équitable n’est, bien sûr, qu’un élément du droit canadien en matière de droit d’auteur, mais elle en constitue un élément emblématique, car elle donne un aperçu clair de l’approche générale relative au droit d’auteur appliquée au Canada — une approche qui établit un équilibre entre les droits des créateurs d’œuvres et ceux de leurs utilisateurs. Comme l’a souligné le professeur Michael Geist, le cadre relatif aux droits des

and user rights” (Michael Geist, “Introduction”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), iii, at p. iv). All provisions of the *Copyright Act*, including s. 12, must be interpreted with this balance in mind so that the *Copyright Act* continues to further the public interest.

[47] This balance between creators’ rights and users’ rights must also inform the proper interpretation and scope to be given to s. 12 of the *Act*. The *sui generis* nature and purpose of Crown copyright make it uniquely amenable to realizing a balance between creators’ rights and users’ rights *within the scope of s. 12 itself*.

[48] The opening language of s. 12 — “[w]ithout prejudice to any rights or privileges of the Crown” — reflects the historical Crown prerogative over publishing. The prerogative power is characterized not as “copyright”, but rather as a “property right” which grants the Crown a monopoly on printing certain works in perpetuity (Elizabeth F. Judge, “Crown Copyright and Copyright Reform in Canada”, in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 550, at p. 557 (“Crown Copyright”)).

[49] The incorporation of the Crown prerogative into the *Copyright Act* brought with it centuries of English law and history surrounding the scope of the prerogative power over publishing. With the development of the printing press, printing in England was considered to be a matter of state. Initially, *all* printing was regulated by the Crown. The Crown’s prerogative power over publishing in the seventeenth century was used as a censorship tool to suppress “treason” and “sedition” (David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 134). The Crown exercised its prerogative rights by the grant in letters patent of

utilisateurs, si essentiel au droit canadien en matière de droit d’auteur, est [TRADUCTION] « de plus en plus cité comme l’exemple type où l’accent a été mis autant sur les droits des créateurs que sur ceux des utilisateurs » (Michael Geist, « Introduction », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), iii, p. iv). Toutes les dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur*, y compris l’art. 12, doivent être interprétées à la lumière de cet équilibre, de sorte que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de promouvoir l’intérêt public.

[47] Cet équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs doit également guider l’interprétation et la portée qu’il convient de donner à l’art. 12 de la *Loi*. De par sa nature et son objet *sui generis*, le droit d’auteur de la Couronne se prête particulièrement à l’établissement d’un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs *à l’intérieur même de l’art. 12*.

[48] Le texte introductif de l’art. 12 — « [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne » — reflète la prérogative historique de la Couronne en matière de publication. Cette prérogative se caractérise non pas par un « droit d’auteur », mais par un « droit de propriété » qui confère à la Couronne un monopole perpétuel sur l’impression de certaines œuvres (Elizabeth F. Judge, « Crown Copyright and Copyright Reform in Canada », dans Michael Geist, dir., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 550, p. 557 (« Crown Copyright »)).

[49] L’incorporation de la prérogative de la Couronne dans la *Loi sur le droit d’auteur* a consacré des siècles de droit anglais et d’histoire concernant la portée de la prérogative en matière de publication. À la suite de l’invention de la presse à imprimer, l’imprimerie en Angleterre était considérée comme une question intéressant l’État. Initialement, *toute* l’imprimerie était réglementée par la Couronne. Au dix-septième siècle, la prérogative de la Couronne en matière de publication était utilisée comme outil de censure visant à réprimer la [TRADUCTION] « trahison » et la « sédition » (David Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*

exclusive licenses to print and publish those works (John Gilchrist, “Origins and Scope of the Prerogative Right to Print and Publish Certain Works in England” (2011), 10 *Canberra L. Rev.* 139, at p. 140).

[50] The types of works which the Crown traditionally had the sole right to originally publish included works of religion, statutes, public documents and law reports (Harold G. Fox, “Copyright in Relation to the Crown and Universities with Special Reference to Canada” (1947), 7 *U.T.L.J.* 98, at pp. 108-16). In 1820, Joseph Chitty quoted from a speech delivered by Lord Erskine in 1779, arguing that the Crown’s prerogative encompasses works which:

. . . upon just and rational principles of government, must ever belong to the executive magistrate in all countries, namely, the exclusive right to publish religious or civil constitutions — in a word, to promulgate every ordinance by which the subject is to live, and be governed. These always did, and from the very nature of civil government always ought, to belong to the Sovereign, and hence have gained the title of prerogative copies.

(*A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject* (1820), at p. 239, quoting Thomas Erskine, *Speeches of Lord Erskine, While at the Bar* (1876), vol. 1, James L. High, ed., at p. 61.)

[51] Justifications for the continued existence of the Crown prerogative over publishing include ensuring the preservation, authenticity, accuracy and reliability of certain documents, while simultaneously retaining the discretion of the executive (*R. v. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548 (N.B.S.C. (App. Div.)); Sebastian Payne, “The Royal Prerogative”, in Maurice Sunkin and Sebastian Payne, eds., *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis* (1999), 77, at p. 87).

[52] Section 12’s reference to the Crown prerogative thereby preserves the Crown’s historic ability

(2^e éd. 2011), p. 134). La Couronne *exerçait* ses droits de prérogative au moyen de l’octroi, dans des lettres patentes, de licences exclusives autorisant l’impression et la publication de ces œuvres (John Gilchrist, « Origins and Scope of the Prerogative Right to Print and Publish Certain Works in England » (2011), 10 *Canberra L. Rev.* 139, p. 140).

[50] Les types d’œuvres à l’égard desquelles la Couronne avait traditionnellement un droit exclusif de publication à l’origine comprenaient les œuvres religieuses, les lois, les documents publics et les recueils de jurisprudence (Harold G. Fox, « Copyright in Relation to the Crown and Universities with Special Reference to Canada » (1947), 7 *U.T.L.J.* 98, p. 108-116). En 1820, Joseph Chitty a cité des extraits d’un discours de lord Erskine prononcé en 1779, où il faisait valoir que la prérogative de la Couronne comprend les œuvres qui :

[TRADUCTION] . . . selon des principes justes et rationnels de gouvernement, doivent absolument appartenir au magistrat exécutif de tous les pays, à savoir le droit exclusif de publier les constitutions religieuses ou civiles — bref, de promulguer toute ordonnance par laquelle l’objet doit exister, et être régi. Elles ont toujours et, compte tenu de la nature même du gouvernement civil, doivent toujours appartenir au Souverain, et se sont donc méritées le titre de copies de prérogative.

(*A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject* (1820), p. 239, citant Thomas Erskine, *Speeches of Lord Erskine, While at the Bar* (1876), vol. 1, James L. High, dir., p. 61.)

[51] Le maintien de la prérogative de la Couronne en matière de publication se justifie notamment par la nécessité d’assurer la conservation, l’authenticité, l’exactitude et la fiabilité de certains documents, tout en conservant le pouvoir discrétionnaire de l’exécutif (*R. c. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548 (C.S.N.-B.) (Div. app.)); Sebastian Payne, « The Royal Prerogative », dans Maurice Sunkin et Sebastian Payne, dir., *The Nature of the Crown : A Legal and Political Analysis* (1999), 77, p. 87).

[52] La mention à l’art. 12 de la prérogative de la Couronne préserve ainsi la faculté historique de

to publish certain works and have proprietary rights in those works. In a certain sense, the continued subsistence of the Crown prerogative is a derogation from the general rule that copyright is wholly a “creature of statute” (*Théberge*, at para. 5). The remainder of s. 12 provides a *statutory* basis for Crown copyright, which will subsist in any work “prepared or published by or under the direction or control of Her Majesty”.

[53] Similar rationales and purposes apply to statutory Crown copyright: to protect works prepared or published under the control of the Crown where it is necessary to guarantee authenticity, accuracy and integrity in the public interest (see Judge, “Crown Copyright”, at p. 553; David Vaver, “Copyright and the State in Canada and the United States” (1996), 10 *I.P.J.* 187; Judy Erola and Francis Fox, *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act* (1984), at p. 76).

[54] But Crown copyright cannot be so expansive in scope that it allows for the routine expropriation of creators’ copyright in their works. As was noted in *Théberge*, the other half of the *Copyright Act*’s balance is “obtaining a just reward for the creator”. There is also a danger of Crown copyright undermining the very purpose it was meant to serve if interpreted too expansively. Sweeping classes of works into the scope of Crown copyright, when such rights were heretofore unacknowledged as being subject to copyright at all, risks impeding the public interest in accessing these works and could compromise the existence of a robust public domain (see e.g. Barry Torno, *Crown Copyright in Canada: A Legacy of Confusion* (1981), at Summary). Put differently, the Crown’s public interest in ensuring the accuracy and integrity of government documents cannot lead to such an expansive Crown copyright regime that the public interest in accessing information is harmed.

celle-ci de publier certaines œuvres et de jouir de droits de propriété sur ces œuvres. Dans un certain sens, l’existence continue de la prérogative de la Couronne constitue une dérogation à la règle générale voulant que le droit d’auteur « tire [entièrement] son origine de la loi » (*Théberge*, par. 5). Le reste de l’art. 12 apporte un fondement *législatif* au droit d’auteur de la Couronne, qui continuera d’exister sur toutes les œuvres « préparées ou publiées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ».

[53] Des justifications et objectifs semblables valent pour le droit d’auteur que la loi confère à la Couronne : protéger les œuvres préparées ou publiées sous la surveillance de la Couronne lorsque cela est nécessaire pour en garantir l’authenticité, l’exactitude et l’intégrité dans l’intérêt public (voir Judge, « Crown Copyright », p. 553; David Vaver, « Copyright and the State in Canada and the United States » (1996), 10 *I.P.J.* 187; Judy Erola et Francis Fox, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d’auteur : Propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d’auteur* (1984), p. 71).

[54] Cependant, la portée du droit d’auteur de la Couronne ne peut être étendue au point de permettre à celle-ci de s’approprier systématiquement le droit d’auteur des créateurs sur leurs œuvres. Ainsi que l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Théberge*, l’autre élément dans l’équilibre visé par la *Loi sur le droit d’auteur* est « l’obtention d’une juste récompense pour le créateur ». Il y a aussi un risque que le droit d’auteur de la Couronne mine l’objet même qu’il est censé viser s’il est interprété trop largement. Étendre la portée du droit d’auteur de la Couronne à des catégories d’œuvres, alors que ces œuvres ne sont pas reconnues comme étant visées par un quelconque droit d’auteur, risque de porter atteinte à l’intérêt qu’a le public à avoir accès à ces œuvres et de compromettre l’existence d’un domaine public solide (voir, p. ex., Barry Torno, *Le droit d’auteur de la Couronne au Canada : un héritage embrouillé* (1981), sommaire du rapport). En d’autres termes, l’intérêt public à ce que la Couronne assure l’exactitude et l’intégrité des documents du gouvernement ne saurait mener à un régime de droit d’auteur de la Couronne large au point de porter atteinte à l’intérêt qu’a le public à l’accès à l’information.

[55] Section 12 of the *Copyright Act*, irreverently described as a “legislative monstrosity” characterized by “atrocious drafting” (Torno, *Crown Copyright in Canada*, at p. 49³), has received little judicial attention. Copyright scholars and practitioners have, however, commented on the scope and operation of s. 12. Writing in 1947, Harold G. Fox cited what is now s. 12 (then s. 11) and observed:

Where, therefore, a work is prepared under the direction or control of the crown or a government department, the copyright will immediately vest in the crown and will remain there until publication, whenever that may occur, and for fifty years after publication. Where the work is independently prepared but is later published by or under the control of the crown or a government department, the copyright will remain in the author until publication when it will automatically pass to the crown, and there remain for the ensuing period of fifty years. In the case of a work prepared by or under the control of the crown or a government department the vesting of the copyright in the crown occurs quite apart from the existence of a contract of service such as is required in the ordinary case of employment under section 12(b) [now s. 13(3)].

(“Copyright in Relation to the Crown”, at p. 105)

[56] Dr. Fox went on to describe his view of s. 12’s reach:

The crown will have copyright in any work so long as it is published by or under such direction or control. Subject to any agreement with the author, the crown will have copyright merely by paying for the publication of a work or, even without paying for it, by having it published under the direction or control of the crown or a government department. This is a reversal of the usual position with respect to ownership of copyright, for the general basis of the statute is that copyright shall in the first instance

³ These “pejoratives” refer to counsel’s comment in *Attorney-General (N.S.W.) v. Butterworth & Co. (Australia) Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 195 (S.C.), at p. 258, and the criticism made by the Patent and Trademark Institute of Canada in a 1978 brief to a copyright committee.

[55] L’article 12 de la *Loi sur le droit d’auteur*, irrévérencieusement décrit comme étant une [TRADUCTION] « monstruosité législative » caractérisée par une « formulation exécrationnelle » (Torno, *Le droit d’auteur de la Couronne au Canada*, p. 53³), n’a reçu que peu d’attention des tribunaux. Les auteurs et praticiens spécialistes du droit d’auteur se sont toutefois exprimés sur la portée et l’application de cette disposition. Dans son ouvrage rédigé en 1947, Harold G. Fox a cité l’actuel art. 12 (l’ancien art. 11), faisant remarquer :

[TRADUCTION] Par conséquent, lorsque l’œuvre est préparée sous la direction ou la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement, le droit d’auteur est immédiatement dévolu à celle-ci jusqu’à la publication, quelle que soit la date, et il subsiste pendant cinquante ans suivant la publication. Lorsque l’œuvre est préparée de manière indépendante, mais publiée ensuite par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement, le droit d’auteur appartient à l’auteur jusqu’à la publication suivant laquelle le droit d’auteur sera automatiquement dévolu à la Couronne et ce, pendant les cinquante ans suivant la publication. Dans le cas d’une œuvre préparée par l’entremise ou sous la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement, le droit d’auteur est dévolu à celle-ci même en dépit de l’existence ou non d’un contrat de louage de service, qui est normalement requis en matière d’emploi aux termes de l’al. 12b) [maintenant par. 13(3)].

(« Copyright in Relation to the Crown », p. 105)

[56] Le docteur Fox a ensuite exposé son point de vue sur la portée de l’art. 12 :

[TRADUCTION] La Couronne est titulaire du droit d’auteur sur une œuvre pourvu qu’elle soit publiée par son entremise, sous sa direction ou sa surveillance. À moins d’une entente conclue avec l’auteur, le droit d’auteur sur une œuvre appartient à la Couronne simplement du fait qu’elle assume les frais de sa publication ou, même si elle ne paie pas pour la publication, du fait que l’œuvre est publiée sous la direction ou la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement. Ce principe déroge à la

³ Ces termes « péjoratifs » sont tirés des observations de l’avocat dans *Attorney-General (N.S.W.) c. Butterworth & Co. (Australia) Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 195 (C.S.), p. 258, et de la critique qu’a formulée l’Institut canadien des brevets et marques dans un mémoire présenté en 1978 à un comité sur le droit d’auteur.

be the property of the author. . . . [I]n the case of works prepared for or published by the crown or the government no contract of service is necessary to vest the copyright in the crown. [Footnotes omitted; p. 125.]

[57] The most recent edition of John S. McKeown’s *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 18-12, describes s. 12 of the *Act* as applying in two different situations:

First, where a work is prepared under the direction or control of the Crown or a government department, the copyright belongs to the Crown

Second, where the work is independently prepared but is later published by or under the control of the Crown or a government department

[58] Professors David Vaver and Elizabeth Judge, respectively, have commented on the uncertainty surrounding the scope of s. 12. Professor Vaver has noted the potentially “striking . . . breadth” of s. 12 (“Copyright and the State”, at p. 190). In his textbook, *Intellectual Property Law*, Professor Vaver said:

Difficulties with the British equivalent of this provision caused it to be eventually replaced there in 1988. One problem, which still exists in Canada, lies in deciding when an item has been produced under the government’s “direction or control”. This phrase tends to be interpreted narrowly — rightly so, since this provision is an exception from the standard principle that the author is the first owner of the copyright in what she creates. For the copyright to be the government’s, the production of the work must be the principal object, not a peripheral consequence, of the government’s direction or control. “Direction or control” exists only if the government prescribes how the work should be made, not if it is merely entitled to accept a voluntarily produced work that follows statutory specifications regulating form and content. The fact that the government can demand changes or veto publication,

règle habituelle en matière de propriété du droit d’auteur, car la loi prévoit de façon générale que l’auteur est le premier titulaire de ce droit. [. . .] [D]ans le cas d’œuvres préparées pour la Couronne ou pour un ministère du gouvernement ou publiées par l’entremise de ceux-ci, aucun contrat de louage de service n’est nécessaire pour conférer à la Couronne le droit d’auteur. [Notes en bas de page omises; p. 125.]

[57] Dans la plus récente édition de son ouvrage intitulé *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 18-12, John S. McKeown affirme que l’art. 12 de la *Loi* s’applique à deux situations différentes :

[TRADUCTION] Premièrement, lorsque les œuvres sont préparées sous la direction ou la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement, le droit d’auteur appartient à la Couronne

Deuxièmement, lorsque les œuvres sont préparées de manière indépendante, mais ensuite publiées par l’entremise ou sous la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement

[58] Les professeurs David Vaver et Elizabeth Judge, respectivement, ont formulé des commentaires sur l’incertitude entourant la portée de l’art. 12. Le professeur Vaver a souligné [TRADUCTION] « l’ampleur [. . .] remarquable » qui peut être donnée à l’art. 12 (« Copyright and the State », p. 190). Dans son ouvrage *Intellectual Property Law*, il a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Les problèmes que soulevait la disposition britannique équivalente ont conduit à son remplacement en 1988. Au Canada, il demeure difficile de décider à quel moment une œuvre est produite sous « la direction ou la surveillance » du gouvernement. Ces termes reçoivent généralement une interprétation restrictive — à raison, étant donné que cette disposition déroge au principe bien établi selon lequel l’auteur est le premier titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre qu’il crée. Pour que le gouvernement en soit le titulaire, la production de l’œuvre doit être le principal objet, et non une conséquence accessoire, de la direction ou de la surveillance du gouvernement. Il y a « direction ou surveillance » uniquement si le gouvernement prescrit la manière dont l’œuvre doit être réalisée, et non s’il peut simplement accepter une œuvre volontairement produite conformément aux exigences de la loi sur

or refuse to accept the work for any reason, does not mean the work is subject to its direction or control. [Footnotes omitted; p. 134.]

[59] Professor Elizabeth Judge has commented that “[w]hat exactly Crown copyright covers is unfortunately murky” (“Crown Copyright”, at p. 556). She notes that

section 12 covers any work prepared or published under the direction and control of the Crown or any government department. Unless there is a contractual agreement that the individual author has copyright, the copyright in such works belongs to the government. This is one of the exceptions to the general presumption under copyright law that the author of a work is the first owner. To take an example, where an individual who is a government employee writes a report in the regular scope of her duties, the copyright belongs to the government unless there is an agreement to the contrary. Likewise, where an independent contractor prepares a report “under the direction or control” of the government, the copyright belongs to the government. [Footnote omitted; *ibid.*]

[60] It is worth noting that s. 13(3) of the *Act* states that an employer will be the first owner of the copyright of a work produced by an employee in the course of their employment, or some other person under a contract of service.⁴ This means that the Crown will own copyright in works produced by its employees created in the course of their employment. Because s. 13(3) generally only applies if the author is an employee and not a freelancer or independent contractor, a determination of whether the employer owns the copyright requires recourse to

⁴ Section 13(3) of the *Copyright Act* says: “Where the author of a work was in the employment of some other person under a contract of service or apprenticeship and the work was made in the course of his employment by that person, the person by whom the author was employed shall, in the absence of any agreement to the contrary, be the first owner of the copyright, but where the work is an article or other contribution to a newspaper, magazine or similar periodical, there shall, in the absence of any agreement to the contrary, be deemed to be reserved to the author a right to restrain the publication of the work, otherwise than as part of a newspaper, magazine or similar periodical.”

la forme et le contenu. Le fait que le gouvernement puisse exiger des modifications ou empêcher la publication, ou refuser de reconnaître l’œuvre pour quelque raison que ce soit, ne signifie pas qu’elle est assujettie à sa direction ou sa surveillance. [Notes en bas de page omises; p. 134.]

[59] La professeure Elizabeth Judge a expliqué que [TRADUCTION] « l’objet exact du droit d’auteur de la Couronne est malheureusement obscur » (« Crown Copyright », p. 556). Elle fait les observations suivantes :

[TRADUCTION] [L]’article 12 s’applique aux œuvres préparées ou publiées sous la direction et la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement. À défaut d’un accord contractuel stipulant que l’auteur de l’œuvre est le titulaire du droit d’auteur, le droit d’auteur sur cette œuvre appartient au gouvernement. Il s’agit de l’une des exceptions à la présomption générale, selon les lois en matière de droit d’auteur, voulant que l’auteur d’une œuvre soit le premier titulaire du droit d’auteur sur cette œuvre. Par exemple, lorsqu’un fonctionnaire rédige un rapport dans le cadre de ses fonctions habituelles, le droit d’auteur appartient au gouvernement à moins d’une convention contraire. De même, lorsqu’un entrepreneur indépendant rédige un rapport « sous la direction ou la surveillance » du gouvernement, le droit d’auteur appartient au gouvernement. [Note en bas de page omise; *ibid.*]

[60] Il est important de souligner que le par. 13(3) de la *Loi* indique que l’employeur est le premier titulaire du droit d’auteur sur une œuvre produite par un employé dans l’exercice de cet emploi, ou par une autre personne employée en vertu d’un contrat de louage de service⁴. Il s’ensuit que la Couronne sera titulaire du droit d’auteur sur les œuvres exécutées par ses employés dans l’exercice de leur emploi. Comme le par. 13(3) s’applique généralement seulement si l’auteur est un employé, et non un pigiste ou un entrepreneur indépendant, il faut appliquer

⁴ Le paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d’auteur* dispose : « Lorsque l’auteur est employé par une autre personne en vertu d’un contrat de louage de service ou d’apprentissage, et que l’œuvre est exécutée dans l’exercice de cet emploi, l’employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d’auteur; mais lorsque l’œuvre est un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre, l’auteur, en l’absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d’interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable. »

labour law principles. The relationship between the parties must be analysed to determine if the author is an independent contractor or under the control of whoever is paying him or her (*Intellectual Property Law*, at p. 125).

[61] This has led some commentators to suggest that, by the operation of s. 12 of the *Act*, independent contractors may have different intellectual property rights vis-à-vis the Crown than with other “employers”. Indeed, the New Zealand Court of Appeal has theorized that s. 12’s statutory progenitor, s. 18 of the *Copyright Act, 1911* (U.K.), was enacted partly to “make special provision for works written by Crown servants, as such traditionally were considered to hold office at will rather than under contracts of service” (*Land Transport Safety Authority of New Zealand v. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261, at p. 273).

[62] All this had led to two contrasting visions of Crown copyright being advanced by the parties in this appeal. Keatley argued for an interpretation of s. 12 which would, in effect, only apply to works prepared by or under the direction or control of Her Majesty. Section 12 would be tantamount to a “work for hire” provision. Teranet, on the other hand, proposed an interpretation of s. 12 which would allow any work to be caught by Crown copyright if the Crown simply publishes it on or in any platform. In my respectful view, the correct position is between these extremes.

[63] Section 12 states that the Crown will have copyright when a work is prepared or published by or under its direction or control. Critical to the assessment of whether Crown copyright subsists, is the notion and extent of government direction or control in relation to a work. As it is in the *Copyright Act* generally, the “work” is the lynchpin of s. 12. While it is true that s. 12 has two parts — the prepared prong and the published prong — these two “prongs” are different only to the extent that preparation and

les principes du droit du travail pour savoir si c’est l’employeur qui possède le droit d’auteur. Le rapport entre les parties doit être analysé pour établir si l’auteur est un entrepreneur indépendant ou s’il a agi sous la surveillance de celui qui le rémunère (*Intellectual Property Law*, p. 125).

[61] Voilà pourquoi certains observateurs laissent entendre qu’étant donné l’application de l’art. 12 de la *Loi*, les entrepreneurs indépendants peuvent avoir différents droits de propriété intellectuelle vis-à-vis de la Couronne qu’ils auraient eus vis-à-vis d’un autre « employeur ». Selon la théorie de la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande, le précurseur de l’art. 12 — l’art. 18 de la *Copyright Act, 1911* (R.-U.) — a été adopté notamment pour [TRADUCTION] « établir une disposition particulière visant les œuvres rédigées par les fonctionnaires, étant donné que ceux-ci occupaient traditionnellement leur poste à titre amovible, et non en vertu d’un contrat de louage de service » (*Land Transport Safety Authority of New Zealand c. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261, p. 273).

[62] Tous ces éléments ont mené les parties au présent pourvoi à adopter deux points de vue opposés relativement au droit d’auteur de la Couronne. Keatley plaide en faveur d’une interprétation de l’art. 12 qui, dans les faits, ne s’appliquerait qu’aux œuvres préparées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté. L’article 12 serait assimilable à une disposition de type « œuvre sur commande ». En revanche, Teranet propose de donner à l’art. 12 une interprétation qui permettrait à toute œuvre d’être visée par le droit d’auteur de la Couronne du seul fait que celle-ci la publie sur ou dans une plateforme. Soit dit en tout respect, la juste interprétation se situe entre ces deux extrêmes.

[63] Selon l’article 12, la Couronne est titulaire du droit d’auteur sur les œuvres préparées ou publiées par son entremise, sous sa direction ou sa surveillance. La notion de direction ou de surveillance du gouvernement sur une œuvre et la portée de celle-ci revêt une importance cruciale pour déterminer si le droit d’auteur de la Couronne existe. Comme c’est le cas dans la *Loi sur le droit d’auteur* en général, l’« œuvre » est la pierre angulaire de l’art. 12. Même s’il est vrai que l’art. 12 comporte

publication are different processes. The goal of the s. 12 inquiry in its entirety is to determine whether the degree of direction and control of the Crown over the preparation or publication of the work is sufficient to vest copyright in the Crown. While the manner of assessing whether the requisite degree of direction or control is present will necessarily vary depending on whether Crown copyright is asserted on the basis of preparation or publication, the overarching question remains: has the Crown exercised sufficient direction or control, consistent with the purposes of Crown copyright, that it can be said that Crown copyright subsists?

[64] Considering first when it can be said that a work was *prepared* by the Crown within the meaning of s. 12, it seems to me that two circumstances are broadly captured. A work will be prepared by the Crown when an agent or servant of the Crown brings the work into existence for and on behalf of the Crown in the course of his or her employment. In such circumstances, the Crown — including its agents and employees — has ultimate direction and control over the creation of a work.

[65] Similarly, a work will be prepared under the Crown's direction or control within the meaning of s. 12 when the Crown essentially determines whether and how a work will be made. In such circumstances, Crown copyright will subsist even though the Crown is not the "author" of the work because the Crown exercises direction or control over the work's creation. In this way, works produced by independent contractors who complete Crown commissions in which the Crown exercises the direction or control over the creation of the work will be subject to Crown copyright. As the reasons of Belobaba J. and Doherty J.A. note, the "prepared" branch of s. 12 does not extend to situations in which the Crown merely lays down formal requirements or guidelines for how a work should be made. I agree with Professor Vaver: a work will only be prepared under the Crown's direction or control if "the production of the work [is] the

deux volets — le volet relatif à la préparation et celui relatif à la publication —, ces deux « volets » se distinguent uniquement dans la mesure où la préparation et la publication sont différents processus. Dans son ensemble, l'examen de l'art. 12 vise à établir si la Couronne exerce sur la préparation ou la publication de l'œuvre un degré de direction ou de surveillance suffisant pour que lui soit dévolu le droit d'auteur. Bien que la façon d'évaluer si ce degré voulu de direction ou de surveillance est présent varie nécessairement selon que le droit d'auteur de la Couronne est revendiqué sur la base de la préparation ou de la publication, la principale question demeure la suivante : la Couronne a-t-elle exercé une direction ou une surveillance suffisante, conformément aux objectifs du droit d'auteur de celle-ci, pour qu'on puisse dire que le droit d'auteur de la Couronne existe?

[64] Lorsque j'évalue d'abord à quel moment on peut dire qu'une œuvre a été *préparée* par l'entremise de la Couronne au sens de l'art. 12, il me semble que deux situations se dégagent de façon générale. Une œuvre est préparée par l'entremise de la Couronne lorsqu'un de ses agents ou fonctionnaires crée l'œuvre pour elle ou en son nom dans le cadre de son emploi. Dans un tel cas, la Couronne — y compris ses agents et employés — exerce la direction et la surveillance ultimes sur la création de cette œuvre.

[65] De même, une œuvre est préparée sous la direction ou la surveillance de la Couronne au sens de l'art. 12 lorsque celle-ci décide essentiellement si elle réalisera une telle œuvre et de quelle façon elle le fera. Dans un tel cas, le droit d'auteur de la Couronne existe même si elle n'en est pas l'« auteur » car c'est elle qui exerce la direction ou la surveillance sur la création de l'œuvre. De cette façon, les œuvres produites par des entrepreneurs indépendants qui exécutent des commandes de la Couronne, selon lesquelles celle-ci exerce la direction ou la surveillance sur la création de l'œuvre, seront assujetties au droit d'auteur de la Couronne. Comme l'indiquent les juges Belobaba et Doherty dans leurs motifs, le volet « préparation » de l'art. 12 ne s'applique pas aux situations où la Couronne ne fait qu'imposer des exigences ou des consignes formelles quant à la manière dont l'œuvre doit être créée. Je suis

principal object, not a peripheral consequence, of the government's direction or control" (*Intellectual Property Law*, at p. 134).

[66] This interpretation of what "prepared" means coheres with the general principles surrounding the ownership of copyright set out elsewhere in the *Act*, in particular, s. 13(3), which gives employers the copyright in works produced by employees in the course of their employment. While the Crown would already own the copyright in the works produced by its employees in the course of their employment, the "prepared" branch of s. 12 extends Crown copyright to works produced by independent contractors in circumstances where sufficient direction or control is present. In these two circumstances, the Crown exercises direction and control over both the person preparing the work and the work that is ultimately prepared.

[67] The evaluation of the Crown's direction or control takes on a heightened importance in determining if a work was *published* by the Crown within the meaning of s. 12. Merely making someone else's work available to the public is insufficient. This is because, unlike the "prepared" prong, the "published" prong — if interpreted expansively — profoundly derogates from the general scheme of the *Act* wherein the author of a work owns the copyright in it. The proper scope, therefore, should be conceptually symmetrical with the approach to "prepared". Just as the Crown must cause the work to come into existence for the prepared branch to apply, a work will only be published by or under the direction or control of the Crown when it can be said that the Crown exercises direction or control over the publication process, including both the person publishing the work and the nature, form and content of the final, published version of a work.

du même avis que le professeur Vaver : une œuvre est préparée sous la direction ou la surveillance de la Couronne seulement si [TRADUCTION] « la production de l'œuvre [constitue] l'objet principal, et non une conséquence accessoire, de la direction ou de la surveillance du gouvernement » (*Intellectual Property Law*, p. 134).

[66] Cette interprétation du sens du mot « préparé » cadre avec les principes généraux entourant la propriété du droit d'auteur énoncés ailleurs dans la *Loi*, plus particulièrement au par. 13(3), qui prévoit que le droit d'auteur sur les œuvres produites par des employés dans l'exercice de leur emploi est dévolu à l'employeur. Bien que la Couronne soit déjà titulaire du droit d'auteur sur les œuvres que produisent ses employés dans l'exercice de leur emploi, le volet « préparation » de l'art. 12 élargit ce droit aux œuvres produites par des entrepreneurs indépendants dans des circonstances où la Couronne exerce une direction ou une surveillance suffisante. Dans les deux cas, la Couronne exerce une direction et une surveillance à la fois sur la personne qui prépare l'œuvre et sur l'œuvre qui est ultimement préparée.

[67] L'évaluation de la direction ou de la surveillance qu'exerce la Couronne est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit de savoir si l'œuvre a été *publiée* par l'entremise de la Couronne au sens de l'art. 12. Le simple fait de rendre l'œuvre d'une autre personne accessible au public ne suffit pas. Ce point est important car, contrairement au volet « préparation », le volet « publication » — si on l'interprète libéralement — déroge profondément au régime général de la *Loi*, qui confère le droit d'auteur à l'auteur de l'œuvre. Par conséquent, la juste portée devrait être conceptuellement symétrique à l'approche adoptée pour le volet « préparation ». Tout comme la Couronne doit faire en sorte que l'œuvre soit créée pour que le volet relatif à la préparation s'applique, l'œuvre ne sera publiée par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne que lorsqu'on peut affirmer qu'elle exerce une direction ou une surveillance sur le processus de publication, notamment sur la personne publiant l'œuvre de même que sur la nature, la forme et le contenu de la version définitive publiée de l'œuvre.

[68] Like Doherty J.A., I am of the view that determining whether a work was published with sufficient governmental direction or control to comply with s. 12 necessitates an inquiry into the Crown's interest in the works at the time of publication since this interest will demonstrate the degree of direction or control exercised by the Crown over the publication process. As with the "prepared" prong, the Crown must wield direction or control over the publication process, regardless of whether the works are published "by" the Crown itself, or by a third party under the Crown's "direction or control".

[69] In determining whether a work was published "by" the Crown for the purposes of s. 12, relevant *indicia* of governmental direction or control may include the presence of a statutory scheme transferring property rights in the works to the Crown; a statutory scheme which places strict controls on the form and content of the works; whether the Crown physically possesses the works; whether exclusive control is given to the government to modify the works; the opt-in nature of the statutory scheme; and the necessity of the Crown making the works available to the public. It is only when it can be said that the Crown has sufficient governmental direction or control over the publication process that Crown copyright will subsist within the meaning of s. 12.

[70] These same factors are relevant to the inquiry of whether a work is published "under the direction or control" of the Crown when a third party is involved in the publication process. When it is a third party who does the actual publishing, however, it will also be necessary to examine the direction or control exercised by the Crown over the third party publisher.

[71] Under both the prepared and published prongs of s. 12, therefore, the inquiry will always be whether the extent of the government's direction or control over the preparation or publication of the work are

[68] À l'instar du juge Doherty, j'estime que pour savoir si la direction ou la surveillance du gouvernement sur la publication d'une œuvre est suffisante pour l'application de l'art. 12, il faut examiner l'intérêt de la Couronne sur cette œuvre au moment de la publication car cet intérêt démontre le degré de direction ou de surveillance exercé par celle-ci sur le processus de publication. Tout comme dans le cas du volet « préparation », la Couronne doit exercer une direction ou une surveillance sur ce processus de publication, que les œuvres soient publiées « par l'entremise » de la Couronne elle-même ou par un tiers sous la « direction ou la surveillance » de la Couronne.

[69] Pour décider si une œuvre a été publiée « par l'entremise » de la Couronne pour l'application de l'art. 12, il peut être utile de se reporter aux indices pertinents de direction ou de surveillance gouvernementale, comme la présence d'un régime législatif qui transfère les droits de propriété sur les œuvres à la Couronne; un régime législatif qui prévoit un encadrement strict quant à la forme et au contenu de l'œuvre; la réponse à la question de savoir si la Couronne a la possession physique de l'œuvre; la réponse à la question de savoir si le gouvernement est investi du pouvoir exclusif de modifier l'œuvre; le caractère optionnel du régime législatif; et la nécessité que la Couronne mette l'œuvre à la disposition du public. On pourra affirmer que le droit d'auteur de la Couronne existe au sens de l'art. 12 uniquement lorsque le gouvernement exerce une direction ou une surveillance suffisante sur le processus de publication.

[70] Ces mêmes facteurs sont utiles lors de l'analyse de la question de savoir si une œuvre est publiée « sous la direction ou la surveillance » de la Couronne lorsqu'un tiers participe au processus de publication. Si c'est un tiers qui se charge de la publication proprement dite, cependant, il faudra aussi examiner la direction ou la surveillance exercée par la Couronne sur ce tiers qui effectue la publication.

[71] En conséquence, au regard des deux volets de l'art. 12 — soit la préparation et la publication —, il faudra toujours se demander si la direction ou la surveillance du gouvernement sur la préparation ou la

sufficiently extensive to vest copyright in the Crown. The prepared and published prongs of the s. 12 inquiry cohere: both necessitate an examination into the level of the Crown's direction or control over the person preparing or publishing the work and the work that is being prepared or published. While the inquiry may vary, the overarching task is the same — to measure the degree of direction or control exercised by the Crown in bringing about the creation or dissemination of a work.

[72] Does s. 12 operate to vest copyright in the Crown in the registered or deposited plans of survey? Again, I agree with Belobaba J. and Doherty J.A. that these plans of survey are not *prepared* by or under the direction or control of the Crown. As the motions judge observed, plans of survey are generally prepared at the request of private clients who contract with the surveyor. The Crown does not determine whether or not the plans of survey are made. They are not prepared by or under the direction or control of the Crown.

[73] This leads to the crux of the appeal: publication. Namely, are the registered and deposited plans of survey published by or under the direction or control of the Crown? Answering this question requires an examination into the degree of direction or control exercised by the Crown over the publication process culminating in the published work.

[74] As Doherty J.A. stated, the nature and extent of the Crown's direction and control are informed by a comprehensive statutory regime governing land registration in Ontario. By the terms of the *Registry Act* and its regulations, the physical plan of survey must be filed at a land registry office (O. Reg. 43/96 to the *Registry Act*, s. 7). Once filed, registered or deposited, plans must generally remain in the exclusive custody and possession of the Crown, and these plans are “the property of the Crown” (*Land*

publication de l'œuvre est suffisamment importante pour que le droit d'auteur soit dévolu à la Couronne. Les volets relatifs à la préparation et à la publication de l'analyse fondée sur l'art. 12 s'accordent l'un avec l'autre : les deux nécessitent un examen du degré de direction ou de surveillance exercé par la Couronne sur la personne qui prépare ou publie l'œuvre de même que sur l'œuvre en cours de préparation ou de publication. Même si l'examen peut varier, la tâche fondamentale est la même : il faut mesurer le degré de direction ou de surveillance qu'a exercé la Couronne pour faire en sorte que l'œuvre soit créée ou diffusée.

[72] L'article 12 s'applique-t-il de manière à conférer à la Couronne le droit d'auteur sur les plans d'arpentage enregistrés ou déposés? Encore une fois, j'adhère à l'opinion des juges Belobaba et Doherty selon laquelle ces plans d'arpentage ne sont pas *préparés* par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne. Le juge des motions a fait remarquer que les plans d'arpentage sont généralement préparés à la demande de clients relevant du secteur privé qui passent un contrat avec l'arpenteur. La Couronne ne décide pas si les plans d'arpentage sont faits ou non. Ces plans ne sont pas préparés par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne.

[73] Nous voici maintenant au cœur du présent pourvoi : la publication. La question qui se pose est la suivante : les plans d'arpentage enregistrés et déposés sont-ils publiés par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne? La réponse à cette question exige un examen du degré de direction ou de surveillance que la Couronne exerce sur le processus de publication aboutissant à l'œuvre publiée.

[74] Ainsi que l'a énoncé le juge Doherty, la nature et la portée de la direction et de la surveillance qu'exerce la Couronne sont influencées par le régime législatif exhaustif d'enregistrement immobilier de l'Ontario. Conformément aux dispositions de la *Loi sur l'enregistrement des actes* et de ses règlements, le plan d'arpentage doit être déposé au bureau d'enregistrement immobilier (Règl. de l'Ont. 43/96 pris en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des actes*, art. 7). Une fois qu'ils sont produits, enregistrés ou déposés,

Titles Act, s. 165(1); *Registry Act*, ss. 18(10), 50(3)). The statutory regime surrounding land registration also places strict controls on the form and content of the registered and deposited plans of survey (see O. Reg. 43/96, s. 5(1)), which states that plans submitted for registration or deposit shall comply with the provisions of the *Registry Act*, the *Land Titles Act*, the *Surveys Act*, R.S.O. 1990, c. S.30, and the *Surveyors Act*).

[75] This statutory regime also compels Ontario to make copies of the registered or deposited plans of survey available to the public for the payment of the prescribed fee (see e.g. *Land Titles Act*, s. 165(4); *Registry Act*, s. 17(4)). The right to make copies of a work is, of course, one of the essential elements of copyright (*Théberge*, at para. 42). Statutory provisions which give the Crown the right to control the making of copies suggest that the Crown possesses extensive control over the publication process. It is only the Crown that can control the dissemination of registered and deposited plans of survey; no plan will be accepted for registration or deposit if it includes any notes, words or symbols indicating that the right to make or distribute copies of the plan is restricted in any way (O. Reg. 43/96, s. 9(1)(e)).

[76] As has been discussed in relation to when works can be said to be prepared by the Crown, and as Doherty J.A. noted, legislative provisions controlling the content and form of works cannot suffice to vest copyright in the Crown. However, these detailed rules governing content and form speak to the control exercised by the Crown in the publication of the official, published version of the plans of survey.

[77] It is particularly significant that the Crown has the power to amend the content of the plans of

les plans doivent généralement demeurer en la garde et possession exclusives de la Couronne, et ces plans sont « la propriété de la Couronne » (*Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, par. 165(1); *Loi sur l'enregistrement des actes*, par. 18(10) et 50(3)). Le régime législatif applicable à l'enregistrement immobilier prévoit en outre un encadrement strict quant à la forme et au contenu des plans d'arpentage enregistrés et déposés (voir le Règl. de l'Ont. 43/96, par. 5(1)), où il est indiqué que les plans présentés à l'enregistrement ou au dépôt doivent être conformes aux dispositions de la *Loi sur l'enregistrement des actes*, de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, de la *Loi sur l'arpentage*, L.R.O. 1990, c. S.30, et de la *Loi sur les arpenteurs-géomètres*).

[75] Ce régime législatif exige également que l'Ontario permette au public d'obtenir des copies des plans d'arpentage enregistrés ou déposés après acquittement des droits exigés (voir, p. ex., *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, par. 165(4); *Loi sur l'enregistrement des actes*, par. 17(4)). Le droit de reproduire des œuvres est certes l'un des éléments essentiels du droit d'auteur (*Théberge*, par. 42). Les dispositions législatives qui confèrent à la Couronne le droit de surveiller la reproduction indiquent que celle-ci possède un vaste pouvoir de surveillance sur le processus de publication. Seule la Couronne peut exercer une surveillance à l'égard de la diffusion des plans d'arpentage enregistrés et déposés; aucun plan ne peut être présenté à l'enregistrement ou au dépôt s'il comporte des notes, mots ou symboles indiquant une restriction quelconque du droit d'en faire ou d'en distribuer des copies (Règl. de l'Ont. 43/96, al. 9(1)e)).

[76] Comme nous l'avons vu en ce qui concerne le moment où il est possible d'affirmer qu'une œuvre est préparée par la Couronne, et comme l'a indiqué le juge Doherty, les dispositions législatives régissant le contenu et la forme d'une œuvre ne suffisent pas pour conférer le droit d'auteur à la Couronne. Toutefois, ces règles détaillées qui s'appliquent au contenu et à la forme témoignent de la surveillance qu'exerce la Couronne sur la publication de la version officielle publiée des plans d'arpentage.

[77] Il est particulièrement révélateur que la Couronne ait le pouvoir de modifier le contenu des plans

survey once registered or deposited. Once an individual surveyor deposits a plan, only the Examiner of Surveys can amend or correct the registered and deposited plans of survey. Someone other than the surveyor who created the plan is also able to apply to the Examiner for an order directing that a change be made to the registered or deposited plan. The post-registration powers given to the Examiner of Surveys reflect the government's significant direction and control of the publication process. It is the Crown, rather than the surveyor, who is ultimately responsible for ensuring that the plans of survey comply with all relevant statutory guidelines and that they are accurate, reliable and official. As Doherty J.A. observed, “[c]ommon sense . . . strongly suggests that an exclusive power to alter the document, even without the knowledge or approval of the author, strongly supports a claim of control” (para. 38).

[78] Taken together, the provincial land registration regime gives the Crown complete control over the process of publication. The Crown has proprietary rights in the plan, and custody and control over the physical plans. The statutory scheme ensures that the Crown directs and controls the format and content of registered plans. Significantly, this control subsists after registration or deposit. It is only the Crown, through the Examiner of Surveys, who is able to alter the content of the plans, and only the Crown has ongoing control over and responsibility for the publishing process, including the final form of the work. Likewise, it is the Crown who — by validly enacted legislation — has the exclusive authority to make copies of the registered or deposited plans of survey.

[79] Viewed in its entirety, the scheme demonstrates the extent of the Crown's direction or control over the publication process. The rights normally given to the creator of the work, including the right to amend the work and make copies, are instead given to the Crown. The Crown directs and controls every aspect of the publication of the registered and deposited plans of survey. Because of the extent of this direction and control, copyright vests in the Crown

d'arpentage une fois qu'ils sont enregistrés ou déposés. Du moment qu'un arpenteur dépose un plan, seul l'inspecteur des arpentages peut le modifier ou le corriger. Une personne autre que l'arpenteur qui a créé le plan peut aussi demander à l'inspecteur d'apporter un changement au plan enregistré ou déposé. Les pouvoirs de l'inspecteur des arpentages suivant l'enregistrement reflètent l'important degré de direction et de surveillance du gouvernement dans le processus de publication. C'est à la Couronne, et non à l'arpenteur, qu'il appartient ultimement de veiller à ce que les plans d'arpentage soient conformes à toutes les lignes directrices pertinentes établies par la loi, et à ce qu'ils soient exacts, fiables et officiels. Comme l'a fait observer le juge Doherty, [TRADUCTION] « la logique [. . .] donne fortement à penser que le pouvoir exclusif de modifier un document, même si l'auteur n'est pas informé de la modification ou ne l'a pas approuvée, est un solide indice de surveillance » (par. 38).

[78] Pris dans sa globalité, le régime provincial d'enregistrement immobilier donne à la Couronne le contrôle complet sur le processus de publication. La Couronne a des droits de propriété sur les plans, ainsi que la garde et la surveillance des plans matériels. Le régime législatif veille à ce que la direction et la surveillance du format et du contenu des plans enregistrés soient exercées par la Couronne. Fait important, cette surveillance se poursuit après l'enregistrement ou le dépôt. Seule la Couronne, par l'entremise de l'inspecteur des arpentages, peut modifier le contenu des plans, et seule la Couronne exerce une surveillance permanente sur le processus de publication et en est responsable, ce qui comprend la forme définitive de l'œuvre. De même, c'est la Couronne qui — par une loi valablement adoptée — a le pouvoir exclusif de faire des copies des plans d'arpentage enregistrés et déposés.

[79] Dans son ensemble, le régime démontre l'étendue de la direction ou de la surveillance qu'exerce la Couronne sur le processus de publication. Les droits normalement accordés au créateur d'une œuvre, y compris le droit de la modifier et d'en faire des copies, sont plutôt dévolus à la Couronne. Celle-ci exerce une direction et une surveillance sur chacun des aspects de la publication des plans d'arpentage enregistrés et déposés. Compte tenu de l'étendue de

by operation of s. 12 of the *Act* when the registered or deposited plans of survey are published. When it is the Crown that publishes the works by making them available through the land registry offices, the works are published “by” the Crown within the meaning of s. 12.

[80] These same *indicia* of direction and control surrounding the work being published apply when Teranet publishes the registered or deposited plans of survey by making them available on Teraview or GeoWarehouse. In order to determine whether Teranet, a third party, publishes the work under the Crown’s direction or control, it is also necessary to examine the nature of the relationship between Teranet and the Crown. As described above, Teranet acts in accordance with the terms of implementation and licensing agreements with Ontario (*Electronic Land Registration Services Act, 2010*, Sch. 6). Teranet is not entitled to act outside the parameters of either its agreements with the Crown or the provisions of the statutory regime, summarized above. When it is Teranet that publishes the works by making them available on Teraview or GeoWarehouse, therefore, this publication is done under the Crown’s “direction or control”.

[81] When either the Crown *or* Teranet publishes the registered or deposited plans of survey, copyright vests in the Crown because the Crown exercises direction or control over the publication process, which includes both the publisher and the resulting publication. While the s. 12 test is a stringent one, it is readily met on the facts of this case.

[82] It is also important to note that this conclusion furthers the underlying purposes of Crown copyright. A key fact in this case is that registered and deposited plans of survey in the land registry system are intended to be relied upon by members of the public to determine property rights and obligations. It is for this very reason that the Crown decided to create a single, authoritative registry. These are precisely the types of works over which Crown copyright should

cette direction et surveillance, le droit d’auteur est dévolu à la Couronne en application de l’art. 12 de la *Loi* une fois que les plans d’arpentage enregistrés ou déposés sont publiés. Lorsque c’est la Couronne qui publie les œuvres en les mettant à la disposition du public par l’entremise des bureaux d’enregistrement immobilier, les œuvres sont publiées « par l’entremise » de la Couronne au sens de l’art. 12.

[80] Ces mêmes indices de direction et de surveillance entourant l’œuvre publiée valent lorsque Teranet publie les plans d’arpentage enregistrés ou déposés en les mettant à la disposition du public sur Teraview ou GeoWarehouse. Pour décider si Teranet, un tiers, publie l’œuvre sous la direction ou la surveillance de la Couronne, il faut aussi examiner la nature de la relation entre Teranet et la Couronne. Comme je l’ai expliqué précédemment, Teranet agit conformément aux modalités des contrats de mise en œuvre et de licence conclus avec l’Ontario (*Loi de 2010 sur les services d’enregistrement immobilier électronique*, ann. 6). Teranet n’est pas autorisée à agir au-delà des paramètres énoncés dans les accords qu’elle conclut avec la Couronne ou des dispositions du régime législatif, résumé ci-dessus. Par conséquent, lorsque c’est Teranet qui publie les œuvres en les mettant à la disposition du public sur Teraview ou GeoWarehouse, cette publication se fait sous la « direction ou la surveillance » de la Couronne.

[81] Lorsque la Couronne *ou* Teranet publie les plans d’arpentage enregistrés ou déposés, le droit d’auteur est dévolu à la Couronne parce qu’elle exerce une direction ou une surveillance sur le processus de publication, ce qui comprend à la fois celui qui effectue la publication et la publication qui en découle. Bien que le critère énoncé à l’art. 12 soit strict, il y est nettement satisfait en l’espèce au vu des faits.

[82] Il importe également de signaler que la conclusion susmentionnée favorise l’atteinte des objectifs qui sous-tendent le droit d’auteur de la Couronne. Fait marquant en l’espèce, les plans d’arpentage enregistrés et déposés dans le système d’enregistrement immobilier sont censés être utilisés par les membres du public pour qu’ils déterminent leurs droits de propriété et obligations. C’est justement pour cette raison que la Couronne a décidé de créer un seul

subsist — those over which it is necessary for the Crown to guarantee authenticity, accuracy and integrity in the public interest.

[83] I pause to emphasize that it is only the plans of survey that are registered or deposited in the land registry that are under the Crown’s direction or control. If plans are not registered or deposited, s. 12 is not engaged. As Doherty J.A. noted in the Court of Appeal, surveyors are under no obligation to deposit or register plans of survey in the land registry system. Surveyors can take a number of steps to actively *prevent* registration or deposit. Section 12 only applies to vest copyright in the Crown in registered or deposited plans of survey, published as part of an *opt-in* government scheme.

[84] Before Belobaba J., Keatley “apparently” took the position that there was no copyright infringement under the old, paper-based registry system. It was only the intercession of Teranet, a third-party for-profit entity, that led to the infringement of surveyors’ copyright. Before the Court of Appeal, Keatley repeated this point, but also argued that there was infringement under the paper-based system, but that this infringement was less egregious. These submissions merit several observations.

[85] As the holder of copyright in the plans of survey, the Crown is free to license the use of the works in the manner that it sees fit, which includes permitting Teranet to access, publish and make copies of the registered or deposited plans of survey as Ontario’s licensee. Ontario’s choice to have Teranet manage the electronic land registry system was supported by duly enacted legislation and valid licensing agreements. All fees charged by Teranet are statutorily prescribed. As Belobaba J. succinctly put it, “[t]he province had every right to do what it did” (para. 20).

registre faisant autorité. Il s’agit précisément des types d’œuvre sur lesquels le droit d’auteur de la Couronne devrait exister — ceux dont la Couronne doit assurer l’authenticité, l’exactitude et l’intégrité dans l’intérêt public.

[83] J’ouvre une parenthèse pour souligner que seuls les plans d’arpentage enregistrés ou déposés auprès du bureau d’enregistrement immobilier sont assujettis à la direction ou la surveillance de la Couronne. Si les plans ne sont pas enregistrés ou déposés, l’art. 12 ne s’applique pas. Comme l’a affirmé le juge Doherty de la Cour d’appel, les arpenteurs ne sont pas tenus de déposer ou d’enregistrer les plans d’arpentage dans le système d’enregistrement immobilier. Ils peuvent prendre un certain nombre de mesures afin d’*empêcher* l’enregistrement ou le dépôt. L’article 12 ne s’applique que pour conférer à la Couronne le droit d’auteur sur les plans d’arpentage enregistrés ou déposés, publiés dans le cadre d’un régime gouvernemental *optionnel*.

[84] Devant le juge Belobaba, Keatley a « apparemment » soutenu qu’il n’y avait eu aucune violation du droit d’auteur sous l’ancien régime sur papier d’enregistrement des actes. Seule l’intervention de Teranet, une tierce entité à but lucratif, a entraîné la violation du droit d’auteur des arpenteurs. Keatley a repris ce point devant la Cour d’appel, mais a aussi fait valoir qu’il y avait eu violation du droit d’auteur sous l’ancien régime sur support papier, mais qu’elle était moins flagrante. Plusieurs observations s’imposent relativement à ces arguments.

[85] En sa qualité de titulaire du droit d’auteur sur les plans d’arpentage, la Couronne est libre d’assujettir à une licence l’utilisation des œuvres de la manière qu’elle juge indiquée, notamment en permettant à Teranet d’avoir accès aux plans d’arpentage enregistrés ou déposés, de les publier et d’en faire des copies en vertu d’un accord de licence conclu avec l’Ontario. Le choix de l’Ontario de confier à Teranet la gestion du système d’enregistrement immobilier électronique est appuyé par une loi dûment adoptée et par des contrats de licence valides. Les frais facturés par Teranet sont prescrits par la loi. Comme l’a dit succinctement le juge Belobaba, [TRADUCTION] « [l]a province avait parfaitement le droit de faire ce qu’elle a fait » (par. 20).

[86] No claim for copyright infringement was made under the former paper-based land registry system. While it is not necessary for the purposes of this appeal to determine whether there was copyright infringement under the paper-based system, it seems to me that a similar level of direction and control were exercised by the Crown under the paper system. Ontario's reliance on new technologies post-digitization does not, in my view, change the assessment of whether the Crown had copyright by virtue of s. 12 of the *Act*. In fact, the principle of technological neutrality *demands* that it does not.

[87] This Court's jurisprudence has repeatedly emphasized that technological neutrality is a fundamental tenet of copyright law. It "seeks to have the *Copyright Act* applied in a way that operates consistently, regardless of the form of media involved, or its technological sophistication" (*SOCAN*, at para. 43, citing *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49). Technological neutrality requires "that the *Copyright Act* apply equally between traditional and more technologically advanced forms of the same media" (*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 ("ESA"), at para. 5 (emphasis added)).

[88] In other words, the *Copyright Act* should not be interpreted or applied to either favour or discriminate against any form of technology (*ESA*, at para. 5; *Robertson*, at para. 49; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 66). In *ESA*, for example, this Court relied on the principle of technological neutrality to conclude that there was "no practical difference between buying a durable copy of the work in the store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user" (para. 5).

[89] In my view, a similar logic applies here. There is no practical difference between obtaining a copy

[86] Il n'y a eu aucune réclamation pour violation du droit d'auteur sous l'ancien régime d'enregistrement immobilier sur support papier. Bien qu'il ne soit pas nécessaire pour les besoins du présent pourvoi d'établir s'il y a eu violation du droit d'auteur sous ce régime, il me semble que la Couronne exerçait un degré de direction et de surveillance similaire. Le fait pour l'Ontario d'utiliser de nouvelles technologies post-numérisation ne change pas, à mon avis, l'analyse de la question de savoir si la Couronne est titulaire du droit d'auteur en application de l'art. 12 de la *Loi*. En fait, le principe de la neutralité technologique *exige* qu'une telle utilisation ne change pas l'analyse de cette question.

[87] La Cour a maintes fois souligné que la neutralité technologique constitue un principe fondamental du droit en matière de droit d'auteur, lequel vise « l'application uniforme de la *Loi sur le droit d'auteur* peu importe le support ou son degré d'avancement technologique » (*SOCAN*, par. 43, citant *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49). La neutralité technologique exige « que la *Loi sur le droit d'auteur* s'applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique » (*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« ESA »), par. 5 (je souligne)).

[88] En d'autres termes, il n'y a pas lieu d'interpréter ou d'appliquer la *Loi sur le droit d'auteur* d'une manière qui favorise une forme de technologie ou qui crée une distinction entre différentes formes de technologie (*ESA*, par. 5; *Robertson*, par. 49; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 66). Dans l'arrêt *ESA*, par exemple, la Cour s'est fondée sur le principe de la neutralité technologique pour conclure qu'« il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur » (par. 5).

[89] J'estime qu'un raisonnement semblable s'applique en l'espèce. Il n'y a aucune différence d'ordre

of a registered or deposited plan of survey from a physical land registry office or through Teraview or GeoWarehouse. And, as previously noted, Ontario was fully within its rights as copyright holder to enter into license agreements with Teranet. Because the Crown has copyright in the works by virtue of s. 12 of the *Copyright Act*, there is no infringement under the electronic registry system.

[90] A final note on s. 12. This provision is a century old. Since this is the first time this Court has reviewed its scope, our approach has taken into deliberative account the jurisprudential developments in copyright law in recent decades. Parliament is of course free to consider updating the provision in its current review as it sees fit.

[91] I would dismiss the appeal. It is therefore unnecessary to deal with Teranet's cross-appeal. I would not order costs in light of the novel jurisprudential issues involved.

The reasons of Wagner C.J. and Côté and Brown JJ. were delivered by

[92] CÔTÉ AND BROWN JJ. — We have read our colleague's reasons. We agree that the Keatley appeal should be dismissed, since copyright in plans of survey registered or deposited in the Land Registry Office belongs to the Province of Ontario under s. 12 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. We disagree, however, with her interpretation of s. 12.

[93] We would adopt only our colleague's summary of the facts and procedural history (paras. 2-39).

[94] Section 12 of the *Copyright Act* states:

12 Without prejudice to any rights or privileges of the Crown, where any work is, or has been, prepared or

pratique entre obtenir la copie d'un plan d'arpentage enregistré ou déposé auprès d'un bureau physique d'enregistrement immobilier ou par l'intermédiaire de Teraview ou de GeoWarehouse. Et, comme nous l'avons souligné, l'Ontario était parfaitement en droit, en sa qualité de titulaire du droit d'auteur, de conclure des accords de licence avec Teranet. Étant donné que le droit d'auteur appartient à la Couronne en application de l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur*, il n'y a aucune violation dans le cadre du système d'enregistrement électronique.

[90] Je tiens à faire une dernière remarque sur l'art. 12. Cette disposition est centenaire. Comme c'est la première fois que la Cour examine sa portée, nous avons délibérément tenu compte de l'évolution de la jurisprudence des dernières décennies en matière de droit d'auteur. Le législateur peut certes envisager de la mettre à jour à sa guise, de la manière qu'il juge indiquée, dans le cadre de sa révision actuelle.

[91] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'est donc pas nécessaire de trancher l'appel incident de Teranet. Je n'adjugerais aucuns dépens compte tenu des questions jurisprudentielles inédites en jeu.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Côté et Brown rendus par

[92] LES JUGES CÔTÉ ET BROWN — Nous avons lu les motifs de notre collègue. Nous convenons que le pourvoi de Keatley devrait être rejeté puisque le droit d'auteur sur les plans d'arpentage enregistrés ou déposés auprès du bureau de la publicité foncière appartient à la province de l'Ontario conformément à l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42. Cependant, nous sommes en désaccord avec son interprétation de l'art. 12.

[93] Nous ne retenons que l'exposé sommaire des faits et l'historique procédural que présente notre collègue (par. 2-39).

[94] L'article 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* est ainsi libellé :

12 Sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou

published by or under the direction or control of Her Majesty or any government department, the copyright in the work shall, subject to any agreement with the author, belong to Her Majesty and in that case shall continue for the remainder of the calendar year of the first publication of the work and for a period of fifty years following the end of that calendar year.

[95] Statutory interpretation entails discerning Parliament's intent by examining statutory text in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute's schemes and objects (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[96] On its face, it would appear that the ordinary and grammatical sense of the text of s. 12 is clear: copyright in "any work" vests in the Crown where the Crown prepares or publishes the work, or a third party prepares or publishes the work under the Crown's direction or control. But the principles of statutory interpretation tell us that this is not the end of the discussion. In *Rizzo*, this Court recognized that "the legislature does not intend to produce absurd consequences", and that an interpretation is "absurd" if it "defeat[s] the purpose of a statute or render[s] some aspect of it pointless or futile" (*Rizzo*, at para. 27; citing R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 88).

[97] This looms large here, since a literal reading of s. 12 would result in an overly broad Crown copyright which sweeps aside the careful balance that Parliament struck between creators' and users' rights (see *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paras. 30-31). Specifically, a literal reading would effectively empower the Crown to expropriate copyright from independent creators in any copyrightable work *merely by publishing the work itself or causing a third party to publish the work*. For example, the Crown could publish a copy of *Barney's Version* on a government website, thereby stripping copyright from Mordecai Richler and vesting the copyright in itself — a plainly absurd result, which would grossly

publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l'auteur, à Sa Majesté et, dans ce cas, il subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l'œuvre.

[95] L'interprétation statutaire consiste à dégager l'intention du Parlement en examinant les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la loi (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[96] À première vue, le sens ordinaire et grammatical du libellé de l'art. 12 semble clair : le droit d'auteur sur « les œuvres » est dévolu à la Couronne lorsque celle-ci prépare ou publie les œuvres, ou lorsqu'un tiers prépare ou publie les œuvres sous la direction ou la surveillance de la Couronne. Cependant, les principes d'interprétation statutaire nous indiquent que la discussion ne s'arrête pas là. Dans l'arrêt *Rizzo*, la Cour a reconnu que « le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes », et que l'interprétation est « absurde » si elle « v[er]s[e] à l'encontre de la fin d'une loi ou en ren[d] un aspect inutile ou futile » (*Rizzo*, par. 27; citant R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 88).

[97] Ce point revêt une grande importance ici, car une interprétation littérale de l'art. 12 conférerait à la Couronne un droit d'auteur d'une portée excessive qui écarterait l'équilibre délicat que le Parlement a établi entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs (voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30-31). Plus précisément, une interprétation littérale conférerait en effet à la Couronne le pouvoir de déposséder des créateurs indépendants de leur droit d'auteur sur toute œuvre protégeable *simplement en publiant l'œuvre elle-même ou en la faisant publier par un tiers*. Par exemple, la Couronne pourrait publier un exemplaire du roman *Le monde de Barney* sur un site Web du gouvernement,

undermine the balance preserved in the *Copyright Act* between users' and creators' rights, including the concept of just rewards for creators. All this, while doing little to actually increase the public interest in the dissemination of works. It is on this basis that we agree with our colleague that "Crown copyright cannot be so expansive in scope that it allows for the routine expropriation of creators' copyright in their works" (Abella J.'s reasons, at para. 54).

[98] Each of the courts below recognized the absurdity worked by a literal reading of s. 12 such that Crown copyright exists where a work is solely "published by" the Crown, and each expressly rejected it (Sup. Ct. reasons, 2016 ONSC 1717, 131 O.R. (3d) 703, at para. 37; C.A. reasons, 2017 ONCA 748, 139 O.R. (3d) 340, at para. 32). Their solution was to ignore the disjunctive nature of "direction or control", and to consider only the level of governmental control over the works themselves. Our colleague has taken a similar view of s. 12 as requiring that the Crown have sufficient "direction or control" in the publishing process, which includes the work itself. In our respectful view, however, this reads out parts of s. 12 and distorts what is left.

[99] We would interpret "prepared or published by or under the direction or control" of the Crown according to its ordinary meaning. To avoid the absurd result from interpreting *all* of s. 12 literally, however, we would adopt an interpretation whereby the copyright in a work is vested in the Crown where the work is "prepared or published by or under the direction or control" of the Crown, *and where the work is a government work*. A government work is a work that serves a public purpose and in which vesting the copyright in the Crown furthers that purpose. This interpretation properly respects the language of s. 12, the purposes of Crown copyright and the

dépossédant Mordecai Richler de son droit d'auteur pour ainsi se l'approprier. Ce résultat, manifestement absurde, saperait gravement l'équilibre préservé par la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits des utilisateurs et ceux des créateurs ainsi que le concept d'une juste récompense pour les créateurs, et ce, en faisant peu pour accroître l'intérêt du public pour la diffusion des œuvres. C'est sur ce fondement que nous convenons avec notre collègue que « la portée du droit d'auteur de la Couronne ne peut être étendue au point de permettre à celle-ci de s'approprier systématiquement le droit d'auteur des créateurs sur leurs œuvres » (motifs de la juge Abella, par. 54).

[98] Chacun des tribunaux de juridiction inférieure a reconnu l'absurdité découlant d'une interprétation littérale de l'art. 12 qui ferait en sorte que le droit d'auteur appartient à la Couronne lorsqu'une œuvre a tout simplement été « publié[e] par l'entremise de » la Couronne, et chacun a expressément rejeté cette interprétation (motifs de la C.S., 2016 ONSC 1717, 131 O.R. (3d) 703, par. 37; motifs de la C.A., 2017 ONCA 748, 139 O.R. (3d) 340, par. 32). Comme solution, ils ont choisi d'ignorer la nature disjonctive de l'expression « la direction ou la surveillance » et de ne tenir compte que du degré de surveillance exercé par le gouvernement sur les œuvres elles-mêmes. Notre collègue a adopté une interprétation semblable de l'art. 12 selon laquelle la Couronne doit exercer un degré suffisant « de direction ou de surveillance » sur le processus de publication, y compris sur l'œuvre elle-même. À notre humble avis, toutefois, cette interprétation exclut certaines parties de l'art. 12 et dénature ce qu'il en reste.

[99] Nous interprétons l'expression « préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne selon son sens ordinaire. Cependant, afin d'éviter le résultat absurde qu'entraîne une interprétation littérale de *l'ensemble* de l'art. 12, nous sommes d'avis d'adopter une interprétation selon laquelle le droit d'auteur sur une œuvre est dévolu à la Couronne lorsque l'œuvre est « préparé[e] ou publié[e] par l'entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne *et que l'œuvre est une œuvre gouvernementale*. Une œuvre gouvernementale est une œuvre qui sert un objectif public, objectif dont la réalisation est facilitée par le

balance which Parliament struck by enacting the *Copyright Act*.

[100] Since it is clear, based on the definition outlined above, that the registered or deposited plans of survey are government works published “by or under the direction or control” of the Province, we would hold that s. 12 vests copyright in these plans in the Province. We would therefore dismiss the appeal.

I. Interpretation of Section 12 of the *Copyright Act*

A. *“Prepared or Published by or Under the Direction or Control”*

[101] As already canvassed, s. 12 states that copyright in a work belongs to the Crown where the work is or has been “prepared or published by or under the direction or control” of the Crown. The courts below correctly identified two “prongs” to s. 12: a “prepared” prong and a “published” prong (Sup. Ct. reasons, at para. 31; C.A. reasons, at paras. 30-31). We begin our analysis by explaining the proper meaning of “by or under the direction or control”, before turning to consider each “prong” in more detail.

(1) Meaning of “by or Under the Direction or Control” in Section 12

[102] Section 12’s references to “prepared” and “published” are followed by the condition that such preparation or publication occur “by or under the direction or control” of the Crown. In our view, this should also be interpreted literally: the act of preparing or publishing the work must be done either by the Crown itself or under the Crown’s direction or control. A work is prepared or published *by* the Crown where the Crown prepares or publishes the

fait que le droit d’auteur est dévolu à la Couronne. Cette interprétation respecte dûment le libellé de l’art. 12, les objectifs du droit d’auteur de la Couronne et l’équilibre qu’a établi le Parlement en adoptant la *Loi sur le droit d’auteur*.

[100] Puisqu’il est évident, en fonction de la définition énoncée précédemment, que les plans d’arpentage enregistrés ou déposés sont des œuvres gouvernementales publiées « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Province, nous concluons que l’art. 12 confère à la Province le droit d’auteur sur ces plans. Par conséquent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Interprétation de l’art. 12 de la *Loi sur le droit d’auteur*

A. *« Préparées ou publiées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance »*

[101] Comme nous l’avons déjà examiné, l’art. 12 prévoit que le droit d’auteur sur une œuvre appartient à la Couronne si l’œuvre est ou a été « préparé[e] ou publié[e] par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne. Les tribunaux des juridictions inférieures ont correctement identifié les deux « volets » de l’art. 12 : le volet « préparation » et le volet « publication » (motifs de la C.S., par. 31; motifs de la C.A., par. 30-31). Nous commencerons notre analyse en expliquant le sens qu’il convient de donner à l’expression « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » avant d’examiner chaque « volet » de façon plus approfondie.

(1) Sens de l’expression « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » utilisée à l’art. 12

[102] À l’article 12, les mots « préparées » et « publiées » sont suivis de la condition portant que la préparation ou la publication doit être faite « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne. À notre avis, cette expression devrait également être interprétée littéralement : l’acte de préparer ou de publier l’œuvre doit être exécuté par la Couronne elle-même ou sous sa direction ou sa surveillance. Une œuvre est préparée ou publiée *par*

work through an employee or agent. Preparation or publication *under the direction or control* of the Crown occurs where a third party does so at the behest of the Crown.

[103] In short, we would read the entirety of the phrase consistently, in each case inquiring into the person preparing or publishing the work, and into that person’s relationship to the Crown. This divides us from our colleague in this way: she would import into the statute a requirement that both the “prepared” prong and the “published” prong entail inquiring into whether the Crown has *sufficient direction or control in the work itself*. Specifically, a work is “prepared or published by or under the direction or control” of the Crown where the Crown has “sufficient” direction or control in the preparation or publication *process*, including the person preparing or publishing the work *and* the Crown’s interest in the work itself at the time of preparation or publication (Abella J.’s reasons, at paras. 63-71). But we see several difficulties with such an interpretation.

[104] First, an ordinary, grammatical reading of s. 12 does not support an inquiry into the Crown’s “direction or control” in the work itself. The language of “direction or control” in s. 12 is clearly connected to the verbs in the provision — “prepared” or “published”. By requiring “direction or control” over *the work itself*, our colleague erroneously disconnects this phrase from the work’s preparation or publication (see I.F. (Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic), at para. 21). This is simply an unsustainable reading of s. 12, which speaks of “direction or control” over the *act* of preparation or publication, and not over the object being prepared or published.

[105] We are, further, unsure what it would mean for the Crown to have “direction” over a work. In

l’entremise de la Couronne lorsque celle-ci prépare ou publie l’œuvre par l’intermédiaire d’un employé ou d’un représentant. La préparation ou la publication *sous la direction ou la surveillance* de la Couronne a lieu lorsqu’un tiers s’en charge à la demande de la Couronne.

[103] En bref, nous interprétons l’intégralité de l’expression de façon cohérente en nous arrêtant, dans chaque cas, à la personne qui prépare ou publie l’œuvre, ainsi qu’à la nature de sa relation avec la Couronne. Sur ce point, notre avis diffère de celui de notre collègue : elle intègre à la loi l’exigence selon laquelle le volet « préparation » et le volet « publication » impliquent tous deux d’établir si la Couronne exerce un *degré de direction ou de surveillance suffisant* sur *l’œuvre elle-même*. Plus précisément, une œuvre est « préparé[e] ou publié[e] par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne si celle-ci exerce un degré de direction ou de surveillance « suffisant » sur le *processus* de préparation ou de publication, ce qui comprend la personne qui prépare ou publie l’œuvre *et* l’intérêt de la Couronne à l’égard de l’œuvre elle-même au moment de la préparation ou de la publication (motifs de la juge Abella, par. 63-71). Toutefois, nous sommes d’avis qu’une telle interprétation soulève plusieurs difficultés.

[104] Premièrement, le sens ordinaire et grammatical de l’art. 12 ne justifie pas d’examiner le degré de « direction ou surveillance » exercée par la Couronne sur l’œuvre elle-même. L’expression « la direction ou la surveillance » utilisée à l’art. 12 est manifestement liée aux participes passés utilisés dans la disposition, soit « préparées » ou « publiées ». En concluant que « la direction ou la surveillance » doit être exercée sur *l’œuvre elle-même*, notre collègue dissocie à tort cette expression de la préparation ou de la publication de l’œuvre (voir m.i. (Clinique d’intérêt public et de politique d’Internet du Canada Samuelson-Glushko), par. 21). Il s’agit là d’une interprétation tout à fait indéfendable de l’art. 12, lequel renvoie à « la direction ou la surveillance » exercée sur *l’acte* de préparer ou de publier, et non sur l’œuvre préparée ou publiée.

[105] En outre, nous ne savons pas vraiment ce que l’exercice d’une « direction » sur une œuvre

this regard, it is telling that the elements of the provincial scheme considered both by our colleague and the courts below relate directly to the Province’s “control” of the physical plans of survey, and not its “direction” over them.

[106] Secondly, it is unclear on our colleague’s interpretation how “prepared or published by” could be read as requiring that the Crown have “direction or control”. According to our colleague’s interpretation, “[t]he evaluation of the Crown’s direction or control takes on a heightened importance in determining if a work was published by the Crown within the meaning of s. 12” (para. 67 (emphasis added)). She then states that “a work will only be published by or under the direction or control of the Crown when it can be said that the Crown exercises direction or control over the publication process” (para. 67 (emphasis added)).

[107] “[B]y” and “direction or control” are separated by the word “or” in s. 12, thereby making them disjunctive. We therefore do not see on the text of s. 12 how any inquiry into the Crown’s “direction or control” could have any relevance to whether a work is “prepared or published by” the Crown. And, by requiring that the Crown have “direction or control” over the process, including the product, for the work to be “prepared or published by” the Crown, our colleague’s interpretation effectively collapses the “prepared or published by” and the “prepared or published under the direction or control” aspects of s. 12 into a single test. This rewrites s. 12, thereby eliminating any distinction between the Crown preparing or publishing a work itself and the government causing a third party to prepare or publish the work — a distinction that s. 12, as legislated, expressly mandates.

signifierait pour la Couronne. À cet égard, il est révélateur que les éléments du régime provincial dont ont tenu compte notre collègue et les tribunaux des juridictions inférieures soient liés directement à la « surveillance » exercée par la Province sur les plans d’arpentage matériels, et non à la « direction » exercée sur ceux-ci.

[106] Deuxièmement, il ne ressort pas clairement de l’interprétation de notre collègue comment l’expression « préparées ou publiées par l’entremise » pourrait être interprétée comme exigeant que la Couronne exerce « [une] direction ou [une] surveillance ». Selon notre collègue, « [l]’évaluation de la direction ou de la surveillance qu’exerce la Couronne est d’autant plus importante lorsqu’il s’agit de savoir si l’œuvre a été publiée par l’entremise de la Couronne au sens de l’art. 12 » (par. 67 (nous soulignons)). Elle déclare ensuite que « l’œuvre ne sera publiée par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne que lorsqu’on peut affirmer qu’elle exerce une direction ou une surveillance sur le processus de publication » (par. 67 (nous soulignons)).

[107] À l’article 12, les expressions « par l’entremise », « direction » et « surveillance » font partie d’une énumération disjunctive en raison du « ou » qui les sépare. Par conséquent, en regardant le libellé de l’art. 12, nous ne voyons pas en quoi une évaluation de « la direction ou [de] la surveillance » exercée par la Couronne pourrait avoir une quelconque utilité pour savoir si une œuvre est « préparé[e] ou publié[e] par l’entremise de » la Couronne. De plus, en exigeant que la Couronne exerce « [une] direction ou [une] surveillance » sur le processus, y compris sur le produit, pour que l’œuvre soit « préparé[e] ou publié[e] par l’entremise de » la Couronne, notre collègue, dans son interprétation, réduit en fait les aspects « préparées ou publiées par l’entremise » et « préparées ou publiées sous la direction ou la surveillance » de l’art. 12 à un seul critère. Cette interprétation revient à réécrire l’art. 12, éliminant toute distinction entre la préparation ou la publication d’une œuvre par la Couronne elle-même et la préparation ou la publication d’une œuvre par un tiers à la demande du gouvernement — une distinction que l’art. 12, tel qu’il a été édicté, prévoit expressément.

[108] Thirdly, the French text of s. 12 supports the interpretation that “direction” and “control” relate to the preparer or publisher and act of preparation or publication, but does not support its relation to the work itself.

[109] Indeed, reading s. 12 as requiring “direction or control” over the work itself is inconsistent with the French version of s. 12, which uses the phrase “*sous la direction ou la surveillance*” in place of the English phrase “under the direction or control”. The French word “*surveillance*” is the noun form of the verb “*surveiller*”, which can be defined as “[o]bserver avec une attention soutenue” ([TRANSLATION] “observe with sustained attention”) or “[o]bserver attentivement, fixer son attention sur, pour éviter ou prévenir un danger, une action” (“observe attentively, focus one’s attention on, in order to avoid or prevent a danger, an action”) (*Le Petit Robert* (2019), at p. 2477, “*surveiller*”). However, while an inanimate object can be under one’s “direction or control”, one cannot “*surveiller*” an inanimate object, at least not without literally observing it — something that we seriously doubt s. 12 requires for copyright to vest in the Crown. In the context of s. 12, “*surveillance*” only makes sense as relating to the preparer or publisher and to the activity of preparation or publication, and not to the work itself.

[110] Finally, our colleague’s interpretation provides no future guidance on how to determine where copyright vests in the Crown under s. 12. Our colleague’s reasons often refer to the test under s. 12 — particularly for the “published” prong — as a question of degree. For example, the test asks “whether the degree of direction and control of the Crown over the preparation or publication of the work is sufficient to vest copyright in the Crown” (para. 63 (emphasis added)) and “whether the extent of the government’s direction or control over the preparation or publication of the work are sufficiently extensive to vest copyright in the Crown” (para. 71 (emphasis added)); our colleague’s test requires “an examination into the degree of direction or control exercised by the Crown” (para. 73 (emphasis added)). This suggests

[108] Troisièmement, la version française de l’art. 12 appuie l’interprétation selon laquelle les mots « *direction* » et « *control* » dans la version anglaise se rapportent à la personne qui prépare ou publie ainsi qu’à l’acte de préparer ou de publier, mais elle n’appuie pas l’interprétation selon laquelle les mots se rapportent à l’œuvre elle-même.

[109] Effectivement, lire la version anglaise de l’art. 12 comme exigeant que l’œuvre elle-même fasse l’objet de « *direction or control* » va à l’encontre de la version française de l’art. 12, qui contient l’expression « *sous la direction ou la surveillance* » pour rendre l’expression anglaise « *under the direction or control* ». Le mot « *surveillance* » est le substantif du verbe « *surveiller* », que l’on peut définir comme suit : « [o]bserver avec une attention soutenue » ou « [o]bserver attentivement, fixer son attention sur, pour éviter ou prévenir un danger, une action » (*Le Petit Robert* (2019), p. 2477, « *surveiller* »). Cependant, bien qu’un objet inanimé puisse faire l’objet de « *direction or control* », on ne peut « *surveiller* » un objet inanimé, du moins pas sans l’observer littéralement — nous doutons fortement que l’art. 12 exige cela pour que le droit d’auteur soit dévolu à la Couronne. Dans le contexte de l’art. 12, le mot « *surveillance* » n’a de sens que s’il se rapporte à la personne qui prépare ou publie et à l’acte de préparer ou de publier, et non à l’œuvre elle-même.

[110] Enfin, l’interprétation de notre collègue ne donne aucune orientation pour l’avenir quant à la façon de déterminer dans quelles conditions le droit d’auteur est dévolu à la Couronne conformément à l’art. 12. Dans ses motifs, notre collègue parle souvent du critère énoncé à l’art. 12 — plus particulièrement en ce qui concerne le volet « *publication* » — comme étant une question de degré. Par exemple, le critère demande de déterminer « si la Couronne exerce sur la préparation ou la publication de l’œuvre un degré de direction ou de surveillance suffisant pour que lui soit dévolu le droit d’auteur » (par. 63 (nous soulignons)) et « si la direction ou la surveillance du gouvernement sur la préparation ou la publication de l’œuvre est suffisamment importante pour que le droit d’auteur soit dévolu à la

a threshold *level* of “direction or control” that is sufficient to vest the Crown with copyright under s. 12.

[111] What we do not see in our colleague’s reasons, however, is assistance in identifying when this threshold will be met in individual cases. We are told that s. 12 applies in this case because “the provincial land registration regime gives the Crown complete control over the process of publication” (para. 78 (emphasis added)). But *must* the Crown’s control be “complete”? If “complete” control is not required, what lesser degree of direction or control will suffice? We are not told. Instead, our colleague simply describes the overarching question as whether the extent of direction or control is extensive enough for Crown copyright to exist. But this analysis is circular, as it effectively entails determining whether there is sufficient direction or control such that there is sufficient direction or control.

[112] This lack of guidance will inevitably create instability in Crown copyright — at least where the degree of government control falls short of the “complete” control found in this case.

[113] We would avoid these serious difficulties by asking simply whether the Crown brought about the preparation or publication of the work, either by its own agents and servants or by exercising direction or control over a third party, because inquiring into the identity of the preparer or publisher of the work and that person’s relationship to the Crown will generate findings of fact, proceeding thusly provides far more certainty and predictability to all parties.

Couronne » (par. 71 (nous soulignons)); le critère qu’applique notre collègue nécessite un « examen du degré de direction ou de surveillance que la Couronne exerce » (par. 73 (nous soulignons)). Cela suggère qu’il y a un *seuil* de « direction ou de surveillance » qui doit être atteint pour que la Couronne soit investie du droit d’auteur conformément à l’art. 12.

[111] En revanche, à notre avis, les motifs de notre collègue ne sont d’aucune utilité pour établir quand ce seuil est atteint dans chaque cas particulier. Selon notre collègue, l’art. 12 s’applique en l’espèce parce que « le régime provincial d’enregistrement immobilier donne à la Couronne le contrôle complet sur le processus de publication » (par. 78 (nous soulignons)). Cependant, le contrôle de la Couronne *doit-il* être « complet »? Si un contrôle « complet » n’est pas exigé, quel degré de direction ou de surveillance sera suffisant? On ne nous le dit pas. Notre collègue déclare plutôt simplement que la question fondamentale est celle de savoir si l’étendue de la direction ou de la surveillance exercée par la Couronne est suffisamment large pour que le droit d’auteur lui revienne. Toutefois, cette analyse est circulaire puisqu’elle consiste à déterminer si la direction ou la surveillance exercée suffit à établir que la direction ou la surveillance exercée est suffisante.

[112] Ce manque d’orientation entraînera inévitablement de l’instabilité dans le domaine du droit d’auteur de la Couronne, à tout le moins lorsque le degré de contrôle exercé par le gouvernement se situe en deçà du contrôle « complet » dont il est question en l’espèce.

[113] Ces difficultés importantes peuvent être évitées si nous nous posons simplement la question de savoir si la Couronne est à l’origine de la préparation ou de la publication de l’œuvre, que ce soit par l’entremise de ses propres représentants et fonctionnaires ou en exerçant une direction ou une surveillance sur un tiers. Comme le fait de se renseigner sur l’identité de la personne qui a préparé ou publié l’œuvre ainsi que sur la nature de sa relation avec la Couronne permettra de tirer des conclusions de fait, procéder de cette façon offrira beaucoup plus de certitude et de prévisibilité à toutes les parties.

[114] Our interpretation of “published by or under the direction or control” is also consistent with the academic authorities cited by our colleague (paras. 55-59). There is no mention in these authorities of a requirement that the Crown have “direction or control” over the work itself or that an inquiry into the Crown’s interest in the work is necessary. Rather, they acknowledge that s. 12 grants the Crown copyright in a work by preparing or publishing it or having the work prepared or published by a third party under the Crown’s direction or control. For example, Dr. Fox states that: “the [C]rown will have copyright merely by paying for the publication of a work or, even without paying for it, by having it published under the direction or control of the [C]rown or a government department” (H. G. Fox, “Copyright in Relation to the Crown and Universities with Special Reference to Canada” (1947), 7 *U.T.L.J.* 98, at p. 125 (emphasis added)).

[115] Further, although similarly not binding, our interpretation accords with that given to broadly similar Crown copyright provisions in other Commonwealth statutes. In *Copyright Agency Ltd. v. New South Wales*, [2007] FCAFC 80, 159 F.C.R. 213, rev’d on other grounds, [2008] HCA 35, 233 C.L.R. 279, the Federal Court of Australia considered a substantially similar issue to the one raised in this appeal: whether copyright belongs to the Crown in land survey plans registered in the local land registry system. Like s. 12, the relevant Australian Crown copyright legislation originated in s. 18 of the *Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46, and vested copyright in the Crown where works were prepared or published “by, or under the direction or control” of the Crown (*Copyright Agency Ltd.*, at para. 121). Emmett J., writing for a majority of the court, explained, at para. 122:

Since the enactment of the 1911 Act, the phrase “by, or under the direction or control of, the [Crown]” has

[114] Notre interprétation de l’expression « publiées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » est également conforme à celle des sources doctrinales citées par notre collègue (par. 55-59), qui ne font aucunement mention d’une exigence selon laquelle la Couronne devrait exercer « [une] direction ou [une] surveillance » sur l’œuvre elle-même, ou selon laquelle il serait nécessaire de se pencher sur l’intérêt de la Couronne à l’égard de l’œuvre. Ils reconnaissent plutôt que l’art. 12 confère à la Couronne le droit d’auteur sur une œuvre si elle la prépare ou la publie, ou si un tiers prépare ou publie l’œuvre sous sa direction ou sa surveillance. Par exemple, le docteur Fox a affirmé que [TRADUCTION] « le droit d’auteur sur une œuvre appartient à la Couronne simplement du fait qu’elle assume les frais de sa publication ou, même si elle ne paie pas pour la publication, du fait que l’œuvre est publiée sous la direction ou la surveillance de la Couronne ou d’un ministère du gouvernement » (H. G. Fox, « Copyright in Relation to the Crown and Universities with Special Reference to Canada » (1947), 7 *U.T.L.J.* 98, p. 125 (nous soulignons)).

[115] De plus, notre interprétation est en accord avec celle donnée à des dispositions largement similaires en matière de droit d’auteur de la Couronne figurant dans des lois d’autres pays du Commonwealth, bien qu’elle ne soit également pas contraignante. Dans l’arrêt *Copyright Agency Ltd. c. New South Wales*, [2007] FCAFC 80, 159 F.C.R. 213, inf. pour d’autres motifs par [2008] HCA 35, 233 C.L.R. 279, la Cour fédérale de l’Australie s’est penchée sur une question essentiellement semblable à celle soulevée dans le présent pourvoi, à savoir si le droit d’auteur sur des plans d’arpentage enregistrés au bureau local de la publicité foncière appartient à la Couronne. Tout comme l’art. 12, les dispositions législatives australiennes relatives au droit d’auteur de la Couronne tirent leur origine de l’art. 18 de la *Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46, et confèrent le droit d’auteur à la Couronne lorsque les œuvres sont préparées ou publiées [TRADUCTION] « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne (*Copyright Agency Ltd.*, par. 121). Le juge Emmett, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a expliqué ce qui suit au par. 122 :

[TRADUCTION] Depuis l’adoption de la loi de 1911, l’expression « par l’entremise, sous la direction ou la

governed ownership of copyright by the Crown, both in works made by or under the direction or control of the Crown in its various manifestations, and works first published by or under the direction or control of the Crown. “By” is concerned with those circumstances where a servant or agent of the Crown brings the work into existence for and on behalf of the Crown. “Direction” and “control” are not concerned with the situation where the work is made by the Crown but with situations where the person making the work is subject to either the direction or control of the Crown as to how the work is to be made. [Emphasis deleted.]

At no point in his analysis did Emmett J. consider the government’s control over the *plans of survey themselves* to determine whether they were made or published “by or under the direction or control” of the Crown. (Similarly, Finkelstein J., writing separately, explained that “[t]he assumption that underlies each concept (direction and control) is the existence of a relationship between the Crown and the author that authorises the Crown to give the direction or exercise the control as the case may be” (para. 186).)

[116] Ultimately, the result in *Copyright Agency Ltd.* turned on whether the publication of the plans of survey “by or under the direction or control” of the Crown was the *first* publication, a statutory requirement in the Australian legislation that does not appear in s. 12 of the *Copyright Act*. But that does not detract from the significance of the finding of that court that the statutory text “by or under the direction or control” of the Crown refers to the Crown’s determination of whether to make or publish the work, and not to whether the Crown exercises sufficient control over the work.

[117] In sum, we would interpret “by or under the direction or control” of the Crown as relating to the acts of preparation or publication. This is satisfied either where the Crown prepares or publishes the work

surveillance de la [Couronne] » régit la propriété du droit d’auteur par la Couronne, tant pour les œuvres préparées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne dans ses diverses manifestations que pour les œuvres d’abord publiées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne. L’expression « par l’entremise de » se rapporte aux circonstances dans lesquelles un fonctionnaire ou un représentant de la Couronne crée l’œuvre pour la Couronne ou en son nom. Les mots « direction » et « surveillance » ne se rapportent pas aux situations où l’œuvre est préparée par la Couronne, mais plutôt aux situations où la personne à l’origine de l’œuvre est assujettie à la direction ou à la surveillance de la Couronne quant à la façon dont l’œuvre doit être créée. [Italique omis.]

Le juge Emmett n’examine aucunement dans son analyse la surveillance exercée par le gouvernement sur les *plans d’arpentage eux-mêmes* pour établir s’ils ont été préparés ou publiés « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne. (Dans le même ordre d’idées, le juge Finkelstein, dans des motifs distincts, a expliqué que [TRADUCTION] « [l]’hypothèse qui sous-tend chaque concept (direction et surveillance) est l’existence d’une relation entre la Couronne et l’auteur qui autorise celle-ci à assurer la direction ou à exercer une surveillance, selon le cas » (par. 186).)

[116] En fin de compte, le résultat dans l’affaire *Copyright Agency Ltd.* dépendait de la question de savoir si la publication des plans d’arpentage [TRADUCTION] « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne constituait la *première* publication — une exigence prévue dans la loi australienne qui ne figure pas à l’art. 12 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Toutefois, cela ne change rien à l’importance de la conclusion de cette cour selon laquelle le texte statutaire « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne renvoie à la décision de celle-ci de préparer ou de publier l’œuvre, et non à la question de savoir si la Couronne exerce une surveillance suffisante sur l’œuvre.

[117] En résumé, nous interprétons l’expression « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne comme se rapportant à l’acte de préparer ou de publier, ce qui est le cas soit lorsque

itself, or the work is prepared or published by a third party acting under the Crown's direction or control.

(2) The “Prepared” Prong of Section 12

[118] A work is “prepared . . . by or under the direction or control” of the Crown where “the Crown is in a position to determine whether or not a work will be made” (*Copyright Agency Ltd.*, at para. 126). It is not sufficient for the purposes of the “prepared” prong for the Crown to determine that, if the work is to be made, it will be made a particular way (see *Copyright Agency Ltd.*, at para. 126; *Land Transport Safety Authority of New Zealand v. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261, at pp. 272-73).

[119] We agree with our colleague's conclusion, at paras. 64-65, that there are two circumstances in which the “prepared” prong is satisfied: where the work is prepared *by* the Crown and where the work is prepared *under the direction or control* of the Crown (Abella J.'s reasons, at paras. 64-65). A work is prepared *by* the Crown where an agent or servant of the Crown brings the work into existence in the course of his or her duties. A work is prepared *under the direction or control* of the Crown where the Crown determines that a third party shall make the work, for example by commissioning the work from an independent contractor. In either circumstance, the question is whether the Crown determines whether or not the work is made. If so, copyright in the work belongs to the Crown, subject to any agreement with the author. If not, the author holds copyright in the work (*Copyright Act*, s. 13(1)).

[120] As explained above, we disagree that the inquiry into the “prepared” prong involves determining whether “the Crown exercises direction and control over both the person preparing the work and the work that is ultimately prepared” (Abella J.'s reasons, at para. 66). Rather, determining whether a work is “prepared . . . by or under the direction or

la Couronne prépare ou publie l'œuvre elle-même, soit lorsque l'œuvre est préparée ou publiée par un tiers agissant sous la direction ou la surveillance de la Couronne.

(2) Le volet « préparation » de l'article 12

[118] Une œuvre est « préparé[e] [. . .] par l'entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne lorsque [TRADUCTION] « la Couronne est en position de décider si une œuvre sera créée ou non » (*Copyright Agency Ltd.*, par. 126). Il ne suffit pas pour le volet « préparation » que la Couronne décide, dans le cas où l'œuvre doit être créée, qu'elle sera créée d'une façon précise (voir *Copyright Agency Ltd.*, par. 126; *Land Transport Safety Authority of New Zealand c. Glogau*, [1999] 1 N.Z.L.R. 261, p. 272-273).

[119] Nous sommes d'accord avec la conclusion de notre collègue, aux par. 64-65, selon laquelle il y a deux situations où le volet « préparation » est satisfait : lorsque l'œuvre est préparée *par l'entremise* de la Couronne et lorsque l'œuvre est préparée *sous la direction ou la surveillance* de la Couronne (motifs de la juge Abella, par. 64-65). Une œuvre est préparée *par l'entremise* de la Couronne lorsqu'un de ses représentants ou fonctionnaires crée l'œuvre dans l'exercice de ses fonctions. Une œuvre est préparée *sous la direction ou la surveillance* de la Couronne lorsque celle-ci décide qu'un tiers doit créer l'œuvre, par exemple en chargeant un entrepreneur indépendant de la créer. Dans l'une ou l'autre de ces situations, la question consiste à savoir si la Couronne décide que l'œuvre sera créée ou pas. Dans l'affirmative, le droit d'auteur sur l'œuvre appartient à la Couronne, sauf stipulation conclue avec l'auteur. Dans la négative, l'auteur demeure titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre (*Loi sur le droit d'auteur*, par. 13(1)).

[120] Comme nous l'avons expliqué précédemment, nous ne sommes pas d'accord pour dire que l'examen du volet « préparation » nécessite d'établir si « la Couronne exerce une direction et une surveillance à la fois sur la personne qui prépare l'œuvre et sur l'œuvre qui est ultimement préparée » (motifs de la juge Abella, par. 66). Établir si une œuvre est

control” of the Crown requires consideration only of the identity of the author and the relationship of that author to the Crown.

[121] There is no question here that the “prepared” prong is not satisfied with respect to the registered or deposited plans of survey. The plans of survey are not “prepared by” the Crown, since the surveyors are not Crown agents or employees. As well, the plans are not “prepared . . . under the direction or control” of the Crown. Although the plans must conform with statutorily prescribed guidelines, these guidelines merely relate to form. The plans of survey are prepared voluntarily by surveyors at the request of private clients, and therefore, the Province does not determine whether or not the plans are made.

(3) The “Published” Prong of Section 12

[122] As with the “prepared” prong, the “published” prong of s. 12 is satisfied where the Crown decides that a work shall be published (*Copyright Agency Ltd.*, at para. 128). More specifically, a work is published *by* the Crown where the Crown itself publishes the work and a work is published *under the direction or control* of the Crown where a third party, such as an independent contractor, publishes the work at the Crown’s behest.

[123] In determining what it means for a work to be “published” for the purposes of s. 12, we would rely on the definition of “publication” in s. 2.2(1) of the *Copyright Act*. Section 2.2(1)(a)(i) states that “publication” means “making copies of a work available to the public”. It follows that “to publish” means “to make a copy of a work available to the public” (*P.S. Knight Co. Ltd. v. Canadian Standards Association*, 2018 FCA 222, 161 C.P.R. (4th) 243, at para. 79).

[124] As to whether a work was “published” and whether that publication occurred “under the direction or control” of the Crown, the provincial statutory scheme may be relevant to the extent that it

« préparé[e] [. . .] par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne nécessite plutôt seulement un examen de l’identité de l’auteur et de la nature de sa relation avec la Couronne.

[121] En l’espèce, il ne fait aucun doute que le volet « préparation » n’est pas respecté en ce qui concerne les plans d’arpentage enregistrés ou déposés. Les plans d’arpentage ne sont pas « préparé[s] par l’entremise » de la Couronne, puisque les arpenteurs ne sont ni des représentants ni des employés de la Couronne. De même, les plans ne sont pas « préparé[s] [. . .] sous la direction ou la surveillance » de la Couronne. Bien que les plans doivent être conformes aux lignes directrices prescrites par la loi, celles-ci ne concernent que la forme. Les plans d’arpentage sont préparés de façon volontaire par les arpenteurs à la demande de clients particuliers et, par conséquent, la Province ne décide pas si les plans sont créés ou non.

(3) Le volet « publication » de l’article 12

[122] Comme pour le volet « préparation », le volet « publication » de l’art. 12 est satisfait dans les cas où la Couronne décide si une œuvre doit être publiée (*Copyright Agency Ltd.*, par. 128). Plus précisément, une œuvre est publiée *par l’entremise* de la Couronne lorsque celle-ci publie elle-même l’œuvre, et une œuvre est publiée *sous la direction ou la surveillance* de la Couronne lorsqu’un tiers, comme un entrepreneur indépendant, publie l’œuvre à sa demande.

[123] Pour déterminer ce que l’on entend par œuvre « publiée » pour l’application de l’art. 12, nous nous appuyons sur la définition de « publication » qui se trouve au par. 2.2(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Selon l’al. 2.2(1)a), « publication » s’entend de « la mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre ». Il s’ensuit que « publier » signifie [TRANSDUCTION] « mettre à la disposition du public des exemplaires de l’œuvre » (*P.S. Knight Co. Ltd. c. Canadian Standards Association*, 2018 CAF 222, 161 C.P.R. (4th) 243, par. 79).

[124] Quant à la question de savoir si une œuvre a été « publiée » et si cette publication a eu lieu « sous la direction ou la surveillance » de la Couronne, le régime législatif provincial peut être pertinent dans

demonstrates that a work is made available to the public and that the third party publisher is acting under the Crown's direction or control.

[125] There is no doubt in this case that the plans of survey are made available to the public and are therefore “published”. Under s. 15(4) of the *Registry Act*, R.S.O. 1990, c. R.20, and s. 165(4) of the *Land Titles Act*, R.S.O. 1990, c. L.5, the registrar *must* provide a copy of registered surveys upon payment of a prescribed fee. In this way, it is statutorily required that the surveys be made available to the public. The deposited and registered plans of survey are therefore both “published by” the Province and published by Teranet under the Province's direction or control, since the Province makes the plans available in the Land Registry Office, and Teranet makes the plans available to subscribers of its platforms (in accordance with the *Electronic Land Registration Services Act, 2010*, S.O. 2010, c. 1, Sch. 6, and under its contract with the Province). The Province's arrangement with Teranet is important, since Teranet assumes thereunder the role of a service provider to the Province (Sup. Ct. reasons, at para. 21) such that, when Teranet makes the plans of survey available to the public, it is acting under the Province's direction and control. Meaning, it is *the Province* that is deciding to publish the work. Here, we are agreeing with the Court of Appeal that “under the statutory scheme, Teranet, and hence the Crown, ‘publish’ those plans of survey when they make copies of those plans available to the public” (para. 31).

B. *Section 12 Is Confined to “Government Works”*

[126] The fact that the plans of survey were published “by or under the direction or control” of the Crown is not the end of the s. 12 analysis. While we would read the “prepared” and “published” prongs of the provision as the statutory language demands, s. 12 clearly requires more for copyright to vest in the Crown. As we have explained, reading s. 12 literally

la mesure où il démontre qu'une œuvre est mise à la disposition du public et que le tiers qui effectue la publication agit sous la direction ou la surveillance de la Couronne.

[125] En l'espèce, il ne fait aucun doute que les plans d'arpentage sont mis à la disposition du public et qu'ils sont donc « publiés ». Selon le par. 15(4) de la *Loi sur l'enregistrement des actes*, L.R.O. 1990, c. R.20, et le par. 165(4) de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, c. L.5, le registrateur *doit* fournir une copie des plans d'arpentage enregistrés après acquittement des droits exigés. De cette façon, la loi exige que les plans d'arpentage soient mis à la disposition du public. Par conséquent, les plans d'arpentage déposés et enregistrés sont à la fois « publié[s] par l'entremise » de la Province et publiés par Teranet sous la direction ou la surveillance de la Province, puisque celle-ci met les plans à la disposition du public au bureau de la publicité foncière et que Teranet met les plans à la disposition des abonnés de ses plateformes (conformément à la *Loi de 2010 sur les services d'enregistrement immobilier électronique*, L.O. 2010, c. 1, ann. 6, et à son contrat avec la Province). L'accord que la Province a conclu avec Teranet est important car en vertu de ce contrat, Teranet assume le rôle de fournisseur de services à la Province (motifs de la C.S., par. 21), de sorte que lorsque Teranet met les plans d'arpentage à la disposition du public, elle agit sous la direction et la surveillance de la Province. Ainsi, c'est *la Province* qui décide de publier l'œuvre. Sur ce point, nous convenons avec la Cour d'appel que, [TRADUCTION] « selon le régime législatif, Teranet, et par conséquent la Couronne, “publient” ces plans d'arpentage lorsqu'elles mettent à la disposition du public des copies de ces plans » (par. 31).

B. *L'article 12 se limite aux « œuvres gouvernementales »*

[126] Le fait que les plans d'arpentage ont été publiés « par l'entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne ne met pas fin à l'analyse fondée sur l'art. 12. Bien que nous interprétions les volets « préparation » et « publication » de la disposition comme le requiert le texte statutaire, l'art. 12 exige manifestement davantage pour que le droit

leads to an absurdity. This is avoided by giving effect to s. 12's application to the particular category of works that Parliament intended: *not* to any and every work, but to what we will call "government works".

[127] It follows that, once a court is satisfied that a work was "prepared or published by or under the direction or control" of the Crown, it must then consider whether, at the time of preparation or publication, the work is a "government work". This entails examining the character and purpose of the work. The work will be a "government work" where the work serves a public purpose and Crown copyright furthers the fulfillment of that purpose. These will be works in which the government has an important interest concerning their accuracy, integrity, and dissemination.

[128] Understanding the scope of s. 12 in this way is consistent with the text, context, purpose, and history of s. 12, as well as the purposes of the *Copyright Act*. First, this interpretation does not read out any words from the text of the provision and it maintains proper parity between the "prepared" and "published" prongs. As we have already noted, it respects Parliament's chosen text by construing "prepared or published by or under the direction or control" of the Crown as intended, while also confining it to the category of works that was intended.

[129] Secondly, the opening words of the provision ("[w]ithout prejudice to any rights or privileges of the Crown") — which is widely accepted to refer to the Crown's prerogative power to control publishing — is also part of the context of s. 12 that must be accounted for when interpreting the rights conferred in the rest of the provision (D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at pp. 134-35; B. Torno, *Crown Copyright in Canada: A Legacy of Confusion* (1981), at p. 3; J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and*

d'auteur soit dévolu à la Couronne. Comme nous l'avons déjà expliqué, une interprétation littérale de l'art. 12 entraînerait un résultat absurde, lequel peut être évité en donnant effet à l'application de l'art. 12 à l'égard de la catégorie précise d'œuvres que visait le législateur : *pas* n'importe quelle œuvre, mais ce que nous appellerons les « œuvres gouvernementales ».

[127] Par conséquent, une fois que le tribunal est convaincu qu'une œuvre a été « préparé[e] ou publié[e] par l'entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne, il doit ensuite se demander si, au moment de la préparation ou de la publication, l'œuvre était une « œuvre gouvernementale ». Pour ce faire, il doit examiner le caractère et l'objet de l'œuvre. L'œuvre sera une « œuvre gouvernementale » si elle répond à un objectif public et si le droit d'auteur de la Couronne contribue à la réalisation de cet objectif. Il s'agit d'œuvres à l'égard desquelles le gouvernement a un grand intérêt en ce qui a trait à leur précision, leur intégrité et leur diffusion.

[128] Interpréter la portée de l'art. 12 de cette manière est conforme au libellé, au contexte, à l'objet et à l'historique de l'art. 12, ainsi qu'aux objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur*. Premièrement, cette interprétation n'exclut aucun mot du libellé de la disposition et assure le maintien d'une juste parité entre les volets « préparation » et « publication ». Comme nous l'avons déjà souligné, elle respecte le libellé choisi par le législateur en donnant le sens voulu à l'expression « préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Couronne, tout en limitant son application à la catégorie d'œuvres que visait le législateur.

[129] Deuxièmement, les mots introductifs de la disposition (« [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne ») — qui, comme il est largement reconnu, renvoient à la prérogative de la Couronne lui permettant d'exercer une surveillance sur la publication — font également partie intégrante du contexte de l'art. 12, lequel doit être pris en compte dans l'interprétation des droits que confère le reste de la disposition (D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 134-135; B. Torno, *Le droit*

Industrial Designs (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 18-3 and 18-4). While the Crown prerogative over publishing was historically quite broad, it referred, by the early 20th century, to “the sole right of printing a somewhat miscellaneous collection of works, no catalogue of which appears to be exhaustive” (*R. v. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548 (N.B.S.C. (App. Div.)), at p. 553), including statutes, orders-in-council, state papers, proclamations, admiralty charts, various authorized versions of religious texts (in the U.K.), and possibly judicial decisions (see Vaver, “Copyright and the State in Canada and the United States” (1996), 10 *I.P.J.* 187, at p. 189; McKeown, at pp. 18-6 to 18-9; Torno, at p. 3). At the time s. 12 was originally enacted, then, the prerogative was clearly the source of the Crown’s exclusive right to publish specific categories of “public” works. By conditioning s. 12’s operation such that the Crown’s statutory copyright is “[w]ithout prejudice” to this prerogative, then, Parliament clearly intended that the types of works historically caught by the prerogative would animate the scope of works captured by the rest of s. 12. That is, Parliament wished to preserve the Crown’s exclusive right to publish these particular works, while also expanding it to a greater catalogue of works of a similar public character — provided, of course, that the Crown was responsible for their preparation or publication.

[130] Thirdly, this interpretation is bolstered by s. 12’s legislative history. The original marginal note that accompanied s. 18 of the *Copyright Act, 1911* (U.K.) — from which, as we have already noted, s. 12 originated — referred to “Provisions as to Government publications”. This suggests the nature of the work that the provision intended to cover.

[131] The fact that the Crown copyright provision is restricted to government works was acknowledged by commentators at the time that it was initially

d’auteur de la Couronne au Canada : un héritage embrouillé (1981), p. 3; J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 18-3 et 18-4). Alors que la prérogative de la Couronne en matière de publication était historiquement plutôt large, elle renvoyait, au début du 20^e siècle, au [TRADUCTION] « droit exclusif d’imprimer une collection quelque peu diverse d’œuvres, dont aucun catalogue ne semble exhaustif » (*R. c. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548 (C.S.N.-B. (Div. app.)), p. 553), ce qui comprend les lois, les décrets, les documents d’État, les proclamations, les cartes de l’amirauté, diverses versions autorisées de textes religieux (au R.-U.) et possiblement des décisions judiciaires (voir Vaver, « Copyright and the State in Canada and the United States » (1996), 10 *I.P.J.* 187, p. 189; McKeown, p. 18-6 à 18-9; Torno, p. 3). Au moment où l’art. 12 a été initialement adopté, la prérogative était, de toute évidence, la source du droit exclusif de la Couronne relatif à la publication de catégories précises d’œuvres « publiques ». En assujettissant l’application de l’art. 12 à la condition que le droit d’auteur conféré par la loi à la Couronne soit « [s]ous réserve » de cette prérogative, le Parlement voulait manifestement que les types d’œuvres historiquement visés par la prérogative sous-tendent l’étendue des œuvres visées par le reste de l’art. 12; c’est-à-dire que le Parlement souhaitait préserver le droit exclusif de la Couronne de publier ces œuvres en particulier, tout en l’étendant à un catalogue élargi d’œuvres d’un caractère public similaire — à condition, évidemment, que la Couronne soit responsable de leur préparation ou de leur publication.

[130] Troisièmement, cette interprétation est renforcée par l’historique législatif de l’art. 12. La note marginale originale qui accompagnait l’art. 18 de la *Copyright Act, 1911* (R.-U.) — lequel, comme nous l’avons déjà souligné, est à l’origine de l’art. 12 — renvoyait aux [TRADUCTION] « dispositions relatives aux publications du gouvernement ». Cette note donne une idée de la nature des œuvres que la disposition devrait viser.

[131] Le fait que la disposition relative au droit d’auteur de la Couronne se limite aux œuvres gouvernementales a été reconnu par les observateurs au

enacted. L. C. F. Oldfield, writing shortly after the passage of the *Copyright Act, 1911* (U.K.), explained that the Crown copyright section “substantially reproduces the old law, that copyright in [g]overnment publications belongs to the Crown” (*The Law of Copyright* (1912), at p. 111 (emphasis added); see also *Glogau*, at pp. 272-73). In support, he referred to an 1887 Treasury Minute which classified “government publications” into a number of categories, including reports of select committees of the Houses of Parliament, papers laid before Parliament, official books such as regulations for the army, charts and ordinance maps, and literary or quasi-literary works such as the reports of the Challenger Expedition and state trials. It is clear, then, that, from the start, s. 12 was intended to apply only to a category of works which were of a public or governmental nature.

[132] Fourthly, an interpretation that restricts Crown copyright to government works is harmonious with the objectives of s. 12. This interpretation ensures that Crown copyright is extended to works only where doing so furthers the underlying purposes of Crown copyright. Those purposes have been identified as ensuring accuracy and integrity of works (E. Judge, “Crown Copyright and Copyright Reform in Canada”, in M. Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (2005), at pp. 551 and 554; Vaver (1996), at pp. 199-200 and 211-12). Professor Judge explains:

Given a world in which printing was the method of disseminating government information, where piracy and forgery were rife, and where the printed word might circulate far in time and space from the originator of the words, it made some sense for the Crown to exert control over the printer by asserting ownership in the content in order to ensure that the public received accurate and (relatively) timely works in full. [p. 554]

[133] This makes sense: it is important for people to be able to trust the authenticity of government

moment de son adoption initiale. Peu après l’adoption de la *Copyright Act, 1911* (R.-U.), L. C. F. Oldfield a écrit que la disposition sur le droit d’auteur de la Couronne [TRADUCTION] « reproduit essentiellement l’ancienne loi, selon laquelle le droit d’auteur sur les publications gouvernementales appartient à la Couronne » (*The Law of Copyright* (1912), p. 111 (nous soulignons); voir aussi *Glogau*, p. 272-273). À l’appui de sa déclaration, il a parlé d’un procès-verbal du Conseil du Trésor datant de 1887, dans lequel les « publications gouvernementales » étaient classées en diverses catégories, notamment les rapports de certains comités des chambres du Parlement, les documents déposés devant le Parlement, les livres officiels comme les règlements pour l’armée, les graphiques et les cartes d’ordonnances, ainsi que les œuvres littéraires ou quasi littéraires comme les rapports de l’expédition Challenger et les procès auxquels participe l’État. Il est donc évident, dès le départ, que l’art. 12 ne devait s’appliquer qu’à une catégorie d’œuvres qui étaient de nature publique ou gouvernementale.

[132] Quatrièmement, l’interprétation qui limite le droit d’auteur de la Couronne aux œuvres gouvernementales s’harmonise avec les objectifs de l’art. 12. Cette interprétation fait en sorte que le droit d’auteur de la Couronne s’étende à des œuvres seulement si cela sert les objectifs qui le sous-tendent. Ces objectifs consistent à garantir la précision et l’intégrité des œuvres (E. Judge, « Crown Copyright and Copyright Reform in Canada », dans M. Geist, dir., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (2005), p. 551 et 554; Vaver (1996), p. 199-200 et 211-212). La professeure Judge explique ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans un monde où l’impression constituait la méthode de diffusion de l’information gouvernementale, où le piratage et la contrefaçon étaient monnaie courante et où les mots imprimés pouvaient voyager loin de leur auteur dans le temps et dans l’espace, il était logique que la Couronne exerce un certain contrôle sur l’imprimeur en revendiquant la propriété du contenu afin de faire en sorte que le public reçoive des œuvres intégrales exactes et en temps (relativement) opportun. [p. 554]

[133] Cela paraît logique : il est important que le public puisse avoir confiance en l’authenticité des

works, particularly those that describe legal or moral obligations (Vaver (1996), at pp. 199-200). To this list, Professors Vaver and Judge add another purpose of Crown copyright: to enable the government to control dissemination of government works (Vaver (1996), at pp. 203-5; Judge, at pp. 572-73). This includes both ensuring wide dissemination of works of public importance (by granting the Crown the right to reproduce them), and restricting dissemination (to ensure that works are not being used for improper purposes).

[134] These purposes clearly explain why Parliament would allow the government to grant itself copyright in a government work through the act of preparing or publishing the work or directing or controlling its preparation or publication. By owning copyright in works of a public character, the Crown can ensure their accuracy, reliability, and appropriate dissemination.

[135] Further, these purposes inform what works are government works covered by s. 12, by clarifying that s. 12 applies to works of a public character — that is, where they serve a *public purpose*. These will be works for which accuracy, integrity and dissemination will be important for the works to effectively fulfill their public purposes. In determining whether a particular work is a government work, then, the purpose of the work must be considered. Section 12 gives the Crown copyright in works where it would be detrimental to the public interest to have multiple versions available, containing potentially different and contradictory information. It applies to works which the public will rely upon, such that there is a public interest in knowing where to obtain copies of the work and receiving authentic versions. Additionally, it covers works to which many people may need access, such that limited dissemination would not be in the public interest, and works to which access may be restricted in the public interest.

[136] The mere fact that the government has a work prepared or published is not itself conclusive

œuvres gouvernementales, en particulier celles qui décrivent des obligations légales ou morales (Vaver (1996), p. 199-200). À cette liste, les professeurs Vaver et Judge ajoutent un autre objectif du droit d’auteur de la Couronne : permettre au gouvernement de contrôler la diffusion des œuvres gouvernementales (Vaver (1996), p. 203-205; Judge, p. 572-573), ce qui comprend assurer une diffusion large des œuvres qui revêtent une importance pour le public (en accordant à la Couronne le droit de les reproduire) et limiter la diffusion (pour veiller à ce que les œuvres ne soient pas utilisées à des fins inadéquates).

[134] Ces objectifs indiquent clairement pourquoi le Parlement permettrait au gouvernement de s’attribuer le droit d’auteur sur une œuvre gouvernementale par l’acte de préparer ou de publier l’œuvre ou par celui de diriger ou de surveiller sa préparation ou sa publication. En étant titulaire du droit d’auteur sur les œuvres à caractère public, la Couronne peut assurer leur précision, leur fiabilité et leur diffusion adéquate.

[135] En outre, ces objectifs permettent d’établir quelles œuvres sont des œuvres gouvernementales visées par l’art. 12 en précisant que celui-ci s’applique aux œuvres à caractère public, c’est-à-dire celles qui servent un *objectif public*. On entend par là les œuvres dont la précision, l’intégrité et la diffusion sont importantes afin qu’elles puissent répondre efficacement à l’objectif public. Pour déterminer si une œuvre en particulier est une œuvre gouvernementale, il faut donc prendre en compte l’objectif de l’œuvre. L’article 12 confère à la Couronne le droit d’auteur sur les œuvres lorsqu’il serait préjudiciable à l’intérêt public que soient disponibles de multiples versions pouvant contenir des renseignements différents et contradictoires. Il s’applique aux œuvres sur lesquelles le public s’appuiera, de sorte qu’il est d’intérêt public de savoir où obtenir des copies authentiques de l’œuvre. Il s’applique également aux œuvres dont de nombreuses personnes pourraient avoir besoin, de sorte qu’une diffusion limitée ne servirait pas l’intérêt public, ainsi qu’aux œuvres auxquelles l’accès peut être limité dans l’intérêt public.

[136] Le simple fait que le gouvernement a fait préparer ou publier une œuvre ne suffit pas en soi

that the work serves a public purpose. For s. 12 to apply, the court must be satisfied that the work serves such a purpose, and that giving the Crown copyright to allow it to ensure the accuracy, integrity and appropriate dissemination of the work assists the work in fulfilling that purpose.

[137] We would note that a legislative scheme related to the work — either federal or provincial — may be relevant to determine the purpose of a work and whether accuracy, integrity and dissemination are important for the work to fulfill its intended purpose. For example, the fact that the government is given the exclusive right to make modifications to a work may indicate the importance of accuracy. Ultimately, however, a work is a government work where it has a public character because of its public purpose and where, due to that public purpose, the government has an interest in ensuring accuracy, integrity, and dissemination. Where the work is also prepared or published by or under the direction or control of the Crown, the copyright in the work will vest in the Crown pursuant to s. 12.

[138] It is important to note that the restriction of Crown copyright to government works applies *throughout* s. 12. Accordingly, for copyright to vest in the Crown, the work must fall within this category, irrespective of whether the Crown is responsible for its preparation, publication, or both. It is, however, likely that deciding the nature and purposes of the work will be more important where the government seeks to rely on the “published” prong of s. 12; under the “prepared” prong, once it is determined that an employee or independent contractor of the government prepared the work in the course of employment or a contract with the government, the public nature of the work — and the importance of accuracy, integrity, and dissemination — will usually be apparent.

[139] Our colleague appears to accept that accuracy and integrity are important objectives of Crown copyright (although she does not specifically mention dissemination in this regard) (see paras. 51 and

à conclure que l’œuvre répond à un objectif public. Pour que l’art. 12 s’applique, le tribunal doit être convaincu que l’œuvre sert un tel objectif, et que le fait de conférer à la Couronne le droit d’auteur sur cette œuvre afin qu’elle puisse en assurer la précision, l’intégrité et la diffusion appropriée contribue à ce que l’œuvre serve cet objectif.

[137] Nous voulons souligner qu’un régime législatif relatif aux œuvres — qu’il soit fédéral ou provincial — pourrait être utile pour établir l’objectif d’une œuvre et pour savoir si sa précision, son intégrité et sa diffusion sont importantes afin que l’œuvre puisse servir l’objectif visé. Par exemple, le fait que le gouvernement dispose du droit exclusif d’apporter des modifications à une œuvre peut révéler l’importance de la précision. En fin de compte, toutefois, une œuvre est une œuvre gouvernementale si elle a un caractère public en raison de son objectif public et si, du fait de cet objectif public, le gouvernement a un intérêt à en garantir la précision, l’intégrité et la diffusion. Si l’œuvre est aussi préparée ou publiée par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de la Couronne, le droit d’auteur sur l’œuvre sera dévolu à la Couronne conformément à l’art. 12.

[138] Il est important de souligner que la restriction du droit d’auteur de la Couronne aux œuvres gouvernementales s’applique à *l’ensemble* de l’art. 12. Par conséquent, pour que le droit d’auteur soit dévolu à la Couronne, l’œuvre doit s’inscrire dans cette catégorie, peu importe si la Couronne est responsable de sa préparation, de sa publication ou des deux. Toutefois, il pourrait être plus important d’établir la nature et l’objectif de l’œuvre si le gouvernement cherche à s’appuyer sur le volet « publication » de l’art. 12; selon le volet « préparation », une fois qu’il est déterminé qu’un employé ou un entrepreneur indépendant du gouvernement a préparé l’œuvre dans le cadre de son emploi ou d’un contrat avec le gouvernement, la nature publique de l’œuvre — et l’importance de sa précision, de son intégrité et de sa diffusion — sera généralement évidente.

[139] Notre collègue semble admettre que la précision et l’intégrité sont des objectifs importants du droit d’auteur de la Couronne (bien qu’elle ne mentionne pas précisément la diffusion à cet égard)

53). She describes her test under s. 12 as asking whether “the Crown [has] exercised sufficient direction or control, consistent with the purposes of Crown copyright, that it can be said that Crown copyright subsists” (para. 63 (emphasis added)). It is far from clear, however, how this qualification applies under her approach. We are not told whether courts must independently assess whether the purposes of Crown copyright are being furthered in a particular case. Nor are we told whether s. 12 applies where the Crown exercises “complete” control in a work, but has little interest in the accuracy, integrity or dissemination of the work. In short, while raising the point, our colleague does not explain precisely how the purposes of Crown copyright affect s. 12’s applicability, as she sees it.

[140] Finally, we would add that interpreting the text of s. 12 as we have protects the balance between the rights of creators and users that lies at the heart of the *Copyright Act*. It preserves just rewards for creators by confining the Crown’s acquisition of copyright under s. 12 to works that are “public” in nature, and it prevents the Crown from abusing this power by expropriating copyright in private works from their creators through the mere act of publication. Under our colleague’s interpretation, such an abuse is possible where a legislature enacts a legislative regime granting the Crown “complete” control over a physical copy of a private work. Further, our interpretation protects *users’* rights by ensuring appropriate dissemination of works that are important to the public. Ultimately, this interpretation confines the ambit of s. 12 to the types of works that the provision was always intended to cover, and no more.

[141] While s. 12 refers to Crown copyright in “any work”, this text does not foreclose our interpretation. The use of the phrase “any work” in s. 12 conveys that the Crown may obtain copyright in a work under s. 12 regardless of the “type” of work. The *Copyright Act*

(voir les par. 51 et 53). Selon la description qu’elle donne de son critère aux termes de l’art. 12, celui-ci consiste à se demander si « la Couronne [a] exercé une direction ou une surveillance suffisante, conformément aux objectifs du droit d’auteur de celle-ci, pour qu’on puisse dire que le droit d’auteur de la Couronne existe » (par. 63 (nous soulignons)). Cependant, la façon dont ce critère s’applique dans le cadre de son approche est loin d’être claire. On ne nous dit pas si les tribunaux doivent évaluer de façon indépendante si les objectifs du droit d’auteur de la Couronne sont servis dans un cas en particulier. On ne nous dit pas non plus si l’art. 12 s’applique lorsque la Couronne exerce un contrôle « complet » sur une œuvre, mais qu’elle n’accorde que peu d’importance à la précision, l’intégrité et la diffusion. Bref, bien qu’elle soulève la question, notre collègue n’explique pas précisément quelle incidence les objectifs du droit d’auteur de la Couronne ont, selon elle, sur l’applicabilité de l’art. 12.

[140] Enfin, nous tenons à ajouter que notre interprétation du libellé de l’art. 12 protège l’équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs, qui est au cœur de la *Loi sur le droit d’auteur*. Elle préserve le concept de juste récompense pour les créateurs en limitant l’acquisition du droit d’auteur par la Couronne selon l’art. 12 aux œuvres qui sont de nature « publique », et elle empêche la Couronne d’abuser de ce pouvoir en dépossédant les créateurs de leur droit d’auteur sur des œuvres privées simplement en les publiant. Selon l’interprétation de notre collègue, un tel abus est possible si le législateur adopte un régime législatif qui confère à la Couronne un contrôle « complet » sur la copie matérielle d’une œuvre privée. En outre, notre interprétation protège les droits des *utilisateurs* en veillant à ce que les œuvres qui revêtent une importance pour le public soient diffusées de façon appropriée. Finalement, cette interprétation restreint la portée de l’art. 12 aux types d’œuvres que la disposition a toujours été censée viser, sans plus.

[141] Bien que l’art. 12 renvoie au droit d’auteur de la Couronne sur « les œuvres », ce libellé n’exclut pas notre interprétation. L’utilisation de l’expression « les œuvres » à l’art. 12 indique que la Couronne peut obtenir le droit d’auteur sur une œuvre conformément

does not exhaustively define the term “work”. It does, however, define different types of works, including architectural works, artistic works, cinematographic works, collective works, dramatic works, literary works, and musical works (*Copyright Act*, s. 2). The reference to “any work” in s. 12 therefore plainly means that the Crown is able to obtain copyright in any of those types of government works (architectural, artistic, cinematographic, etc.) covered by the *Copyright Act*, provided that the requirements of the section are satisfied.

[142] Multiple interveners in this case raised concerns regarding the copyright status of what they termed “primary sources of law” or “public legal documents”, encompassing statutes, regulations and judicial decisions. They advanced public policy arguments as to why such documents should be excluded from the scope of s. 12 and why no entity — including the Crown — should hold the copyright in them. In our view, determining the proper copyright status of these legal documents raises unique and complicated issues that are beyond the scope of this case. Therefore, we leave this issue for another day in which the Court has received full submissions on the issue.

[143] As to the plans of survey at issue in this case, it is clear that they are government works to which s. 12, properly interpreted, applies. They have a clear public character, as they define and illustrate the legal boundaries of land within the Province. This information is of the highest public importance, clarifying land ownership, and allowing landowners and users to govern their affairs accordingly. Therefore, the works serve a public purpose within the Province.

[144] Crown copyright in this information is of similar importance. People rely on the accuracy of

à l’art. 12, peu importe le « type » d’œuvre. La *Loi sur le droit d’auteur* ne prévoit pas de définition exhaustive du terme « œuvre ». Cependant, elle définit différents types d’œuvres, y compris les œuvres architecturales, artistiques, cinématographiques, collectives, dramatiques, littéraires et musicales (*Loi sur le droit d’auteur*, art. 2). L’expression « les œuvres » utilisée à l’art. 12 signifie donc simplement que la Couronne est en mesure d’obtenir le droit d’auteur sur n’importe lequel de ces types d’œuvres gouvernementales (architecturale, artistique, cinématographique, etc.) visés par la *Loi sur le droit d’auteur*, pourvu que les exigences prévues par l’article soient respectées.

[142] De nombreux intervenants en l’espèce ont soulevé des préoccupations relatives au statut du droit d’auteur sur ce qu’ils ont appelé les [TRADUCTION] « sources primaires de droit » ou les « documents juridiques publics », ce qui comprend les lois, les règlements et les décisions judiciaires. Ils ont fait valoir des arguments fondés sur l’ordre public quant à savoir pourquoi de tels documents devraient être exclus de la portée de l’art. 12 et pourquoi aucune entité — y compris la Couronne — ne devrait être titulaire du droit d’auteur sur eux. À notre avis, la détermination du statut approprié du droit d’auteur sur ces documents juridiques soulève des questions particulières et complexes qui débordent le cadre de la présente affaire. En conséquence, nous remettons l’examen de cette question à une autre occasion dans un dossier où la Cour aura reçu des observations complètes sur celle-ci.

[143] Pour ce qui est des plans d’arpentage en cause en l’espèce, il est évident qu’il s’agit d’œuvres gouvernementales auxquelles l’art. 12, interprété correctement, s’applique. Ils ont de toute évidence un caractère public car ils définissent et illustrent les limites juridiques des terres dans la Province. Ces renseignements sont de la plus haute importance pour le public puisqu’ils fournissent des précisions sur la propriété des terres et qu’ils permettent aux propriétaires fonciers et aux utilisateurs de gérer leurs affaires en conséquence. Les œuvres servent donc un objectif public au sein de la Province.

[144] Le droit d’auteur de la Couronne sur ces renseignements est tout aussi important. Les gens

survey plans for determining their interest in property and facilitating land transactions. The Crown has a strong interest in the integrity of the land registry system and in public access to accurate versions of surveys. (Indeed, the fact that only the Examiner of Surveys can amend deposited or registered plans of survey demonstrates just how crucial accurate survey plans are to the system.) By holding copyright in the plans, the Crown can restrict the ability of a surveyor or other private party to make alterations to the plans and then sell or distribute them privately. By asserting Crown copyright, the government can ensure that survey plans obtained from the Land Registry Office or from Teranet are accurate. As well, because survey plans are so widely relied upon, it is important to ensure wide public availability so that whomever requires access to them can obtain it. In this regard, the pertinent statutes actually *require* the Province to make the plans available to the public for a prescribed fee (*Land Titles Act*, s. 165(4); *Registry Act*, s. 15(4)). Were private surveyors to continue to hold the copyright in the registered and deposited plans of survey, they could restrict the Crown's ability to ensure the plans are disseminated widely. The record indicates that accuracy, integrity, and dissemination of the works in question are of great importance to the proper functioning of the land registry system in Ontario.

[145] All of these considerations support the conclusion that the registered or deposited plans of survey are government works once published by Teranet and/or the Land Registry Office. We agree with our colleague that “[t]hese are precisely the types of works over which Crown copyright should subsist — those over which it is necessary for the Crown to guarantee authenticity, accuracy and integrity in the public interest” (para. 82). Indeed, if these plans of survey do not qualify as government works, we would be at a loss to know what would.

se fient à la précision des plans d’arpentage pour déterminer leur droit sur un bien-fonds et pour faciliter les transactions immobilières. La Couronne a grandement intérêt à veiller à l’intégrité du système d’enregistrement immobilier et à garantir au public l’accès à des versions précises des plans d’arpentage. (En effet, le fait que seul l’inspecteur des arpentages puisse modifier les plans d’arpentage déposés ou enregistrés démontre à quel point il est essentiel que les plans d’arpentage précis soient versés dans le système.) En étant titulaire du droit d’auteur sur les plans, la Couronne peut limiter la capacité d’un inspecteur ou d’un tiers privé de modifier les plans puis de les vendre ou les distribuer à titre personnel. En revendiquant le droit d’auteur de la Couronne, le gouvernement peut faire en sorte que les plans d’arpentage obtenus auprès du bureau de la publicité foncière ou de Teranet soient précis. De même, étant donné que de nombreuses personnes se fondent sur les plans d’arpentage, il est important d’en garantir l’accès au public de sorte que tous ceux qui ont besoin d’y avoir accès puissent les obtenir. À cet égard, les lois applicables *exigent* que la Province mette les plans à la disposition du public sur paiement des droits exigés (*Loi sur l’enregistrement des droits immobiliers*, par. 165(4); *Loi sur l’enregistrement des actes*, par. 15(4)). Si les arpenteurs devaient conserver le droit d’auteur sur les plans d’arpentage déposés et enregistrés, ils pourraient restreindre la capacité de la Couronne d’assurer une large diffusion des plans. Le dossier indique que la précision, l’intégrité et la diffusion des œuvres en question sont essentielles au bon fonctionnement du système de la publicité foncière de l’Ontario.

[145] Toutes ces considérations nous permettent de conclure que les plans d’arpentage enregistrés ou déposés sont des œuvres gouvernementales une fois qu’ils sont publiés par Teranet ou par le bureau de la publicité foncière. Nous convenons avec notre collègue qu’« [i]l s’agit précisément des types d’œuvres sur lesquels le droit d’auteur de la Couronne devrait exister — ceux dont la Couronne doit assurer l’authenticité, l’exactitude et l’intégrité dans l’intérêt public » (par. 82). En fait, si ces plans d’arpentage ne peuvent être considérés comme des œuvres gouvernementales, nous nous demandons ce qui pourrait l’être.

[146] As the registered and deposited plans of survey are government works when they are “published by or under the direction or control” of the Province, copyright in them is vested in the Crown under s. 12, and not in the original surveyors. This copyright vests in the Crown from the first time the works are published “by or under the direction or control” of the Province and continues “for the remainder of the calendar year of [that] first publication of the work and for a period of fifty years following the end of that calendar year”.

II. Disposition

[147] We would dismiss the appeal. We agree with our colleague that it is unnecessary to consider Teranet’s cross-appeal and would dismiss it as moot.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Branch MacMaster, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: McCarthy Tétrault, Toronto; Miller Thomson, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Law Libraries: JFK Law Corporation, Victoria; Kim Nayyer, Victoria.

[146] Comme les plans d’arpentage enregistrés et déposés sont des œuvres gouvernementales lorsqu’ils sont « publié[s] par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Province, le droit d’auteur sur ces plans est dévolu à la Couronne en application de l’art. 12, et non aux arpenteurs ayant initialement créé les plans. Ce droit d’auteur est dévolu à la Couronne dès la première publication des œuvres « par l’entremise, sous la direction ou la surveillance » de la Province, et il subsiste « jusqu’à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l’œuvre ».

II. Dispositif

[147] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Nous convenons avec notre collègue qu’il n’est pas nécessaire de trancher l’appel incident de Teranet et nous sommes d’avis de le rejeter en raison de son caractère théorique.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureurs de l’appelante/intimée au pourvoi incident : Branch MacMaster, Vancouver.

Procureurs de l’intimée/appelante au pourvoi incident : McCarthy Tétrault, Toronto; Miller Thomson, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des bibliothèques de droit : JFK Law Corporation, Victoria; Kim Nayyer, Victoria.

Solicitors for the interveners the Canadian Legal Information Institute and the Federation of Law Societies of Canada: Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Land Title and Survey Authority of British Columbia: Smart & Biggar, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Standards Association: Gowling WLG (Canada), Toronto.

Procureurs des intervenants l'Institut canadien d'information juridique et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Land Title and Survey Authority of British Columbia : Smart & Biggar, Vancouver.

Procureurs des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Canadian Standards Association : Gowling WLG (Canada), Toronto.

Marie-Maude Denis *Appellant*

v.

Marc-Yvan Côté *Respondent*

and

Her Majesty The Queen, Attorney General of Quebec, Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Freedom of Expression, Reporters Without Borders, La Presse (2018) Inc., Canadian Civil Liberties Association, AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. and Vice Studio Canada Inc. *Interveners*

INDEXED AS: DENIS v. CÔTÉ

2019 SCC 44

File No.: 38114.

2019: May 16; 2019: September 27.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Journalists — Disclosure of information that identifies or is likely to identify journalistic source — Accused charged with fraud, breach of trust and bribery of officers — Reports by journalist presenting information about investigation into accused that had been obtained from confidential sources — Subpoena served on journalist for purpose of obtaining evidence in support of motion by accused for stay of proceedings — New federal statutory scheme for protection of journalistic sources — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.

Marie-Maude Denis *Appelante*

c.

Marc-Yvan Côté *Intimé*

et

Sa Majesté la Reine, procureure générale du Québec, Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Association canadienne des journalistes, Canadian Journalists for Freedom of Expression, Reporters sans frontières, La Presse (2018) Inc., Association canadienne des libertés civiles, AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. et Vice Studio Canada Inc. *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : DENIS c. CÔTÉ

2019 CSC 44

N° du greffe : 38114.

2019 : 16 mai; 2019 : 27 septembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Journalistes — Divulgence de renseignements identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique — Accusé inculqué de fraude, d'abus de confiance et de corruption de fonctionnaires — Reportages d'une journaliste faisant état d'informations au sujet de l'enquête sur l'accusé obtenues de sources confidentielles — Assignation à témoigner signifiée à la journaliste en vue de recueillir des éléments de preuve au soutien d'une requête en arrêt des procédures présentée par l'accusé — Nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.

Courts — Jurisdiction — Subpoena served on journalist — Court of Québec quashing subpoena pursuant to new federal statutory scheme for protection of journalistic sources — Superior Court confirming on appeal that subpoena valid — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rule on merits of appeal from Superior Court’s decision — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.

C was arrested and charged with numerous offences, including fraud, breach of trust and bribery of officers. C sought to have the proceedings stayed on the ground that they were abusive in that there had been state conduct that risked undermining the integrity of the justice system. C submitted that high-ranking government representatives had provided journalists with a significant quantity of confidential information for the purpose of prejudicing him. C therefore served a subpoena on D, a journalist who had published information from the leaks. He hoped that the disclosure of the sources would make it possible to identify those who were responsible for the leaks. D contested her subpoena. The Court of Québec proceeded to the balancing exercise required by the new federal statutory scheme for the protection of journalistic sources set out in s. 39.1 of the *Canada Evidence Act* (“CEA”) — a new provision that had been enacted by the *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22 — and quashed the subpoena. The Superior Court, hearing an appeal, applied s. 39.1 CEA anew and confirmed that the subpoena was valid. That decision was appealed to the Quebec Court of Appeal, which held that it did not have jurisdiction to rule on the appeal.

Held (Abella J. dissenting): The appeal against the Superior Court’s decision should be allowed in part, the order authorizing disclosure should be set aside, and the case should be remanded to the court of original jurisdiction for reconsideration. The appeal against the Court of Appeal’s decision should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.: Section 39.1 CEA concerns subpoenas to give testimony or orders to produce documents that are issued to journalists and are likely to reveal the identities of confidential sources. In carrying out its plan to modernize the law by including s. 39.1 in the CEA, Parliament drew upon the various decisions of the Court, but modified the structure of the test and the weights of the identified criteria. It thus created a scheme of new law from which a clear intention emerges: to afford enhanced protection to the confidentiality of journalistic sources in the context of journalists’ relations with those sources.

Tribunaux — Compétence — Assignation à témoigner signifiée à une journaliste — Assignation annulée par la Cour du Québec en application du nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques — Validité de l’assignation confirmée en appel par la Cour supérieure — La Cour d’appel a-t-elle compétence pour statuer au fond sur un appel de la décision de la Cour supérieure? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.

C est arrêté et fait l’objet de nombreux chefs d’accusation, notamment de fraude, d’abus de confiance et de corruption de fonctionnaires. C sollicite l’arrêt des procédures au motif qu’elles seraient abusives, puisqu’il y a eu une conduite étatique qui risque de miner l’intégrité du système de justice. C prétend que des représentants de haut rang de l’État ont transmis à des journalistes une quantité importante d’informations confidentielles dans le but de lui nuire. C fait donc parvenir une assignation à témoigner à D, une journaliste ayant diffusé des informations provenant des fuites. Il espère que le dévoilement des sources permettra de découvrir l’identité des responsables des fuites. D conteste son assignation à témoigner. Procédant à la mise en balance requise par le nouveau régime légal fédéral de protection des sources journalistiques qui figure à l’art. 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* (« LPC »), une nouvelle disposition édictée par la *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22, la Cour du Québec annule l’assignation à témoigner. Siégeant en appel, la Cour supérieure procède à une nouvelle application de l’art. 39.1 LPC et confirme la validité de l’assignation à témoigner. Cette décision est portée en appel devant la Cour d’appel du Québec, qui juge qu’elle n’a pas compétence pour trancher l’appel.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi visant la décision de la Cour supérieure est accueilli en partie, l’ordonnance qui autorise la divulgation est infirmée et l’affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour réexamen. Le pourvoi visant la décision de la Cour d’appel est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin : L’article 39.1 LPC concerne les assignations à témoigner ou à produire des documents adressées à des journalistes et susceptibles de révéler l’identité d’une source confidentielle. Pour réaliser son projet de modernisation du droit en insérant l’art. 39.1 dans la LPC, le Parlement s’est inspiré des diverses décisions rendues par la Cour, mais a modifié la structure de l’analyse et la prépondérance des critères identifiés. Il a donc créé un régime de droit nouveau, duquel se dégage une intention claire : accorder une protection accrue à la confidentialité des sources journalistiques dans le cadre des rapports qu’entretiennent les journalistes avec ces sources.

A threshold requirement for the application of the new scheme is that the person objecting to the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source must show that he or she is a “journalist”, and his or her source a “journalistic source”, as defined in the CEA. Next, if the person succeeds in doing so, it is the party who seeks to know the source’s identity who must then prove that the conditions for judicial authorization of the disclosure are met. If a journalist objects to the disclosure of information on the ground that it is likely to identify a confidential source, non-disclosure should be the starting point for the analysis. It is then up to the party seeking to obtain the information to rebut this presumption. This shifting of the burden of proof is the most important difference between the former common law scheme and the new federal statutory scheme. Whereas the applicability of the journalist-source privilege was the exception in the former scheme, it has now become the rule. The court may not authorize the disclosure of information unless the party seeking its disclosure shows that the condition based on reasonable necessity is met and that the balancing exercise under the CEA weighs in favour of disclosure.

The party seeking the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source must show that the disclosure is reasonably necessary, that is, that the information being sought cannot be produced in evidence by any other reasonable means. If this is not shown, the case is closed, and the application for disclosure will be dismissed. If the party seeking the disclosure of information meets this requirement, he or she must then convince the court that the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source. This balancing exercise requires considering, on the one hand, the importance of the document or information being sought to a central issue in the proceeding and, on the other hand, the impact on freedom of the press and on the journalist and the source. To be successful, a party must convince the court that the document or information at issue is so important that this balancing exercise weighs in favour of disclosure. The court must bear in mind that disclosing information that identifies or is likely to identify a source is an appropriate remedy only where the advantages of doing so outweigh the disadvantages. It is only as a last resort that a court should require a journalist to breach a confidentiality undertaking with a source.

Comme condition préalable à l’application du nouveau régime, la personne qui s’oppose à la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d’identifier une source journalistique doit démontrer qu’elle est un « journaliste » et que sa source est une « source journalistique » au sens de la LPC. Ensuite, si elle y parvient, il incombe alors à la partie qui souhaite connaître l’identité de la source de faire la preuve des conditions requises pour que le tribunal autorise la divulgation. Si un journaliste s’oppose à la divulgation d’une information au motif qu’elle est susceptible d’identifier une source confidentielle, la non-divulgation devrait marquer le point de départ de l’analyse. Le fardeau de renverser cette présomption revient à la partie cherchant à obtenir l’information. Ce renversement du fardeau de la preuve est la différence la plus importante entre l’ancien régime de common law et le nouveau régime légal fédéral. Alors que sous l’ancien régime, l’applicabilité du privilège journalistique constituait l’exception, elle est maintenant devenue la règle. En effet, le tribunal ne peut autoriser la divulgation de renseignements que si la partie qui en demande la divulgation démontre que la condition fondée sur l’existence d’un état de nécessité raisonnable est remplie et que la mise en balance requise par la LPC milite en faveur de la divulgation.

La partie qui demande la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d’identifier une source journalistique doit démontrer l’existence d’un état de nécessité raisonnable, à savoir que le renseignement recherché ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable. Si elle ne parvient pas à faire cette démonstration, cela met fin aux débats et la demande de divulgation est rejetée. Si la partie sollicitant la divulgation des renseignements satisfait à cette condition, elle doit alors convaincre le tribunal que l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique. Il s’agit d’un exercice de pondération prenant en compte d’un côté l’importance du document ou du renseignement recherché à l’égard d’une question essentielle de l’instance et de l’autre les impacts sur la liberté de la presse et les conséquences sur le journaliste et la source. Pour réussir, une partie doit convaincre le tribunal que l’importance du document ou du renseignement dans un cas donné est telle que cette mise en balance milite en faveur de la divulgation. Le tribunal doit garder à l’esprit que la divulgation des renseignements identifiant ou susceptibles d’identifier une source constitue un remède approprié uniquement dans les cas où les avantages qu’elle présente dépassent ses inconvénients. Ce n’est qu’en dernier recours que le tribunal doit contraindre un journaliste à rompre une promesse de confidentialité faite à une source.

In the Court, the Crown abandoned its original position with respect to C's motion for a stay of proceedings, and it now maintains that the disclosure of new information alters the factual matrix. The Crown's change of position is serious enough to justify an intervention by the Court, but it precludes appellate review of the Superior Court's decision on the merits. This change of position instead justifies remanding the case to the court of original jurisdiction in order to have that court conduct anew, once the new evidence has been adduced by the Crown, the analysis required by s. 39.1 CEA.

The Court of Appeal was right to find that it did not have jurisdiction to hear the appeal from the Superior Court's decision confirming that the subpoena was valid. First, the right of appeal is a statutory right. It is an exceptional right that cannot exist if no legislation provides for it. Second, where there are two levels of appeal, they are provided for in legislation, which is not the case here with the CEA. The existence of a single level of appeal is, moreover, consistent with the purpose of efficiency and expeditiousness being pursued in s. 39.1 CEA.

Per Abella J. (dissenting): The *Journalistic Sources Protection Act* is legislation of historic weight. The new scheme anticipates that absent exceptional circumstances, a presumption of protection for journalistic sources will prevail. The burden is on the party seeking disclosure to demonstrate both that there is no other reasonable means of getting the information and that the public interest in preserving the confidentiality of journalistic sources is outweighed by the public interest in the administration of justice. Through the *Act*, Parliament clearly asserted its intention to provide journalists with more robust statutory protections than existed under the common law.

While the factual terrain in this appeal may have shifted, the legal foundation for the Superior Court of Quebec's conclusion that a disclosure authorization was appropriate is unsustainable in light of the language and purposes of the *Act*. The Superior Court effectively placed a burden on the journalist to demonstrate why she should not be forced to reveal her sources, rather than requiring the party seeking disclosure to prove why those sources should be revealed. Moreover, the Superior Court applied the new legislation in a way that mirrored, rather than departed from, the former common law regime, and failed to recognize the paramount objective of protecting

Devant la Cour, le ministère public a répudié sa position initiale relativement à la requête en arrêt des procédures de C et soutient désormais que la communication de renseignements nouveaux est de nature à modifier le cadre factuel. Le changement de position du ministère public est suffisamment sérieux pour justifier l'intervention de la Cour mais il fait obstacle à l'examen en appel de la décision de la Cour supérieure sur le fond. Ce changement de position justifie plutôt le renvoi de l'affaire au tribunal de première instance, afin qu'il procède à nouveau, une fois la preuve nouvelle communiquée par le ministère public, à l'analyse requise par l'art. 39.1 LPC.

La Cour d'appel était bien fondée à conclure qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la décision de la Cour supérieure confirmant la validité de l'assignation à témoigner. Premièrement, le droit d'appel est un droit d'origine législative. Il s'agit d'un droit exceptionnel, qui ne peut exister en l'absence d'un texte le prévoyant. Deuxièmement, lorsqu'il existe deux paliers d'appel, la loi le précise, ce qui n'est pas le cas en l'espèce en ce qui concerne la LPC. L'existence d'un seul palier d'appel est en outre compatible avec l'objectif d'efficacité et de célérité visé par l'art. 39.1 LPC.

La juge Abella (dissidente) : La *Loi sur la protection des sources journalistiques* est une mesure législative ayant une valeur historique. Le nouveau régime prévoit qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles, la présomption de protection des sources journalistiques aura préséance. C'est à la partie sollicitant la divulgation de renseignements qu'incombe le fardeau de démontrer, d'une part, qu'il n'y a aucun autre moyen raisonnable d'obtenir ceux-ci et, d'autre part, que l'intérêt public à préserver la confidentialité des sources journalistiques est surpassé par l'intérêt public dans l'administration de la justice. Au moyen de la *Loi*, le Parlement a clairement affirmé son intention de fournir aux journalistes des protections légales plus robustes que celles qui existaient sous le régime de la common law.

Bien que les assises factuelles du présent pourvoi puissent avoir changé, le fondement juridique de la conclusion de la Cour supérieure du Québec selon laquelle une autorisation de divulgation était indiquée est insoutenable à la lumière du libellé et des objectifs de la *Loi*. La Cour supérieure a effectivement imposé à la journaliste le fardeau de démontrer pourquoi elle ne devrait pas être contrainte de révéler l'identité de ses sources, plutôt que d'obliger la partie sollicitant la divulgation à prouver pourquoi l'identité des sources en question devrait être révélée. De plus, la Cour supérieure a appliqué la nouvelle loi d'une manière qui reflétait l'ancien régime de common law — et non qui

journalistic sources. Given these fundamental legal errors in the interpretation and application of the legislation, the disclosure authorization issued against the journalist should be set aside and the subpoena quashed.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Referred to: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Vice Media Canada Inc.*, 2018 SCC 53, [2018] 3 S.C.R. 374; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631.

By Abella J. (dissenting)

R. v. National Post, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.01.
Journalistic Sources Protection Act, S.C. 2017, c. 22, ss. 2, 3.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*, vol. 148, No. 191, 1st Sess., 42nd Parl., June 9, 2017, pp. 12447-48.
 Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 86, 1st Sess., 42nd Parl., December 12, 2016, pp. 2056-59.
 Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, pp. 2738-40.
 Oliphant, Benjamin. "Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee" (2013), 59 *McGill L.J.* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*. Québec: Publications du Québec, 2017.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Bich and Ruel J.J.A.), 2018 QCCA 611,

s'en écartait —, et elle n'a pas reconnu l'objectif primordial que constitue la protection des sources journalistiques. Compte tenu de ces erreurs de droit fondamentales dans l'interprétation et l'application de la loi, il y a lieu d'infirmer l'autorisation de divulgation émise contre la journaliste et d'annuler l'assignation à comparaître.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. National Post, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 488.01.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1.
Loi sur la protection des sources journalistiques, L.C. 2017, c. 22, art. 2, 3.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 191, 1^{re} sess., 42^e lég., 9 juin 2017, p. 12447-12448.
 Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 86, 1^{re} sess., 42^e lég., 12 décembre 2016, p. 2056-2059.
 Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2738-2740.
 Oliphant, Benjamin. « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*, Québec, Publications du Québec, 2017.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dutil, Bich et Ruel), 2018 QCCA

[2018] AZ-51484765, [2018] J.Q. n° 3149 (QL), 2018 CarswellQue 2585 (WL Can.), affirming a decision of Émond J., 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), setting aside a decision of Perreault J.C.Q., 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] Q.J. No. 809 (QL), 2018 CarswellQue 3098 (WL Can.). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Superior Court of Quebec (Émond J.), 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), setting aside a decision of Perreault J.C.Q., 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] Q.J. No. 809 (QL), 2018 CarswellQue 3098 (WL Can.). Appeal allowed in part, Abella J. dissenting.

Christian Leblanc, Patricia Hénault and Geneviève McSween, for the appellant.

Jacques Larochelle and Olivier Desjardins, for the respondent.

Robert Rouleau, Julie Desbiens and Richard Rougeau, for the intervener Her Majesty The Queen.

Michel Déom and Vincent Riendeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Mark Bantey and Sandra Lando, for the interveners Fédération professionnelle des journalistes du Québec, the Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Freedom of Expression and Reporters Without Borders.

Sébastien Pierre-Roy, for the intervener La Presse (2018) Inc.

Jamie Cameron, Christopher D. Bredt and Pierre N. Gemson, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

David A. Crerar and Iain A. C. MacKinnon, for the interveners the AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited

611, [2018] AZ-51484765, [2018] J.Q. n° 3149 (QL), 2018 CarswellQue 2585 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Émond, 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), qui avait infirmé une décision du juge Perreault, 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] J.Q. n° 809 (QL), 2018 CarswellQue 1019 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure du Québec (le juge Émond), 2018 QCCS 1138, [2018] AZ-51479332, [2018] J.Q. n° 2236 (QL), 2018 CarswellQue 2254 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Perreault, 2018 QCCQ 547, [2018] AZ-51467457, [2018] J.Q. n° 809 (QL), 2018 CarswellQue 1019 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, la juge Abella est dissidente.

Christian Leblanc, Patricia Hénault et Geneviève McSween, pour l'appelante.

Jacques Larochelle et Olivier Desjardins, pour l'intimé.

Robert Rouleau, Julie Desbiens et Richard Rougeau, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine.

Michel Déom et Vincent Riendeau, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Mark Bantey et Sandra Lando, pour les intervenantes la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, l'Association canadienne des journalistes, Canadian Journalists for Freedom of Expression et Reporters sans frontières.

Sébastien Pierre-Roy, pour l'intervenante La Presse (2018) Inc.

Jamie Cameron, Christopher D. Bredt et Pierre N. Gemson, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David A. Crerar et Iain A. C. MacKinnon, pour les intervenantes AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited

Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. and Vice Studio Canada Inc.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin J.J. delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — In this case, the Court is considering rare interlocutory appeals in the criminal law context. The main appeal concerns the validity of a subpoena served on a journalist, namely the appellant, Marie-Maude Denis, for the purpose of obtaining evidence in support of a motion for a stay of proceedings falling into the “residual” category described in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31, citing *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73. Ms. Denis’s testimony was likely to reveal the identities of certain of her confidential journalistic sources.

[2] This appeal on the merits of the case, which concerns freedom of the press and the limits of that freedom, is an opportunity for the Court to consider, for the first time, the new statutory scheme for the protection of journalistic sources set out in s. 39.1 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“CEA”). This new federal scheme comprises both existing common law rules and new features.

[3] The Court of Québec quashed the subpoena against Ms. Denis, concluding in particular that she did not know the identities of the sources in question. The Superior Court, hearing an appeal from the Court of Québec’s decision, held that this conclusion was an error that was not only palpable — a point on which the parties agreed — but also overriding, and it then applied s. 39.1 CEA anew, which led it to confirm that the subpoena issued to Ms. Denis was valid.

[4] That decision was appealed to the Quebec Court of Appeal, which held, relying on the words of the relevant provision as well as on the provision’s purpose of efficiency and expeditiousness, that it did not have jurisdiction to rule on the merits of the

Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. et Vice Studio Canada Inc.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin a été rendu par

[1] LE JUGE EN CHEF — La Cour est saisie en l’espèce de rares pourvois interlocutoires en matière criminelle. Le pourvoi principal porte sur la validité d’une assignation à témoigner qui a été signifiée à une journaliste, en l’espèce l’appelante, madame Marie-Maude Denis, en vue de recueillir des éléments de preuve au soutien d’une requête en arrêt des procédures relevant de la catégorie dite « résiduelle » décrite dans l’arrêt *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73. Ce témoignage est susceptible de révéler l’identité de certaines sources journalistiques confidentielles de M^{me} Denis.

[2] Ce pourvoi sur le fond de l’affaire, qui concerne la liberté de la presse et ses limites, est l’occasion pour la Cour de se prononcer pour la première fois sur le nouveau régime légal de protection des sources journalistiques qui figure à l’art. 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 (« LPC »). Ce nouveau régime fédéral se compose à la fois de règles de common law existantes et d’éléments nouveaux.

[3] La Cour du Québec a annulé l’assignation à comparaître visant M^{me} Denis, concluant notamment que cette dernière ignorait l’identité des sources en question. Siégeant en appel de cette décision, la Cour supérieure a statué que cette conclusion constituait une erreur non seulement manifeste — ce dont convenaient les parties — mais également déterminante, et elle a procédé à une nouvelle application de l’art. 39.1 LPC. À l’issue de cette application, la Cour supérieure a confirmé la validité de l’assignation à comparaître adressée à M^{me} Denis.

[4] Cette décision a été portée en appel devant la Cour d’appel du Québec qui, se fondant sur le texte de la disposition pertinente et sur l’objectif d’efficacité et de célérité visé par celle-ci, a jugé qu’elle n’avait pas compétence pour statuer au fond

appeal. It accordingly granted the motion brought by the respondent, Marc-Yvan Côté, to dismiss the appeal.

[5] Ms. Denis was granted leave to appeal to this Court from both those decisions, that of the Court of Appeal with respect to jurisdiction and that of the Superior Court on the merits. These are thus two separate, but related, appeals. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal with respect to jurisdiction, but would allow in part the appeal on the merits and remand the case to the court of original jurisdiction for reconsideration. In my opinion, the remanding of the case means that the parties must be restored to the positions they were in before the decisions of the courts below.

I. Facts

[6] Mr. Côté was a member of the Quebec National Assembly who was responsible for various ministerial portfolios in Liberal Party governments until 1994. After that, he was vice-president of Roche Ltd., Consulting Group, a consulting engineering company, from 1994 to 2005. In 2016, Mr. Côté was arrested and charged, together with a number of co-accused, with numerous offences, including fraud, breach of trust and bribery of officers, in relation to events that had taken place between 2000 and 2012. They were alleged to have set up an elaborate system of secret political financing in Quebec in which consulting engineering and construction companies had made unlawful political contributions for the purpose of gaining undue advantages in public calls for tenders and applications for subsidies.

[7] Mr. Côté sought to have the proceedings stayed on the ground that they were abusive, and his co-accused supported his motion orally at the initial hearing. According to *Babos*, there are two types of abuse of process that can justify a stay of proceedings: state conduct that compromises the fairness of the trial of the accused (the “main” category); and state conduct that does not compromise trial fairness but risks undermining the integrity of the justice system (the “residual” category). Mr. Côté, who hardly mentioned the first of these categories, argued primarily that the instant case concerns abuse

sur l’appel. Elle a en conséquence accueilli la requête en rejet d’appel présentée par l’intimé, monsieur Marc-Yvan Côté.

[5] Madame Denis a obtenu l’autorisation de se pourvoir contre ces deux décisions — celle de la Cour d’appel sur la compétence et celle de la Cour supérieure sur le fond — devant notre Cour. Il s’agit donc de deux pourvois distincts mais connexes. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi sur la compétence, mais d’accueillir en partie le pourvoi sur le fond et de renvoyer l’affaire en première instance pour réexamen. En raison du renvoi de l’affaire en première instance, je suis d’avis qu’il est nécessaire de remettre les parties dans l’état où elles étaient avant les décisions des juridictions inférieures.

I. Les faits

[6] Monsieur Côté a été député à l’Assemblée nationale du Québec et a dirigé divers ministères au sein de gouvernements du Parti libéral jusqu’en 1994. Il a par la suite été vice-président de la firme de génie-conseil Roche ltée, Groupe-conseil, de 1994 à 2005. En 2016, M. Côté est arrêté et fait l’objet, avec d’autres coaccusés, de nombreux chefs d’accusation, notamment de fraude, d’abus de confiance et de corruption de fonctionnaires, concernant des faits survenus au cours des années 2000 à 2012. Il leur est reproché d’avoir mis en place un système élaboré de financement politique occulte au Québec, dans le cadre duquel des cabinets de génie-conseil et des entreprises de construction auraient versé des contributions politiques illicites afin de bénéficier d’avantages indus lors d’appels d’offres publiques et de demandes de subventions.

[7] Monsieur Côté sollicite l’arrêt des procédures au motif qu’elles seraient abusives, requête à laquelle se sont ralliés verbalement ses coaccusés lors de l’audience initiale. Suivant l’arrêt *Babos*, deux types d’abus de procédure peuvent justifier un arrêt des procédures : une conduite étatique qui compromet l’équité du procès de l’accusé (la catégorie « principale »); et une conduite étatique qui ne compromet pas l’équité du procès mais risque de miner l’intégrité du système de justice (la catégorie « résiduelle »). Insistant peu sur la première catégorie, M. Côté plaide principalement que la présente

of the second type, and thus stressed the impact on the integrity of the justice system as a whole. He acknowledged that, as far as the burden of proof is concerned, the threshold in such a case is a high one. He had to show state conduct that was “so troublesome that having a trial — even a fair one — will leave the impression that the justice system condones conduct that offends society’s sense of fair play and decency”: *Babos*, at para. 35.

[8] In support of his motion for a stay of proceedings, Mr. Côté submitted that high-ranking government representatives had, between 2012 and 2017, provided journalists with a significant quantity of confidential information (hereinafter the “leaks”) for the purpose of prejudicing his co-accused and himself. This information came in large part from active investigation files of the Unité permanente anticorruption (“UPAC”), a Quebec government organization whose mandate is to coordinate actions to prevent and fight corruption in the public sector. Mr. Côté maintained that the information had been leaked for improper tactical purposes. In his opinion, these leaks were intended to, among other things, deny him the right to a fair trial by judge and jury, as potential jurors had been [TRANSLATION] “contaminated by the numerous leaks of evidence”, and deprive him of the presumption of innocence, “as the government has used the media to ensure his *de facto* conviction”: motion for a stay of proceedings, A.R., vol. II, at pp. 26-27.

[9] Mr. Côté asserted, citing various pieces of circumstantial evidence, that the leakers were acting on the government’s behalf. In his opinion, the coincidental timing of the leaks and certain specific events, the highly sensitive nature of the disclosed information, the failure of all the government’s investigations to determine who was responsible, and the failure to seek injunctions and publication bans were all factors that suggested that the leaks represented a concerted action by high-ranking individuals.

[10] In her initial response to Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings, the intervener Her Majesty the

affaire constitue un abus du second type et met donc l’accent sur l’atteinte à l’intégrité du système de justice dans son ensemble. Monsieur Côté reconnaît que, du point de vue de la preuve à apporter, la barre est haute en semblable matière. En effet, ce dernier doit démontrer l’existence d’une conduite étatique « si troublante que la tenue d’un procès — même un procès équitable — donnera l’impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » : *Babos*, par. 35.

[8] Au soutien de sa requête en arrêt des procédures, M. Côté prétend que des représentants de haut rang de l’État ont transmis à des journalistes une quantité importante d’informations confidentielles (ci-après les « fuites ») entre 2012 et 2017, et ce, dans le but de nuire à ses coaccusés ainsi qu’à lui-même. Ces informations proviennent en grande partie de dossiers d’enquête actifs de l’Unité permanente anticorruption (« UPAC »), l’organisation au sein du gouvernement québécois qui a pour mandat de coordonner les actions de prévention et de lutte contre la corruption dans le secteur public. Monsieur Côté soutient que ces fuites visent des fins stratégiques illicites. Il estime que ces fuites ont notamment pour but de le priver du droit à un procès juste et équitable devant juge et jury, les jurés potentiels étant « contaminé[s] par les nombreuses fuites d’éléments de preuve », et de le priver de la présomption d’innocence, « l’État s’étant assuré par les médias de sa condamnation *de facto* » : requête en arrêt des procédures, d.a., vol. II, p. 26-27.

[9] Monsieur Côté s’appuie sur divers éléments de preuve circonstancielle pour affirmer que les auteurs de ces fuites agissent au nom de l’État. Selon lui, la coïncidence temporelle entre les fuites et certains événements particuliers, la nature hautement sensible des informations révélées, l’échec de toutes les enquêtes menées par l’État en vue d’identifier les responsables et l’absence de recours en injonction et non-publication sont autant de facteurs qui suggèrent que les fuites constituent une action concertée provenant d’individus haut placés.

[10] Dans sa réponse initiale à la requête en arrêt des procédures de M. Côté, l’intervenante Sa Majesté

Queen — that is to say, Quebec’s Director of Criminal and Penal Prosecutions (hereinafter “Crown”) — conceded that the leaks seemed to come from one or more government employees, but rejected the argument that those employees were of sufficiently high rank to be acting on the government’s behalf. More specifically, the Crown agreed that, [TRANSLATION] “on a balance of probabilities”, at least one government employee had been involved in leaking secret information: A.R., vol. II, at p. 66. But the Crown maintained that this “undesirable leak of confidential information” was the work of a “rogue official” in UPAC or a “group of individuals” (summary statement, A.R., vol. II, at p. 94) whose personal goals were incompatible with those of the government and whose acts could not be imputed to it.

[11] Aware of his onerous burden of proof, Mr. Côté wished to adduce, in addition to his circumstantial evidence, direct evidence of the identities of the leakers. After filing his motion for a stay of proceedings, he therefore served subpoenas on two journalists who had published information from the leaks: Louis Lacroix (*L’Actualité*) and Ms. Denis (*Canadian Broadcasting Corporation*). He hoped that the disclosure of their sources would make it possible to identify those who were responsible for the leaks and thereby to establish the great extent of the government’s involvement, which was essential to the success of his *Babos* motion. The subpoena issued to Mr. Lacroix was quashed after he had declared in an affidavit that he did not know the identity of his source. The case involving Mr. Lacroix is now closed.

[12] As for Ms. Denis, between 2012 and 2016, she presented four reports on the *Enquête* public affairs program about a possible system of corruption. Sensitive information obtained from confidential journalistic sources was disclosed in those reports. Because, as she declared in an affidavit, Ms. Denis does not know the identities of the sources for the reports broadcast in 2014 and 2016, only the ones from 2012 and 2015 are at issue here.

[13] The first of these reports, entitled *Anguille sous Roche* (2012), presented some of the evidence

la Reine — c.-à-d. le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec (ci-après « ministère public ») — concède que les fuites semblent provenir d’un ou plusieurs employés de l’État, mais rejette l’argument selon lequel ces employés sont suffisamment haut placés pour agir au nom de l’État. Plus spécifiquement, il convient que « selon la balance des probabilités », au moins un employé de l’État est impliqué dans les fuites d’informations secrètes : d.a., vol. II, p. 66. Cependant, le ministère public soutient que ce « coulage indésirable d’informations confidentielles » est l’œuvre d’un « ripou » au sein de l’UPAC ou d’un « groupe d’individus » (exposé sommaire, d.a., vol. II, p. 94), qui poursuivent des fins personnelles incompatibles avec celles de l’État et dont les actes ne peuvent lui être imputés.

[11] Conscient du lourd fardeau de preuve qui lui incombe, M. Côté souhaite présenter, en outre de sa preuve circonstancielle, une preuve directe de l’identité des auteurs des fuites. À la suite du dépôt de sa requête en arrêt des procédures, M. Côté fait donc parvenir une assignation à témoigner à deux journalistes ayant diffusé des informations provenant des fuites, soit M. Louis Lacroix (*L’Actualité*) et M^{me} Denis (*Radio-Canada*). Il espère que le dévoilement de leurs sources permettra de découvrir l’identité des responsables des fuites, et ainsi de démontrer le haut degré d’implication de l’État, condition essentielle au succès de sa requête fondée sur l’arrêt *Babos*. L’assignation à comparaître adressée à M. Lacroix a été annulée, ce dernier ayant déclaré sous serment ignorer l’identité de sa source. Monsieur Lacroix n’est maintenant plus en cause.

[12] Pour ce qui est de M^{me} Denis, de 2012 à 2016, cette dernière a présenté au cours de l’émission d’affaires publiques *Enquête* quatre reportages au sujet d’un possible système de corruption. Des informations sensibles, obtenues de sources journalistiques confidentielles, ont été divulguées lors de ces reportages. Étant donné que M^{me} Denis, ainsi qu’elle l’a déclaré sous serment, ignore l’identité des sources liées aux reportages diffusés en 2014 et 2016, seuls ceux diffusés en 2012 et 2015 font l’objet du présent débat.

[13] Le premier reportage, intitulé *Anguille sous Roche* (2012), présente une partie de la preuve

against eight persons who had been arrested by UPAC in February 2011, which included a letter addressed to Mr. Côté and a video clip of the questioning of one of his co-accused. The second report, entitled *Ratures et rupture* (2015), related the content of emails exchanged between the commissioners of the Commission of Inquiry on the Awarding and Management of Public Contracts in the Construction Industry, and of an annotated draft of the Commission's report.

[14] In response to the subpoena issued to Ms. Denis, the Crown originally argued in the courts below that Ms. Denis's testimony would be unnecessary. In its view, the leaks came from people at low levels of the hierarchy whose acts could not be attributed to the government. Mr. Côté's *Babos* motion for a stay of proceedings was therefore certain to fail regardless of Ms. Denis's testimony.

II. Statutory Provisions

[15] Section 39.1 CEA is reproduced in its entirety in the Appendix. The two key parts of s. 39.1 are subss. (2) and (7). Under s. 39.1(2), a journalist is entitled to contest a subpoena to give testimony or an order to produce a document in evidence on the basis that the subpoena or order "identifies or is likely to identify a journalistic source". It should be mentioned in this regard that s. 39.1(4) CEA provides that a court considering the disclosure of information that identifies or is likely to identify a journalistic source may raise the application of s. 39.1(2) CEA on its own initiative.

[16] As for s. 39.1(7), it establishes the test the court must apply to determine whether to authorize the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source. This test requires the court to determine, first, whether there is no other reasonable means by which to obtain the information being sought, and then, if this first condition is met, whether the public interest in the administration of justice outweighs the

recueillie contre huit personnes arrêtées par l'UPAC en février 2011, dont une lettre adressée à M. Côté, ainsi qu'un extrait vidéo de l'interrogatoire de l'une de ses coaccusés. Le second reportage, intitulé *Ratures et rupture* (2015), relate le contenu d'échanges courriel entre les commissaires de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, ainsi qu'une version préliminaire annotée du rapport d'enquête de la Commission.

[14] En réponse à l'assignation à témoigner de M^{me} Denis, le ministère public a initialement plaidé devant les juridictions inférieures que le témoignage de cette dernière était inutile. Selon le ministère public, les fuites provenaient de personnes situées au bas de l'échelle hiérarchique dont les actes ne peuvent être imputés à l'État. En conséquence, la requête en arrêt des procédures de type *Babos* de M. Côté était vouée à l'échec, peu importe le témoignage de M^{me} Denis.

II. Dispositions législatives

[15] Le texte intégral de l'art. 39.1 LPC est reproduit en annexe. Les deux éléments clés de l'art. 39.1 sont les par. (2) et (7). Le paragraphe 39.1(2) énonce le droit des journalistes de s'opposer à une assignation à témoigner ou à un ordre de produire en preuve un document, sur la base qu'une telle ordonnance « identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique ». À cet égard, il convient de signaler que, aux termes du par. 39.1(4) LPC, le tribunal devant qui se pose la question de la divulgation de renseignements identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique peut, de sa propre initiative, soulever l'application du par. 39.1(2) LPC.

[16] Pour ce qui est du par. 39.1(7), il établit l'analyse que doit appliquer le tribunal pour déterminer s'il y a lieu d'autoriser la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique. Suivant cette analyse, le tribunal doit d'abord décider s'il n'existe pas un autre moyen raisonnable d'obtenir les informations recherchées, puis, dans la mesure où cette première condition est remplie, si l'intérêt

public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source:

(7) The court . . . may authorize the disclosure of information or a document only if [it] consider[s] that

(a) the information or document cannot be produced in evidence by any other reasonable means; and

(b) the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source, having regard to, among other things,

(i) the importance of the information or document to a central issue in the proceeding,

(ii) freedom of the press, and

(iii) the impact of disclosure on the journalistic source and the journalist.

III. Procedural History

A. *Court of Québec — 2018 QCCQ 547*

[17] Ms. Denis and Mr. Lacroix contested their subpoenas in the Court of Québec. Judge Perreault, who signed the court’s decision, found that Ms. Denis and Mr. Lacroix were both “journalists” as that term is defined in s. 39.1(1) CEA and that the information in question came from “journalistic sources” as defined in that same provision: paras. 206-7 (CanLII). He concluded that disclosure of the identities of the journalistic sources was the only reasonable means to obtain the information in question (para. 204) and that the “proceeding” (referred to in s. 39.1(7)(b)(i)) at issue in this case was Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings: para. 212. The importance of the information being sought (the identities of the journalistic sources) was thus to be assessed in light of the central issues raised in that motion rather than in terms of those of Mr. Côté’s criminal trial.

public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique :

(7) Le tribunal [. . .] ne peut autoriser la divulgation du renseignement ou du document que s’il estime que les conditions suivantes sont réunies :

a) le renseignement ou le document ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable;

b) l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique, compte tenu notamment :

(i) de l’importance du renseignement ou du document à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance,

(ii) de la liberté de la presse,

(iii) des conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste.

III. Historique procédural

A. *Cour du Québec — 2018 QCCQ 547*

[17] Madame Denis et M. Lacroix contestent leurs assignations à témoigner devant la Cour du Québec. Le juge Perreault, qui signe la décision de la Cour du Québec, constate que M^{me} Denis et M. Lacroix sont tous deux des « journalistes » au sens de la définition de ce terme au par. 39.1(1) LPC et que les renseignements concernés émanent de « sources journalistiques » au sens de cette même disposition : par. 206-207 (CanLII). Il conclut que le dévoilement de l’identité des sources journalistiques constitue le seul moyen raisonnable d’obtenir les renseignements en question (par. 204), et que « l’instance » (visée au sous-al. 39.1(7)(b)(i)) en cause ici est la requête en arrêt des procédures déposée par M. Côté (par. 212). L’importance des renseignements recherchés (à savoir, l’identité des sources journalistiques) est donc évaluée au regard des questions essentielles que soulève cette requête, plutôt qu’à l’aune de celles visées par le procès criminel de M. Côté.

[18] Judge Perreault then proceeded to the balancing exercise required by s. 39.1(7)(b) CEA, concluding that in this case the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic sources outweighed the public interest in the administration of justice, because the information being sought could not be said to be important to a central issue in the motion (s. 39.1(7)(b)(i) CEA) insofar as the two journalists did not know the identities of their sources: paras. 215-16. He added that even if those sources could be identified, it was not certain that this would make it possible to trace the people who were originally responsible for the leaks: para. 219. Finally, he stressed that there were other arguments Mr. Côté could make or other evidence he could adduce in support of his *Babos* motion: para. 224. Judge Perreault accordingly declined to authorize the disclosure of the identities of the journalistic sources and quashed the subpoenas issued to the journalists.

B. *Superior Court — 2018 QCCS 1138*

[19] Mr. Côté appealed to the Superior Court, as is provided for in s. 39.1(10)(d) CEA. All the parties agreed that the application judge had made a palpable error of fact in stating that the journalists did not know the identities of their sources, because Ms. Denis was in fact aware of the identities of her sources for two of her four reports: paras. 98-99 (CanLII). Émond J., who heard the appeal, concluded that this was also an overriding error in that it was central to the application judge's reasons on the key question of the importance of the information being sought to a central issue in the proceeding: para. 137.

[20] Émond J. first agreed that Ms. Denis and Mr. Lacroix were “journalists”, and their sources “journalistic sources”, within the meaning of s. 39.1(1) CEA. He then proceeded to repeat the analysis required by s. 39.1(7). Pointing out that the leaks, about which the authorities were unable to do anything, had taken place over a long period and that this represented a real risk for the integrity of the judicial process and for the justice system (para. 178), and finding on this basis that the information being sought could not be obtained by any other reasonable means, Émond J.

[18] Procédant à la mise en balance requise par l'al. 39.1(7)b) LPC, le juge Perreault conclut qu'en l'espèce, l'intérêt public à préserver la confidentialité des sources journalistiques l'emporte sur l'intérêt public dans l'administration de la justice, puisque les renseignements recherchés ne peuvent être qualifiés d'importants à l'égard d'une question essentielle dans le cadre de la requête (sous-al. 39.1(7)b)(i) LPC), dans la mesure où les deux journalistes ignorent l'identité de leurs sources : par. 215-216. En outre, le juge estime que, même si on parvenait à identifier ces sources, il n'est pas certain que cela permettrait de remonter aux premiers responsables des fuites : par. 219. Enfin, il souligne que M. Côté dispose d'autres arguments ou éléments à invoquer au soutien de sa requête fondée sur l'arrêt *Babos* : par. 224. En conséquence, le juge Perreault n'autorise pas la divulgation de l'identité des sources journalistiques et annule les assignations à comparaître visant les journalistes.

B. *Cour supérieure — 2018 QCCS 1138*

[19] Monsieur Côté fait appel devant la Cour supérieure, tel que le prévoit l'al. 39.1(10)d) LPC. Les parties reconnaissent toutes que le premier juge a commis une erreur factuelle manifeste en affirmant que les journalistes ignoraient l'identité de leurs sources, puisqu'en réalité M^{me} Denis est au fait de l'identité de ses sources pour deux de ses quatre reportages : par. 98-99 (CanLII). Le juge Émond, qui entend l'appel, conclut que cette erreur est en outre déterminante, car elle touche au cœur des motifs du premier tribunal sur l'aspect névralgique du débat, soit l'importance des renseignements recherchés à l'égard de la question essentielle dans le cadre de l'instance : par. 137.

[20] Le juge Émond reconnaît d'abord que M^{me} Denis et M. Lacroix, ainsi que leurs sources, sont respectivement des « journalistes » et des « sources journalistiques » au sens de ces termes au par. 39.1(1) LPC. Il procède ensuite à nouveau à l'analyse requise au par. 39.1(7). Soulignant que les fuites se sont prolongées sur une longue période sans que les autorités puissent y faire quoi que ce soit et qu'il en découle un risque réel pour l'intégrité du processus judiciaire et pour le système de justice (par. 178), et estimant de ce fait que les renseignements recherchés

held that the criteria for disclosure of the sources' identities were met in the cases of Ms. Denis's two reports. In his view, the application judge had erred in concluding that the information being sought was not important to a central issue in the proceeding and that its absence did not justify a stay of proceedings. He found, rather, that the information in question was important, [TRANSLATION] "if not crucial": para. 137. Émond J. accordingly reformulated the disposition of the application judge's judgment and authorized the disclosure by Ms. Denis of information with respect to the content of the two reports for which she knew the identities of the sources.

C. *Quebec Court of Appeal — 2018 QCCA 611*

[21] Ms. Denis appealed Émond J.'s decision to the Quebec Court of Appeal. Mr. Côté then filed a motion to dismiss Ms. Denis's appeal on the ground that, according to his own interpretation of the words of s. 39.1(10) CEA, she had no right of appeal to the Court of Appeal.

[22] The Court of Appeal allowed Mr. Côté's motion to dismiss the appeal. Noting that there is [TRANSLATION] "no appeal without a provision" (para. 9 (CanLII)), it stated that s. 39.1(10) CEA indicates in what circumstances an appeal is possible and in what court the appeal must be brought. In the Court of Appeal's view, the effect of s. 39.1(10) is that the only decision that can be appealed is that of the court that first ruled on the original application for disclosure, because the "court, person or body" referred to in s. 39.1(7) CEA is the decision-maker — the Court of Québec here — before whom the journalist originally objected to the disclosure. In this case, therefore, the appeal to the Superior Court was the only recourse provided for in and permitted by s. 39.1(10) CEA. In the end, the Court of Appeal stated that it "lack[ed] jurisdiction" to rule on Ms. Denis's appeal (para. 32), but mentioned that she could nonetheless apply for leave to appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26: para. 31.

ne peuvent être obtenus par un autre moyen raisonnable, le juge Émond décide qu'il a été satisfait aux critères de divulgation de l'identité des sources dans le cas des deux reportages de M^{me} Denis. En effet, c'est à tort selon lui que le premier tribunal a conclu que les renseignements recherchés n'étaient pas importants relativement à une question essentielle dans le cadre de l'instance et que leur absence ne justifie pas un arrêt des procédures. Il est plutôt d'avis qu'il s'agit de renseignements importants, « pour ne pas dire capitaux » : par. 137. En conséquence, le juge Émond reformule le dispositif du jugement du premier tribunal et autorise la divulgation par M^{me} Denis de renseignements quant au contenu des deux reportages à l'égard desquels elle connaît l'identité des sources.

C. *Cour d'appel du Québec — 2018 QCCA 611*

[21] Madame Denis interjette appel de la décision du juge Émond devant la Cour d'appel du Québec. Monsieur Côté, pour sa part, présente une requête en rejet de l'appel formé par M^{me} Denis au motif que, suivant sa propre interprétation du libellé du par. 39.1(10) LPC, celle-ci ne dispose d'aucun droit d'appel à la Cour d'appel.

[22] La Cour d'appel accueille la requête de M. Côté en rejet d'appel. Rappelant qu'il n'existe « pas d'appel sans texte » (par. 9 (CanLII)), la Cour d'appel indique que le par. 39.1(10) LPC précise dans quelles circonstances un appel est permis et devant quel tribunal l'appel doit être déposé. Selon la Cour d'appel, il ressort de cette disposition que la décision qui peut être portée en appel ne peut être que celle du tribunal qui s'est prononcé en première instance sur la demande initiale de divulgation, puisque le « tribunal, l'organisme ou la personne » visé au par. 39.1(7) LPC est le décideur devant lequel le journaliste s'est opposé initialement à la divulgation, en l'occurrence la Cour du Québec. L'appel à la Cour supérieure constitue donc en l'espèce le seul recours prévu et permis par le par. 39.1(10) LPC. En définitive, la Cour d'appel se déclare « sans compétence » pour trancher l'appel interjeté par M^{me} Denis (par. 32), mais mentionne que cette dernière peut néanmoins demander l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26 : par. 31.

IV. Analysis

[23] The factual matrix has changed since the decisions of the courts below. In the fall of 2018, at a time when the hearing in this Court was scheduled for that December, the Crown cited new evidence that had recently been brought to its attention and indicated that it could no longer in this Court support the factual framework originally advanced in the Court of Québec and the Superior Court. It obtained an adjournment on that basis. It then sent the Court sealed information that it considered to be protected by the ongoing investigation privilege in order to explain this change in position to the Court. In March 2019, the Crown filed a second motion to adjourn, which was dismissed.

[24] This change of position by the Crown has serious consequences. Its effect is to deprive the Court of a basis in fact that is sufficient for it to adequately assess the Superior Court's decision on the merits, in particular because the Crown is now casting doubt on the fact, assumed to be true until this point, that Ms. Denis's testimony on the identities of her journalistic sources is needed in order to rule on Mr. Côté's motion for a stay of proceedings. This change justifies remanding the case to the court of original jurisdiction in order to have that court conduct anew, once the new evidence has been adduced by the Crown, the analysis required by s. 39.1 CEA. This is an exceptional remedy that is being granted in equally exceptional circumstances. I will not, therefore, proceed to review the merits of the Superior Court's decision. Nevertheless, I feel that it would be appropriate to define the scope of the new s. 39.1 CEA in order to provide decision-makers with guidance on the nature of the new federal scheme and on how it is to be applied.

A. *Appeal Regarding the Jurisdiction of the Court of Appeal*

[25] I would stress from the outset that the Court of Appeal was right to find that, in light of both the provisions and the purposes in question in this case, it did not have jurisdiction to rule on the merits of Ms. Denis's appeal. First, as the Court of Appeal

IV. Analyse

[23] Le contexte factuel a évolué depuis les jugements des juridictions inférieures. En effet, à l'automne 2018, alors que l'audience devant notre Cour doit avoir lieu en décembre, le ministère public invoque des éléments nouveaux récemment portés à sa connaissance et indique ne plus pouvoir soutenir devant cette Cour la trame factuelle initialement avancée devant la Cour du Québec et la Cour supérieure. Il obtient un ajournement sur cette base. Il transmet ensuite à la Cour, sous scellés, des renseignements qu'il estime protégés par le privilège relatif à l'enquête en cours, afin d'éclairer la Cour sur les fondements de ce changement de position. Au mois de mars 2019, le ministère public dépose une seconde demande d'ajournement; celle-ci est refusée.

[24] Ce changement de position du ministère public est lourd de conséquences. Il a pour effet de priver la Cour d'un fondement factuel suffisant pour lui permettre d'évaluer adéquatement la décision de la Cour supérieure sur le fond, notamment parce que le ministère public met maintenant en doute la nécessité, jusqu'ici tenue pour avérée, du témoignage de M^{me} Denis sur l'identité de ses sources journalistiques afin de pouvoir trancher la requête en arrêt des procédures de M. Côté. Ce changement justifie le renvoi de l'affaire au tribunal de première instance, afin qu'il procède à nouveau, une fois la preuve nouvelle communiquée par le ministère public, à l'analyse requise par l'art. 39.1 LPC. Il s'agit d'une réparation exceptionnelle, accordée dans un contexte qui l'est tout autant. Je ne procéderai donc pas à une révision au fond de la décision de la Cour supérieure. Toutefois, je considère qu'il est opportun de tracer les contours du nouvel art. 39.1 LPC, afin d'aiguiller les décideurs sur la nature et les modalités d'application du nouveau régime fédéral.

A. *Pourvoi relatif à la compétence de la Cour d'appel*

[25] D'entrée de jeu, je souligne que la Cour d'appel était bien fondée à conclure qu'elle n'avait pas compétence pour statuer au fond sur l'appel de M^{me} Denis, compte tenu des indices d'ordre textuel et téléologique présents en l'espèce. Premièrement,

pointed out, the right of appeal is a statutory right. It is an exceptional right that cannot exist if no legislation provides for it: C.A., at para. 9. Second, as the Court of Appeal observed, where there are two levels of appeal, as in the case of summary conviction offences, they are provided for in legislation: paras. 11-12.

[26] Finally, I agree with the Court of Appeal that the existence of a single level of appeal is, moreover, consistent with the concern to ensure efficient and expeditious judicial proceedings. This purpose can be seen not only in s. 39.1 CEA, which fixes a short time limit for an appeal and requires that it be heard in a summary way (s. 39.1(11) and (12)), but also in the sections of the CEA on related matters (e.g. objections to the disclosure of confidential information on grounds of a specified public interest, of information relating to international relations, national defence or national security, or of Cabinet confidences), which either make no provision for a right of appeal or reserve the initial decision to the Federal Court or a provincial superior court, thereby specifically excluding the possibility of two levels of review: C.A., at paras. 23-24. The appeal from the Court of Appeal's decision that it lacks jurisdiction must therefore be dismissed.

B. *Appeal Regarding Disclosure of the Sources' Identities*

[27] Section 39.1 CEA, the statutory provision at the heart of this case, was enacted by the *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22 ("JSPA"). Sections 2 and 3 of the JSPA simultaneously amended the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the CEA with respect to two distinct fact scenarios that were until then governed by common law principles. One amendment, the addition of s. 488.01 Cr. C., applied to warrants issued with respect to a journalist's communications or to objects, documents or data relating to or in the possession of a journalist. The other amendment, the addition of s. 39.1 CEA, concerned subpoenas to give testimony or orders to produce documents that are issued to journalists and are likely to reveal the identities of confidential sources. As the majority of this Court

comme l'a rappelé la Cour d'appel, le droit d'appel est un droit d'origine législative. Il s'agit d'un droit exceptionnel, qui ne peut exister en l'absence d'un texte le prévoyant : C.A., par. 9. Deuxièmement, ainsi que l'a indiqué la Cour d'appel, lorsqu'il existe deux paliers d'appel, comme c'est le cas en matière de procédures sommaires, la loi le précise : par. 11-12.

[26] Enfin, à l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que l'existence d'un seul palier d'appel est en outre compatible avec le souci d'assurer l'efficacité et la célérité des procédures judiciaires. Un tel objectif ressort non seulement de l'art. 39.1 LPC, qui fixe un court délai d'appel et prescrit l'application d'une procédure sommaire (par. 39.1(11) et (12)), mais également des dispositions de la LPC régissant des matières connexes (p. ex., les oppositions à la divulgation de renseignements confidentiels d'intérêt public ou portant sur les relations internationales, la défense ou la sécurité nationale, ou encore les renseignements confidentiels du Cabinet) — dispositions qui soit ne prévoient pas de droit d'appel, soit réservent la première décision à la Cour fédérale ou à une cour supérieure provinciale, ce qui a pour effet d'exclure concrètement la possibilité de deux paliers de révision : C.A., par. 23-24. Le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel portant qu'elle n'a pas compétence doit donc être rejeté.

B. *Pourvoi relatif à la divulgation de l'identité des sources*

[27] La disposition législative au cœur du présent litige, l'art. 39.1 LPC, a été édictée par la *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22 (« LPSJ »). Les modifications apportées simultanément au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et à la LPC par les art. 2 et 3 de la LPSJ visent deux scénarios factuels distincts, qui relevaient jusque-là de règles de common law. Une modification, soit l'ajout de l'art. 488.01 C. cr., porte sur les mandats décernés à l'égard de communications d'un journaliste, ou à l'égard d'objets, de documents ou de données concernant un journaliste ou en sa possession. L'autre modification, soit l'adjonction de l'art. 39.1 LPC, concerne les assignations à témoigner ou à produire des documents adressées à des journalistes et susceptibles de révéler l'identité d'une

indicated in the recent case of *R. v. Vice Media Canada Inc.*, 2018 SCC 53, [2018] 3 S.C.R. 374, the purpose of these two amendments was to enhance the protection afforded to the confidentiality of journalistic sources: para. 6.

[28] Only s. 39.1 CEA is at issue in the instant case. It is important to stress that in carrying out its plan to modernize the law by including s. 39.1 in the CEA, Parliament drew upon the various decisions rendered by the Court on this subject over the years. However, it modified the structure of the test and the weights of the identified criteria. Thus, some criteria that were but considerations are now essential conditions, while others have become less important. By this meticulous reorganization, Parliament has created a scheme of new law from which a clear intention emerges: to afford enhanced protection to the confidentiality of journalistic sources in the context of journalists' relations with those sources. Although the clearest illustration of this intention lies in the shifting of the burden of proof provided for in s. 39.1(9) CEA, there are, as I will explain below, a number of other modifications that also attest to it. A brief overview of the two schemes — the old and the new — is needed in order to fully explain the scope of the change.

(1) Former Common Law Scheme

[29] In the scheme developed in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, and *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, the burden of proof was on a journalist who objected to the disclosure of information that might identify a source. The journalist was required to show that the four criteria of the Wigmore test were met: *National Post*, at paras. 50 et seq.

[30] The four Wigmore criteria were described as follows in *National Post*:

First, the communication must originate in a confidence that the identity of the informant will not be disclosed. Second, the confidence must be essential to the relationship

source confidentielle. Comme l'ont indiqué les juges majoritaires de notre Cour dans le récent arrêt *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374, ces deux modifications ont pour but d'accroître la protection accordée à la confidentialité des sources journalistiques : par. 6.

[28] Seul l'art. 39.1 LPC est en cause en l'espèce. Il importe de souligner que, pour réaliser son projet de modernisation du droit en insérant l'art. 39.1 dans la LPC, le Parlement s'est inspiré des diverses décisions rendues par la Cour sur la question au fil des ans. Le législateur a cependant modifié la structure de l'analyse et la prépondérance des critères identifiés. Ainsi, certains critères qui n'étaient que de simples considérations sont désormais des conditions essentielles, alors que d'autres ont vu leur importance diminuer. Par ce minutieux réagencement, le Parlement a créé un régime de droit nouveau, duquel se dégage une intention claire : accorder une protection accrue à la confidentialité des sources journalistiques dans le cadre des rapports qu'entretiennent les journalistes avec ces sources. Si l'illustration la plus manifeste de cette intention réside dans le renversement du fardeau de la preuve prévu au par. 39.1(9) LPC, comme je l'explique plus loin, plusieurs autres modifications en témoignent également. Afin de saisir pleinement la portée du changement, un bref survol des deux régimes — l'ancien et le nouveau — s'impose.

(1) L'ancien régime de common law

[29] Suivant le régime créé par les arrêts *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, et *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, le fardeau de la preuve reposait sur les épaules du journaliste qui s'opposait à la divulgation de renseignements pouvant identifier une source. Celui-ci devait établir que les quatre volets du test de Wigmore étaient respectés : *National Post*, par. 50 et suiv.

[30] Voici comment les quatre volets du test de Wigmore étaient énoncés dans l'arrêt *National Post* :

Premièrement, les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance que l'identité de l'informateur ne serait pas divulguée. Deuxièmement,

in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good (“Sedulous[ly]” being defined . . . as “diligent[ly] . . . deliberately and consciously”). Finally, if all of these requirements are met, the court must consider whether in the instant case the public interest served by protecting the identity of the informant from disclosure outweighs the public interest in getting at the truth. [para. 53]

The first three criteria were essential. If any one of them was not met, the journalist’s objection was certain to fail. But if the first three criteria were all met, the court proceeded to the balancing exercise required by the fourth.

[31] The balancing exercise required by the final criterion was based on a non-exhaustive list of factors, including the nature and the seriousness of the offence under investigation, the importance of the issue to the proceeding, the status of the journalist in the proceeding (third party or party), the probative value of the evidence being sought, the importance of the journalist’s report for the public, and freedom of the press: *National Post*, at paras. 61 et seq.; *Globe and Mail*, at paras. 57 et seq.

(2) New Federal Statutory Scheme

[32] Although the new statutory scheme under s. 39.1 CEA is based on the former common law scheme, it differs from that scheme in significant ways, including a shifting of the burden of proof (s. 39.1(9)), and the adoption of new threshold requirements (the statutory definitions of “journalist” and “journalistic source” (s. 39.1(1))) and the criterion of reasonable necessity (s. 39.1(7)(a)). A few words are also in order on the new balancing exercise provided for in s. 39.1(7)(b) CEA, which is different from the one that was required before the enactment of the new legislation. I will begin by reviewing the new statutory scheme and its various components, after which I will conclude by summarizing the procedure to follow in applying s. 39.1 CEA.

le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l’intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adverbe qui évoque l’application constante et la persévérance [. . .] Enfin, si toutes ces exigences sont remplies, le tribunal doit déterminer si, dans l’affaire qui lui est soumise, l’intérêt public que l’on sert en soustrayant l’identité à la divulgation l’emporte sur l’intérêt public à la découverte de la vérité. [par. 53]

Les trois premiers volets revêtaient un caractère essentiel. En effet, en l’absence de l’un ou l’autre d’entre eux, l’opposition du journaliste était vouée à l’échec. Si les trois premiers volets étaient réunis, le tribunal procédait à la mise en balance requise par le quatrième.

[31] La mise en balance commandée par le dernier volet s’effectuait à l’aide d’une liste non exhaustive de facteurs, dont la nature et la gravité de l’infraction faisant l’objet de l’enquête, l’importance de la question pour l’instance, la qualité du journaliste dans le cadre de l’instance (comme tiers ou comme partie), la valeur probante de l’élément de preuve recherché, l’importance de la nouvelle journalistique pour le public et la liberté de la presse : *National Post*, par. 61 et suiv.; *Globe and Mail*, par. 57 et suiv.

(2) Le nouveau régime légal fédéral

[32] Bien qu’inspiré de l’ancien régime fondé sur la common law, le nouveau régime légal qui figure à l’art. 39.1 LPC présente des différences notables avec ce dernier, dont le renversement du fardeau de la preuve (par. 39.1(9)), l’adoption de nouvelles conditions préalables (soit les définitions légales de « journaliste » et de « source journalistique » (par. 39.1(1))) ainsi que l’état de nécessité raisonnable (al. 39.1(7)a)). Il convient également de dire quelques mots sur le nouvel exercice de pondération prévu à l’al. 39.1(7)b) LPC, qui s’écarte du test de mise en balance qui prévalait avant l’adoption de la nouvelle loi. Je vais d’abord faire un survol du nouveau régime légal et de ses différentes composantes, puis terminer en résumant la marche à suivre pour l’application de l’art. 39.1 LPC.

(a) *Burden of Proof*

[33] The common law scheme included an exceptional privilege against disclosure. Journalists claiming this privilege had to show that it applied on a case-by-case basis. There was thus a presumption in favour of disclosing the identity of a source that applied unless the journalist met the four criteria of the Wigmore test. Where the test under s. 39.1 CEA is concerned, on the other hand, the journalist's only burden is to prove that he or she is a "journalist", and his or her confidential source a "journalistic source", as defined in s. 39.1(1), and if the journalist discharges that burden, it is the other party — the one who seeks the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source — who must then prove that the conditions for judicial authorization of the disclosure are met.

[34] This shifting of the burden of proof is unquestionably the most important difference between the two schemes. If a journalist objects to the disclosure of information on the ground that it is likely to identify a confidential source, non-disclosure should be the starting point for the analysis. It is then up to the party seeking to obtain the information to rebut this presumption. Whereas the applicability of the journalist-source privilege was the exception in the former scheme, it has now become the rule. I note that this allocation of the burden of proof had already been considered in relation to the fourth criterion of the Wigmore test before ultimately being rejected by this Court: see *Globe and Mail*, at para. 24. I also note that the court now has the power to raise on its own initiative the issue of the disclosure, or non-disclosure, of information that is likely to identify a source: s. 39.1(4) CEA. These are two significant differences that illustrate the paradigm shift that has resulted from the enactment of s. 39.1 CEA.

[35] It is not unreasonable to consider that an inadequate protection of sources could contribute to their drying up. Their confidentiality must be protected in order to encourage their contributions and thereby

a) *Le fardeau de la preuve*

[33] Le régime de common law prévoyait un privilège de non-divulgence exceptionnel, dont l'applicabilité devait être démontrée au cas par cas par le journaliste qui le revendique. Il s'agissait donc d'une présomption en faveur de la divulgation de l'identité d'une source, à moins que le journaliste ne parvienne à satisfaire aux quatre volets du test de Wigmore. Par contraste, suivant l'analyse prescrite par l'art. 39.1 LPC, le journaliste a pour seul fardeau d'établir qu'il est un « journaliste » et sa source confidentielle, une « source journalistique », au sens du par. 39.1(1), et, s'il y parvient, il incombe alors à l'autre partie — celle qui souhaite la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique — de faire la preuve des conditions requises pour que le tribunal autorise la divulgation.

[34] Ce renversement du fardeau de la preuve est sans contredit la différence la plus importante entre les deux régimes. Si un journaliste s'oppose à la divulgation d'une information au motif qu'elle est susceptible d'identifier une source confidentielle, la non-divulgence devrait marquer le point de départ de l'analyse. Le fardeau de renverser cette présomption revient à la partie cherchant à obtenir l'information. Alors que sous l'ancien régime, l'applicabilité du privilège journalistique constituait l'exception, elle est maintenant devenue la règle. Je note que cette répartition du fardeau de la preuve avait déjà été envisagée relativement au quatrième volet du test de Wigmore, mais avait ultimement été rejetée par notre Cour : voir *Globe and Mail*, par. 24. Je note également que le tribunal dispose maintenant du pouvoir de soulever d'office la question de la communication, ou de la non-divulgence, d'informations susceptibles d'identifier une source : par. 39.1(4) LPC. Il s'agit de deux différences appréciables qui illustrent le changement de paradigme qu'a entraîné l'édiction de l'art. 39.1 LPC.

[35] Il n'est pas déraisonnable de considérer qu'une protection inadéquate des sources pourrait contribuer à leur tarissement. La protection de leur confidentialité constitue un aspect nécessaire pour

favour the existence of strong and effective investigative journalism.

(b) *Threshold Requirements: Statutory Definitions and Reasonable Necessity*

(i) Statutory Definitions

[36] Parliament took a step that the Court had not taken in its decisions (*National Post*, at paras. 42 et seq.) in choosing to formally define the concepts of “journalist” and “journalistic source”:

39.1 (1) The following definitions apply in this section.

...

journalist means a person whose main occupation is to contribute directly, either regularly or occasionally, for consideration, to the collection, writing or production of information for dissemination by the media, or anyone who assists such a person.

journalistic source means a source that confidentially transmits information to a journalist on the journalist’s undertaking not to divulge the identity of the source, whose anonymity is essential to the relationship between the journalist and the source.

Having the status of a “journalist” and a “journalistic source” within the meaning of the CEA is a threshold requirement for the application of the new scheme. Section 39.1(3) specifies that the word “journalist” includes “an individual who was a journalist when information that identifies or is likely to identify the journalistic source was transmitted to that individual”.

[37] These definitions overlap the first three criteria of the Wigmore test, whose role was essentially to determine whether the relationship at issue could correctly be characterized as being “journalistic”. The third criterion, that of the existence of a relationship that was “sedulously fostered”, was based on the premise that the maintenance of constant relationships between “journalist[s]” and “journalistic

susciter leur contribution et ainsi favoriser l’existence d’un journalisme d’enquête fort et efficace.

b) *Les conditions préalables : définitions légales et état de nécessité raisonnable*

(i) Les définitions légales

[36] Franchissant un pas que la Cour n’avait pas franchi dans sa jurisprudence (*National Post*, par. 42 et suiv.), le Parlement a fait le choix de définir formellement les concepts de « journaliste » et de « source journalistique » :

39.1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

...

journaliste Personne dont l’occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, la rédaction ou la production d’informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne.

source journalistique Source qui transmet confidentiellement de l’information à un journaliste avec son engagement, en contrepartie, de ne pas divulguer l’identité de la source, dont l’anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source.

Le statut de « journaliste » et de « source journalistique » au sens de la LPC est une condition préalable à l’application du nouveau régime. Le paragraphe 39.1(3) précise que le terme « journaliste » comprend « la personne qui était journaliste au moment où un renseignement identifiant ou susceptible d’identifier la source journalistique lui a été transmis ».

[37] Ces définitions recourent les trois premiers éléments du test de Wigmore, lesquels visaient essentiellement à déterminer si la relation en cause pouvait à bon droit être qualifiée de « journalistique ». Le troisième de ces éléments, soit l’existence de rapports « entretenus assidûment », repose sur la prémisse selon laquelle le maintien de rapports assidus entre « journaliste » et « source journalistique » est

source[s]” is generally in the public interest. That being said, as we will see below, this premise does not bar a court, in the course of the balancing exercise, from assessing the importance of this relationship in the context of the actual facts of a specific case, especially where a clear attempt has been made to divert journalism from its legitimate purposes.

[38] At first blush, the definitions of “journalist” and “journalistic source” in the CEA limit the spectrum of persons who can claim the privilege against disclosure. I would stress that nothing in these reasons should be regarded as deciding the question — which, moreover, is not before the Court — whether participants in a public debate who do not fall within the scope of these definitions can nonetheless invoke the common law scheme on this point on a residual basis. This question is beyond the scope of this appeal, and I will therefore not answer it.

(ii) Reasonable Necessity

[39] Once it has been shown that the journalist and his or her journalistic source fall within the statutory definitions of those terms set out in s. 39.1(1) and (3) CEA, another threshold requirement for the court’s balancing exercise must be met: that of reasonable necessity (s. 39.1(7)(a) CEA). An applicant who wishes to obtain the disclosure of information or of a document must establish that the information or document “cannot be produced in evidence by any other reasonable means”.

[40] This criterion based on reasonable necessity existed in the former common law scheme in the context both of search warrants targeting the media (*Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, at pp. 431-32; *Vice Media*, at para. 16) and of the Wigmore test, of which it was one of the relevant factors (*National Post*, at paras. 66-67). Moreover, the idea that particular importance should be attached to this criterion, indeed that it should be an essential condition for the disclosure of confidential information, was expressed in two dissents: *Lessard*, at p. 455, per McLachlin J. (as she then was); see also *National Post*, at paras. 147-49, per

généralement dans l’intérêt public. Cela dit, comme nous le verrons plus loin, ce postulat n’empêche point le tribunal d’apprécier, dans le cadre de l’exercice de pondération, l’importance de ces rapports au regard des faits concrets d’une affaire donnée, notamment dans les cas clairs de tentative de détournement du journalisme de ses fins légitimes.

[38] Les définitions de « journaliste » et de « source journalistique » prévues dans la LPC restreignent à première vue le continuum des personnes pouvant revendiquer le privilège de non-divulgaration. Je souligne que rien dans les présents motifs ne doit être considéré comme ayant pour effet de trancher la question — dont la Cour n’est d’ailleurs pas saisie — de savoir si les participants au débat public qui n’entrent pas dans le champ d’application de ces définitions peuvent néanmoins invoquer, à titre résiduel, le régime de common law sur ce point. Cette question déborde du cadre du présent pourvoi, et je m’abstiendrai en conséquence d’y répondre.

(ii) L’état de nécessité raisonnable

[39] Une fois qu’il a été démontré que le journaliste et sa source journalistique sont visés par les définitions légales de ces termes énoncées aux par. 39.1(1) et (3) LPC, une autre condition préalable à l’exercice de pondération par le tribunal doit être respectée, soit l’existence d’un état de nécessité raisonnable : al. 39.1(7)a) LPC. Il s’agit pour le demandeur qui souhaite obtenir la divulgation d’un renseignement ou d’un document d’établir que ce renseignement ou document « ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable ».

[40] Ce critère fondé sur l’existence d’un état de nécessité raisonnable faisait partie de l’ancien régime de common law, tant en matière de mandats de perquisition visant les médias (*Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, p. 431-432; *Média Vice*, par. 16), que dans le contexte du test de Wigmore, où il figurait parmi les facteurs pertinents (*National Post*, par. 66-67). L’idée que ce critère devait occuper une place de choix, voire constituer une condition *sine qua non* de la divulgation de renseignements confidentiels, avait également été évoquée dans deux opinions dissidentes : *Lessard*, p. 455, la juge McLachlin (plus tard juge en

Abella J. These dissenting reasons seem to have been a source of inspiration for the reasons in *Globe and Mail*, in which the Court held that, although reasonable necessity was not explicitly found to be determinative, a court must determine whether the information is available by any other means. It is thus only as a last resort that a court should “[r]equir[e] a journalist to breach a confidentiality undertaking with a source”: *Globe and Mail*, at paras. 62-63. The fact that the reasonable necessity criterion is provided for in s. 39.1(7)(a) CEA means that it is now a threshold requirement. If the applicant meets this requirement, the court will turn to the core of the analysis required by the new statutory scheme: the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA.

(c) *Balancing Exercise*

[41] The court proceeds to this balancing exercise only after the conditions with respect to the statutory definitions and to the need for the journalist’s participation in order for the information to be obtained are met. Section 39.1(7)(b) CEA, which is in fact the heart of the new statutory scheme, requires that the court decide whether “the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source” in question. The court must take account of the following criteria, among others: (i) “the importance of the information . . . to a central issue in the proceeding” before it; (ii) “freedom of the press”; and (iii) “the impact of disclosure on the journalistic source and the journalist”. In the balancing exercise, the disclosure must be considered in light of the actual circumstances, taking into account, among other things, the conditions that might accompany it: s. 39.1(8) CEA. I will now consider the meaning of these various criteria.

(i) Importance of the Information to a Central Issue in the Proceeding

[42] In the courts below, the parties presented arguments on the meaning to be given to the word

chef du Canada); voir aussi *National Post*, par. 147-149, la juge Abella. Ces opinions semblent avoir inspiré les motifs exposés dans l’arrêt *Globe and Mail*. Dans cette affaire, la Cour a décidé que bien que l’état de nécessité raisonnable ne se soit pas vu reconnaître formellement un caractère déterminant, il est nécessaire que les tribunaux vérifient si les renseignements peuvent être connus par d’autres moyens. Ainsi, ce n’est qu’en dernier recours que les tribunaux doivent « contraindre un journaliste à rompre une promesse de confidentialité faite à une source » : *Globe and Mail*, par. 62-63. Du fait de son inscription à l’al. 39.1(7)a LPC, le critère de l’état de nécessité raisonnable est désormais une condition essentielle. Si le requérant parvient à satisfaire à cette condition préalable, le tribunal passe au cœur de l’analyse prescrite par le nouveau régime légal : la mise en balance requise à l’al. 39.1(7)b) LPC.

c) *L’exercice de mise en balance*

[41] Le tribunal procède à cette mise en balance uniquement après que les conditions relatives aux définitions légales et à la nécessité de la participation du journaliste en vue de l’obtention du renseignement recherché sont respectées. Aux termes de l’al. 39.1(7)b) LPC, qui constitue en effet le cœur du nouveau régime légal, le tribunal doit alors décider si « l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique » en cause. Le tribunal doit tenir compte, notamment, des critères suivants : (i) « l’importance du renseignement [. . .] à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance » en l’espèce; (ii) « la liberté de la presse »; et (iii) les « conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste ». Dans le cadre de l’exercice de mise en balance, la divulgation doit être considérée dans le concret, en tenant compte notamment des conditions qui pourront être assorties à la divulgation : par. 39.1(8) LPC. Examinons maintenant ce que signifient ces divers critères.

(i) L’importance de l’information à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance

[42] Devant les juridictions inférieures, les parties ont débattu du sens à donner au terme « instance »

“proceeding” in s. 39.1(7)(b)(i) CEA. Ms. Denis proposed a broad definition to the effect that the word “proceeding” means the whole of the criminal trial of Mr. Côté and his co-accused, while Mr. Côté replied that this word should instead be interpreted narrowly and that, in this case, the “proceeding” is solely his motion for a stay of proceedings. The Court of Québec and Superior Court judges both agreed with Mr. Côté on this point, and in my opinion, that is the right conclusion.

[43] First of all, I note that it was in the context of his motion for a stay of proceedings that Mr. Côté subpoenaed Ms. Denis. Mr. Côté’s motion is a proceeding that could put an end to the prosecution and prevent a trial from going forward. Furthermore, that motion is based on the “residual” category described in *Babos*, a category that requires evidence of state conduct that risks undermining the integrity of the justice system (a criterion that corresponds to the “public interest in the administration of justice” aspect of the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA). These factors suggest that the “proceeding” (s. 39.1(7)(b)(i) CEA) at issue in this case is Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings. The importance of the information being sought must therefore be assessed in light of the central issues raised in that motion rather than in terms of those of Mr. Côté’s criminal trial as a whole.

[44] Section 39.1(7)(b)(i) CEA introduces two elements: “the importance of the information or document” being sought and “a central issue in the proceeding”. I find that it will be helpful to consider these two elements and their interplay. Where a court must apply this provision, I would suggest that it proceed in stages. It must first be determined whether the issue for which a party seeks to obtain privileged journalistic information is a central issue. The requirement is not that it be “the” central issue in the proceeding, but merely that it be “a” central issue as indicated in the French version of s. 39.1(7)(b)(i) CEA: “. . . *une question essentielle dans le cadre de l’instance*”. Thus, a peripheral issue or one whose consequences for the proceeding are limited would not favour disclosure. Once it has

figurant au sous-al. 39.1(7)(b)(i) LPC. Madame Denis a préconisé une définition large de ce terme, où « l’instance » s’entendrait de l’ensemble du procès criminel de M. Côté et de ses coaccusés, alors que M. Côté a répliqué que ce terme devait plutôt recevoir une interprétation étroite et qu’en l’espèce « l’instance » désigne uniquement sa requête en arrêt des procédures. Les deux premiers juges ont donné raison à M. Côté sur ce point, et j’estime qu’il s’agit de la bonne conclusion.

[43] Il convient d’abord de rappeler que c’est dans le cadre de sa requête en arrêt des procédures que M. Côté a assigné M^{me} Denis à témoigner. Il s’agit d’une procédure susceptible de mettre fin aux poursuites et d’écarter la tenue d’un procès. De plus, cette requête est basée sur la catégorie « résiduelle » décrite dans l’arrêt *Babos*, catégorie requérant la preuve d’une conduite étatique qui risque de miner l’intégrité du système de justice (critère correspondant au facteur de « l’intérêt public dans l’administration de la justice », dans le cadre de la mise en balance requise à l’al. 39.1(7)(b) LPC). Voilà autant de considérations qui tendent à indiquer que « l’instance » (sous-al. 39.1(7)(b)(i) LPC) en cause dans la présente affaire est la requête en arrêt des procédures de M. Côté. L’importance des renseignements recherchés est donc évaluée au regard des questions essentielles que soulève cette requête, plutôt qu’à l’aune de celles visées par le procès criminel de M. Côté dans son ensemble.

[44] Le sous-alinéa 39.1(7)(b)(i) LPC introduit deux éléments, soit « l’importance du renseignement ou du document » recherché et « une question essentielle dans le cadre de l’instance ». J’estime utile d’examiner ces deux éléments et leur interaction. Lorsqu’un tribunal est appelé à appliquer cette disposition, je suggère de procéder par étapes. D’abord, on doit identifier si la question en litige pour laquelle une partie demande des informations journalistiques privilégiées est une question essentielle. La question en litige n’a pas besoin d’être « la » question essentielle de l’instance, mais bien « une » simple question essentielle, comme il est indiqué dans la version anglaise du sous-al. 39.1(7)(b)(i) LPC : « . . . *a central issue in the proceeding* ». Ainsi, une question périphérique ou une question dont l’issue a peu de

been determined that the issue is central to the proceeding, the importance of the information to that issue must then be considered. The more crucial the information being sought is to the resolution of a “central issue” in the proceeding, the more it can be characterized as important and the more the disclosure will be justified. By contrast, information that is quite simply not relevant cannot be characterized as important.

(ii) Freedom of the Press

[45] There is no doubt that the role of the media in our country is unique. By investigating, questioning, criticizing and publishing important information, the media contribute to the existence and maintenance of a free and democratic society. The work of journalists requires accountability for decisions and activities not only from public institutions such as courts (see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326) and governments (see *Globe and Mail*) — thus helping to “fill what has been described as a democratic deficit in the transparency and accountability” of such institutions (*National Post*, at para. 55) — but also from private sector entities (see *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640). By contributing to the free flow of information, journalists also help to ensure “[p]roductive debate” on questions of public interest: *Grant*, at para. 52.

[46] Freedom of the press encompasses the ability of the media to gather information, maintain confidential relationships with journalistic sources and produce and publish news without fear of obstacles to their activities. This Court’s decisions with respect to s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* also confirm the principle that freedom of expression, which includes freedom of the press, protects both those who express ideas and opinions and those who read or hear them: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767; *Edmonton Journal*, at p. 1339; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1006, per McIntyre J., dissenting, but not on this point; *National Post*, at para. 28.

conséquences sur l’instance ne milite pas en faveur de la divulgation. Une fois que le caractère essentiel a été déterminé, il faut évaluer l’importance du renseignement par rapport à ladite question. Plus le renseignement recherché est crucial pour résoudre une « question essentielle » de l’instance, plus celui-ci peut être qualifié d’important et plus la divulgation est justifiée. Au contraire, un renseignement recherché qui n’est tout simplement pas pertinent ne peut être qualifié d’important.

(ii) La liberté de la presse

[45] Il ne fait aucun doute que les médias jouent un rôle unique dans notre pays. En enquêtant, en questionnant, en critiquant et en diffusant des informations d’importance, ils contribuent à l’existence et au maintien d’une société libre et démocratique. Le journalisme oblige à rendre compte de leurs décisions et activités non seulement les institutions publiques tels les tribunaux (voir *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326) et les gouvernements (voir *Globe and Mail*) — œuvrant ainsi à « combler ce qui a été décrit comme un déficit démocratique dans la transparence et l’obligation redditionnelle » de ces institutions (*National Post*, par. 55) —, mais également les acteurs privés (voir *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640). En contribuant à la libre circulation de l’information, le journalisme permet aussi d’assurer un « débat productif » sur les questions d’intérêt public : *Grant*, par. 52.

[46] La liberté de la presse englobe la capacité des médias de recueillir de l’information, d’entretenir des relations confidentielles avec des sources journalistiques et de produire et diffuser des nouvelles, le tout sans crainte d’entrave à leurs activités. La jurisprudence de notre Cour relative à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre de plus le principe suivant lequel la liberté d’expression, ce qui inclut la liberté de la presse, protège autant celui qui exprime des idées et des opinions, que ceux qui en prennent connaissance : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 767; *Edmonton Journal*, p. 1339; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 1006, le juge McIntyre, dissident mais pas sur ce point; *National Post*, par. 28.

[47] In light of these founding values, it is easy to understand why mobilizing a journalist against his or her source is incompatible with freedom of the press. Without whistleblowers and other anonymous sources, it would be very difficult for journalists to perform their important mission. As this Court has rightly pointed out, many important controversies have been unearthed only with the help of sources who would not agree to speak other than on condition of confidentiality: *National Post*, at para. 28. This is why Parliament, fully aware of the possible consequences of disclosure orders both at the individual and the collective levels, clearly recognized by enacting the JSPA, and in particular by adding s. 39.1 to the CEA, that it was in the public interest to provide robust statutory protection to such confidential sources of information. It can in fact be said that without such protection, the public's very right to information would be jeopardized.

[48] It is thus clear that the freedom of the press criterion will quite often weigh against disclosure of the journalistic source's identity. This does not mean, however, that it is entirely inflexible and therefore of little assistance. In fact, given that s. 39.1 CEA is likely to apply in many different circumstances, this criterion will help the court identify news reports that relate fundamentally to the public's right to be informed because, for instance, they are central to the democratic experience of a free society.

[49] For example, it could happen that what motivated the journalistic source to disclose the information seems contrary to the public interest, in which case the court would be justified in paying closer attention to this factor in the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA. Great caution must of course always be exercised in such a case, given that the court asked to rule on such a question does not have the whole picture. That being said, it is possible that an applicant who seeks the disclosure of a journalistic source's identity will submit evidence capable of convincing the court that the source's purpose is contrary to the public interest. One such situation

[47] Au regard de ces valeurs fondatrices, il est aisé de comprendre pourquoi le fait de mobiliser un journaliste contre sa source est en porte-à-faux avec la liberté de la presse. Sans les lanceurs d'alertes et autres sources anonymes, il serait bien difficile pour les journalistes de s'acquitter de leur importante mission. Comme l'a rappelé à juste titre notre Cour, bon nombre de controverses importantes ont été mises au jour uniquement grâce à des sources qui n'ont accepté de parler que sous promesse de confidentialité : *National Post*, par. 28. Voilà pourquoi, pleinement conscient des conséquences potentielles des ordonnances de divulgation, tant sur le plan individuel que collectif, le Parlement a clairement reconnu, par l'adoption de la LPSJ, et surtout par l'ajout de l'art. 39.1 à la LPC, qu'il était dans l'intérêt public d'accorder à ces sources d'information confidentielles une robuste protection légale. En effet, il est possible d'affirmer que, en l'absence d'une telle protection, c'est le droit même du public à l'information qui est mis en péril.

[48] En conséquence, il est évident que le critère de la liberté de la presse militera bien souvent à l'encontre du dévoilement de l'identité de la source journalistique. Cela ne signifie toutefois pas qu'il est totalement dénué de souplesse et en conséquence peu utile. En effet, étant donné que l'art. 39.1 LPC est susceptible de s'appliquer dans une multitude de circonstances, ce critère aide le tribunal à identifier les nouvelles qui relèvent fondamentalement du droit du public à l'information, par exemple parce qu'elles sont au cœur de l'expérience démocratique d'une société libre.

[49] À titre d'exemple, il pourrait arriver que le mobile pour lequel la source journalistique communique l'information paraisse contraire à l'intérêt public, auquel cas le tribunal serait justifié de se pencher sur ce facteur de façon plus particulière dans l'exercice de pondération visé par l'al. 39.1(7)(b) LPC. Une grande prudence sera évidemment toujours de mise dans un tel cas, vu le portrait partiel dont dispose le tribunal appelé à se prononcer sur une telle question. Cela dit, il demeure possible que le requérant souhaitant obtenir la divulgation de l'identité d'une source journalistique soumette une preuve propre à convaincre le tribunal que la source poursuit

might involve the communication of information the source knows to be deliberately false for the purpose of hindering the orderly progress of public business. In such a case, freedom of the press would in the end not have the same weight in the balancing exercise, because upholding that freedom would then be incompatible with the very interests it is intended to protect.

(iii) Impact of Disclosure on the Journalistic Source and on the Journalist

[50] Assessing the impact of disclosure on the journalistic source and on the journalist will be particularly challenging. Parliament made a conscious choice to impose on the applicant (i.e. the person who wishes to obtain the source's identity) the burden of proving that the impact of disclosure will be minimal or insignificant. This choice clearly reflects the fact that disclosing information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source will generally have an adverse impact on the source as well as on the journalist. The risk of such an impact is the very reason for the anonymity of journalistic sources, and the purpose of protecting their confidentiality is to ensure that the fear of legal or social sanctions will not deter them from making situations known where such knowledge would be in the public interest.

[51] Where a journalist objects to the disclosure of information that identifies or is likely to identify a journalistic source, the court will take into account the impact of the disclosure on the source and on the journalist in light of, among other things, the parties' submissions on the context of the case and the nature of the information being sought. Although, as I mentioned in the preceding paragraph, the burden of proof is on the party seeking to obtain the information in question, it goes without saying that the journalist can substantiate his or her objection to the extent that it is possible to do so without thereby compromising the source's anonymity that the objection is in fact intended to protect. It is possible to imagine various scenarios on a graduated scale of degrees of impact on the journalistic source. The impact could take the

une fin contraire à l'intérêt public. Un exemple d'une telle situation pourrait être la communication d'informations que l'on sait être délibérément fausses en vue de nuire au déroulement ordonné des affaires publiques. Au final, dans un tel cas, la liberté de la presse n'aurait pas le même poids dans le cadre de l'exercice de pondération, puisque le respect de cette liberté irait alors à l'encontre des intérêts mêmes qu'elle vise à protéger.

(iii) Les conséquences de la divulgation sur la source journalistique et sur le journaliste

[50] L'appréciation des conséquences de la divulgation sur la source journalistique et sur le journaliste pose un défi particulier. La décision du Parlement d'imposer au requérant (c.-à-d. à celui qui souhaite obtenir l'identité de la source) le fardeau de démontrer que les conséquences de la divulgation sont minimales ou négligeables découle d'un choix réfléchi. Ce choix reconnaît clairement le fait que, en règle générale, la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique emporte des conséquences négatives sur celle-ci ainsi que sur le journaliste. Le risque de telles conséquences est la raison même de l'anonymat des sources journalistiques, et la protection de leur confidentialité vise à faire en sorte que la crainte de sanctions légales ou sociales ne les dissuade pas de dénoncer des situations qu'il est dans l'intérêt du public de connaître.

[51] En cas d'opposition par un journaliste à la divulgation de renseignements identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique, le tribunal tient compte des conséquences de la divulgation sur cette source et sur le journaliste, à la lumière notamment des observations des parties sur le contexte de l'affaire et la nature des renseignements recherchés. Bien que, comme je l'ai indiqué au paragraphe précédent, le fardeau de la preuve incombe à la partie qui demande les renseignements en question, il va de soi que le journaliste pourra étayer son opposition, et ce, dans la mesure où il lui est possible de le faire sans compromettre, ce faisant, l'anonymat de sa source, qu'il s'efforce justement de protéger par son opposition. Il est possible d'imaginer divers scénarios, suivant une gradation ascendante

form of relatively minor personal or professional inconveniences (unwanted publicity, being sidelined at work), of more serious professional and therefore financial consequences (dismissal), of judicial proceedings, and even of violent reprisals.

(iv) Possible Additional Criteria

[52] It should be noted that the list of criteria that are relevant to the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA is not exhaustive, as is expressly indicated by the words “among other things” that are used in that provision. The court is therefore not barred from taking other factors into account, such as certain of the considerations that were formerly applied in relation to the fourth criterion of the Wigmore test. The case law from before the enactment of s. 39.1 CEA remains relevant, although the application of such additional considerations must not have the effect of eclipsing the ones explicitly retained by Parliament. Moreover, it is clear that the required balancing exercise is not a purely mathematical operation and that the weights of the statutory criteria — importance of the information being sought to a central issue in the proceeding, freedom of the press and impact of disclosure on the journalistic source and the journalist — will be assessed on a continuum of varying situations.

[53] Finally, when the court weighs the public interest in the administration of justice against the public interest in preserving the confidentiality of a journalistic source, it must bear in mind that disclosing information that identifies or is likely to identify such a source is an appropriate remedy only where the advantages of doing so outweigh the disadvantages. If the court decides in favour of disclosure, it should, so far as possible, keep the disadvantages of its decision to a strict minimum by accompanying the authorized disclosure with any conditions that are appropriate in the circumstances (s. 39.1(8) CEA), and in particular by limiting the scope of the disclosure.

des conséquences sur la source journalistique. Les conséquences peuvent en effet prendre la forme d’inconvénients d’ordre personnel ou professionnel relativement peu graves (publicité non souhaitée, mise sur la touche au travail), de répercussions plus sérieuses professionnellement (congédiement) et de ce fait financièrement, de poursuites judiciaires et même de représailles violentes.

(iv) Les critères additionnels possibles

[52] Rappelons que la liste des considérations pertinentes dans le cadre de la mise en balance requise par l’al. 39.1(7)b) LPC n’est pas exhaustive, comme l’indique expressément le mot « notamment » figurant dans cette disposition. Rien n’empêche donc le tribunal de considérer d’autres facteurs, par exemple certains des critères qui étaient appliqués auparavant au quatrième volet du test de Wigmore. La jurisprudence élaborée avant l’adoption de l’art. 39.1 LPC demeure pertinente. Cependant, le recours à de tels critères additionnels ne doit pas avoir pour effet d’éclipser ceux explicitement retenus par le Parlement. Par ailleurs, il est évident que la mise en balance requise ne constitue pas une opération purement mathématique et que le poids des critères légaux — à savoir l’importance du renseignement recherché à l’égard d’une question essentielle dans le cadre de l’instance, la liberté de la presse et les conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste — s’appréciera sur un continuum de situations variées.

[53] Enfin, lorsqu’il soupèse l’intérêt public dans l’administration de la justice et l’intérêt public à préserver la confidentialité d’une source journalistique, le tribunal doit garder à l’esprit que la divulgation des renseignements identifiant ou susceptibles d’identifier une telle source constitue un remède approprié uniquement dans les cas où les avantages qu’elle présente dépassent ses inconvénients. Si le tribunal décide en faveur de la divulgation, les inconvénients d’une telle décision devraient, autant que faire se peut, être réduits au strict minimum en assortissant la divulgation autorisée des conditions indiquées dans les circonstances (par. 39.1(8) LPC), notamment en limitant l’étendue de la divulgation.

(d) *Summary of the Steps to Take in Applying Section 39.1 CEA*

[54] As I mentioned above, although s. 39.1 CEA is based on several elements of the former common law scheme, the scheme it establishes is new law. Under the new scheme, enhanced protection is afforded to the anonymity of journalistic sources, and the party seeking the disclosure of information that identifies or is likely to identify such a source bears the burden of proof in this regard. If it has been shown that the case concerns a “journalist” and a “journalistic source” as defined in s. 39.1(1) and (3) CEA, the court may not authorize the disclosure of such information unless the party seeking its disclosure shows that the condition based on reasonable necessity (s. 39.1(7)(a) CEA) is met and that the balancing exercise under s. 39.1(7)(b) CEA weighs in favour of disclosure. I will now summarize the steps to take in applying these provisions.

(i) Threshold Requirements1. *Application of the Definitions of “Journalist” and “Journalistic Source”*

[55] The person objecting to the disclosure must show that he or she is a “journalist” as defined in s. 39.1(1) CEA (or a former journalist to whom s. 39.1(3) CEA applies) and that the source is a “journalistic source” as defined in s. 39.1(1) CEA.

2. *Reasonable Necessity*

[56] The party seeking the disclosure of information or a document that identifies or is likely to identify a journalistic source must show that the disclosure is reasonably necessary, that is, that the information being sought (i.e. the source’s identity) “cannot be produced in evidence by any other reasonable means”: s. 39.1(7)(a) CEA. If this is not shown, the case is closed, and the application for disclosure will be dismissed.

d) *Résumé de la démarche applicable à l’égard de l’art. 39.1 LPC*

[54] Comme je l’ai indiqué plus tôt, bien qu’inspiré de plusieurs éléments de l’ancien régime de common law, l’art. 39.1 LPC instaure un régime de droit nouveau. Celui-ci confère une protection accrue à l’anonymat des sources journalistiques et impose à la partie qui demande la divulgation de renseignements identifiant ou susceptibles d’identifier une telle source le fardeau de la preuve à cet égard. En effet, lorsqu’il a été démontré que l’affaire concerne un « journaliste » et une « source journalistique » au sens des définitions énoncées aux par. 39.1(1) et (3) LPC, le tribunal ne peut autoriser la divulgation de tels renseignements que si la partie qui en demande la divulgation démontre que la condition fondée sur l’existence d’un état de nécessité raisonnable (al. 39.1(7)a) LPC est remplie et que la mise en balance requise par l’al. 39.1(7)b) LPC milite en faveur de la divulgation. Voici un résumé de la démarche à suivre pour l’application de ces dispositions.

(i) Les conditions préalables1. *Respect des définitions de « journaliste » et de « source journalistique »*

[55] La personne qui s’oppose à la divulgation doit démontrer qu’elle est un « journaliste » au sens du par. 39.1(1) LPC (ou un ancien journaliste visé au par. 39.1(3) LPC), et que sa source est une « source journalistique » au sens du par. 39.1(1) LPC.

2. *L’état de nécessité raisonnable*

[56] La partie qui demande la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d’identifier une source journalistique doit démontrer l’existence d’un état de nécessité raisonnable, à savoir que le renseignement recherché (c.-à-d. l’identité de la source) « ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable » : al. 39.1(7)a) LPC. Si elle ne parvient pas à faire cette démonstration, cela met fin aux débats et la demande de divulgation est rejetée.

(ii) Balancing Exercise

[57] If the party seeking the disclosure of information meets the requirement of reasonable necessity set out in s. 39.1(7)(a) CEA, he or she must then convince the court, in accordance with s. 39.1(7)(b), that “the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source”. This balancing exercise requires considering, on the one hand, the importance of the document or information being sought to a central issue in the proceeding and, on the other hand, the impact on freedom of the press and on the journalist and the source. To be successful, a party must convince the court that the document or information at issue is so important that this balancing exercise weighs in favour of disclosure.

V. Appropriate Order in This Case

[58] The Crown’s change of position has no impact where the Court of Appeal’s decision on the jurisdiction issue is concerned. This issue is resolved in Mr. Côté’s favour, and Ms. Denis’s appeal against the Court of Appeal’s decision is dismissed.

[59] As for the Superior Court’s decision on the merits, this Court notes the Crown’s abandonment of its original position with respect to Mr. Côté’s motion for a stay of proceedings and, by extension, of its position with respect to the application of s. 39.1 CEA: see affidavit in support of the Crown’s first motion to adjourn, at para. 22.

[60] In the courts below, the Crown claimed that the leaks had come from people at low levels of the government hierarchy who wanted to cause harm to the government and that, as a result, the information being sought by having Ms. Denis testify was of no consequence given that the motion was therefore certain to fail. It now maintains that the disclosure of new information alters the factual matrix as presented in the courts below. It stated in the factum it

(ii) L’exercice de mise en balance

[57] Si la partie sollicitant la divulgation des renseignements satisfait à la condition de l’état de nécessité raisonnable fixée à l’al. 39.1(7)a LPC, elle doit alors convaincre le tribunal, conformément à l’al. 39.1(7)b), que « l’intérêt public dans l’administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique ». Il s’agit d’un exercice de pondération prenant en compte d’un côté l’importance du document ou du renseignement recherché à l’égard d’une question essentielle de l’instance et de l’autre les impacts sur la liberté de la presse et les conséquences sur le journaliste et la source. Pour réussir, une partie doit convaincre le tribunal que l’importance du document ou du renseignement dans un cas donné est telle que cette mise en balance milite en faveur de la divulgation.

V. Ordonnance appropriée en l’espèce

[58] Le changement de position du ministère public n’a pas d’incidence sur la décision de la Cour d’appel concernant la question de la compétence. Cette question est tranchée en faveur de M. Côté, et le pourvoi formé par M^{me} Denis à l’encontre de la décision de la Cour d’appel est rejeté.

[59] Pour ce qui est de la décision sur le fond rendue par la Cour supérieure, la Cour note la répudiation par le ministère public de sa position initiale relativement à la requête en arrêt des procédures de M. Côté et, par extension, de celle qu’il défendait relativement à l’application de l’art. 39.1 LPC : voir l’affidavit au soutien de la première requête en ajournement déposée par le ministère public, par. 22.

[60] Devant les juridictions inférieures, le ministère public prétendait que les fuites étaient le fait d’individus de rang peu élevé dans la hiérarchie étatique et cherchant à nuire à l’État, et que, de ce fait, le renseignement qu’on souhaitait obtenir en faisant témoigner M^{me} Denis était sans importance puisque la requête était dès lors vouée à l’échec. Il soutient désormais que la communication de renseignements nouveaux est de nature à modifier le cadre factuel

filed in this Court that the investigation begun by the Ministère de la Sécurité publique in October 2018 [TRANSLATION] “is still under way [and that that investigation] is producing results that are directly relevant to the *Babos* motion brought by the respondent”: Crown’s factum (“CF”), at para. 16. The Crown added that these results “are liable to shed relevant light on . . . the availability of other reasonable means to produce the information in evidence”: CF, at para. 17; see also para. 20. This change of position by the Crown thus precludes appellate review of the Superior Court’s decision on the merits.

[61] The case must be remanded to the application judge pending completion of the investigation into the media leaks in order to safeguard the parties’ rights. It is possible, as the Crown suggests, that after the case is remanded to the court of original jurisdiction, Mr. Côté will be in a position to examine new witnesses (other than Ms. Denis) and add evidence in support of his *Babos* motion. His application to examine Ms. Denis would thus become [TRANSLATION] “moot” (CF, at para. 22), as it would not meet the necessity criterion under s. 39.1(7)(a), and the rights of all the parties would then be safeguarded. As LeBel J. noted in *Globe and Mail*, “[r]equiring a journalist to breach a confidentiality undertaking with a source should be done only as a last resort”: para. 63.

[62] The Crown has undertaken to communicate to the parties, [TRANSLATION] “as soon as possible”, a “substantial portion of the results of the investigation” into the media leaks: CF, at para. 22. It goes without saying that the existence of other procedures — such as an eventual application for disclosure of this evidence — and the Crown’s obligation to justify delays in excess of the ceiling established in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, are serious inducements to communicate those results as soon as possible.

[63] Remanding the case to the application judge means that the parties must be restored to the

tel que présenté devant les juridictions inférieures. En effet, il a affirmé dans le mémoire qu’il a déposé devant notre Cour que l’enquête déclenchée en octobre 2018 par le ministère de la Sécurité publique « se poursuit toujours [et] produit des fruits directement pertinent[s] à la requête de type *Babos* présentée par l’intimé » : mémoire du ministère public (« MMP »), par. 16. Il a ajouté que ces fruits « sont de nature à apporter un éclairage pertinent sur [. . .] la disponibilité d’autres moyens raisonnables pour mettre en preuve le renseignement » : MMP, par. 17; voir aussi par. 20. Ce changement de position du ministère public fait donc obstacle à l’examen en appel de la décision de la Cour supérieure sur le fond.

[61] Le renvoi de l’affaire devant le juge de première instance en attendant la fin de l’enquête sur les fuites médiatiques est nécessaire pour s’assurer que les droits des parties sont sauvegardés. En effet, à la suite du renvoi de l’affaire en première instance, il est possible, comme le mentionne le ministère public, que M. Côté soit à même d’interroger de nouveaux témoins (autres que M^{me} Denis) et d’ajouter à la preuve étayant sa requête de type *Babos*. Ainsi, la demande de celui-ci en vue d’interroger M^{me} Denis deviendrait « caduque » (MMP, par. 22), puisqu’elle ne satisferait pas au critère de nécessité prévu à l’al. 39.1(7)a), et les droits de toutes les parties s’en trouveraient alors sauvegardés. Comme l’a souligné le juge LeBel dans l’arrêt *Globe and Mail*, « [l]es tribunaux ne devraient contraindre un journaliste à rompre une promesse de confidentialité faite à une source qu’en dernier recours » : par. 63.

[62] Le ministère public s’est engagé à communiquer « dès que possible » aux parties une « part significative des fruits de l’enquête » sur les fuites médiatiques : MMP, par. 22. Il va de soi que l’existence d’autres recours tel le dépôt éventuel d’une demande de communication de cette preuve, ainsi que l’obligation qu’a le ministère public de justifier les délais dépassant le plafond établi dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, constituent de sérieux incitatifs à procéder à cette communication dans les meilleurs délais.

[63] En raison du renvoi de l’affaire devant le juge de première instance, il est nécessaire de remettre les

positions they were in before the decisions of the courts below. The Superior Court's order authorizing the disclosure of information must therefore be set aside. The application judge must review the entire case, including the Crown's new evidence, assessing it in light of the principles established by this Court on the scope and application of s. 39.1 CEA before ruling on the legality of the subpoena served on Ms. Denis.

[64] In conclusion, the Crown's change of position is serious enough to justify an intervention by this Court. As a result, Ms. Denis's appeal against the Superior Court's decision on the merits is allowed in part, the order authorizing disclosure is set aside, and the case is remanded to the court of original jurisdiction for reconsideration once the new evidence resulting from the investigation has been communicated.

[65] Given the qualified success of the parties, and in light of the unusual circumstances of these two appeals that I have described above, I would order that the parties bear their own costs in this Court and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

[66] ABELLA J. (dissenting) — The *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22, is legislation of “historic weight” (*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at p. 2740 (Hon. Claude Carignan)). Through the *Act*, Parliament clearly asserted its intention to provide journalists with more robust statutory protections than existed under the common law.

[67] The legislation was a response to revelations in the fall of 2016 that police in Quebec had for years been surveilling journalists (*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 86, 1st Sess., 42nd Parl., December 12, 2016, at pp. 2056-59 (Hon. André Pratte); vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at

parties dans l'état dans lequel elles étaient avant le prononcé des jugements des instances inférieures. Alors, l'ordonnance de la Cour supérieure autorisant la divulgation des renseignements doit être infirmée. Le juge de première instance devra revoir tout le dossier, incluant la preuve nouvelle du ministère public, évaluée à l'aune des enseignements de cette Cour sur la portée et l'application de l'art. 39.1 LPC, avant de se prononcer sur la légalité de l'assignation à témoigner signifiée à M^{me} Denis.

[64] En conclusion, le changement de position du ministère public est suffisamment sérieux pour justifier l'intervention de notre Cour. En conséquence, le pourvoi de M^{me} Denis visant la décision de la Cour supérieure sur le fond est accueilli en partie, l'ordonnance qui autorise la divulgation est infirmée et l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour réexamen lorsque les éléments de preuve nouveaux découlant de l'enquête auront été communiqués.

[65] Compte tenu du succès relatif obtenu par les parties, et à la lumière des circonstances inhabituelles de ces deux pourvois, circonstances que j'ai déjà décrites, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie assume ses propres dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs rendus par

[66] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22, est une mesure législative ayant une « valeur historique » (*Débats du Sénat*, vol. 150, n^o 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2740 (l'hon. Claude Carignan)). Au moyen de cette loi, le Parlement a clairement affirmé son intention de fournir aux journalistes des protections légales plus robustes que celles qui existaient sous le régime de la common law.

[67] La loi en question était la réponse du législateur aux révélations faites à l'automne 2016 selon lesquelles des journalistes avaient, pendant des années, fait l'objet d'une surveillance policière au Québec (*Débats du Sénat*, vol. 150, n^o 86, 1^{re} sess., 42^e lég., 12 décembre 2016, p. 2056-2059 (l'hon. André

pp. 2738-39 (Hon. Claude Carignan); *Debates of the House of Commons*, vol. 148, No. 191, 1st Sess., 42nd Parl., June 9, 2017, at pp. 12447-48 (Marco Mendicino); Quebec, *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques (Chamberland Report, 2017)*). The scandal galvanized multi-party support for the protection of journalistic sources that would extend well beyond the existing common law regime. The *Act* was adopted unanimously by the House of Commons on October 4, 2017, and received Royal Assent on October 18.

[68] The Senate debates over the legislation left little doubt about its purpose:

Journalists and their sources benefitted somewhat from the ruling in the *Globe and Mail* case. Today, with Bill S-231, their rights will be strengthened by legislation.

(*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at p. 2739 (Hon. Claude Carignan))

[69] Even a cursory review of the new legislation confirms that its pre-eminent purpose was to enhance protection for journalistic sources. The legislation, among other things, amended the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, by adding s. 39.1. Most notably, s. 39.1(9) of the *CEA* specifies that authorization is available *only* if the party requesting the disclosure has proven the conditions set out in s. 39.1(7)(a) and (b). Those conditions are:

- There is no other reasonable means of getting the information;
- and
- The public interest in preserving the confidentiality of journalistic sources is outweighed by the public interest in the administration of justice.

Pratte); vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2738-2739 (l'hon. Claude Carignan); *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 191, 1^{re} sess., 42^e lég., 9 juin 2017, p. 12447-12448 (Marco Mendicino); Québec, *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques (rapport Chamberland, 2017)*). Le scandale a galvanisé les parlementaires et suscité un appui multipartite en faveur d'une protection des sources journalistiques allant bien au-delà de celle offerte par le régime de common law existant. La *Loi* a été adoptée à l'unanimité par la Chambre des communes le 4 octobre 2017 et a reçu la sanction royale le 18 octobre.

[68] Les débats du Sénat sur cette mesure législative ne laissent guère de doute quant à l'objet de celle-ci :

Les journalistes et leurs sources ont bénéficié de certaines avancées dans le cadre de l'arrêt *Globe and Mail*. Aujourd'hui, avec le projet de loi S-231, ils ont l'occasion de voir leurs droits renforcés dans la législation.

(*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2739 (l'hon. Claude Carignan))

[69] Même un examen superficiel de la nouvelle loi confirme que son objet prépondérant était d'accroître la protection accordée aux sources journalistiques. La loi a, entre autres, modifié la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, par l'adjonction de l'art. 39.1. Plus particulièrement, le par. 39.1(9) de la *LPC* précise qu'une autorisation peut être accordée *uniquement* si la partie qui demande la divulgation a démontré que les conditions énoncées aux al. 39.1(7)a) et b) sont remplies. Ces conditions sont les suivantes :

- il n'y a aucun autre moyen raisonnable d'obtenir les renseignements,
- et
- l'intérêt public à préserver la confidentialité des sources journalistiques est surpassé par l'intérêt public dans l'administration de la justice.

The burden is on the party seeking disclosure to demonstrate that *both* branches of this test are met before disclosure can be authorized.

[70] The dual burden on the party seeking disclosure under s. 39.1(7) is a marked departure from the former common law regime, which had placed the onus on the journalist to satisfy the court that the identity of the source should not be revealed (*R. v. National Post*, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 60). This created an onerous hurdle for journalists (Benjamin Oliphant, “Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee” (2013), 59 *McGill L.J.* 283, at pp. 325-26). Concerned that Canada was “lagging behind [other countries] when it [came] to protecting sources”, those promoting the legislation sought to remove this burden and limit the disclosure of confidential sources to

exceptional, grave and serious situations where the public interest will dictate that the protection must be lifted and the source’s identity disclosed. In other cases, the public interest will dictate that anonymity must be maintained.

(*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 110, 1st Sess., 42nd Parl., April 6, 2017, at pp. 2737-38 (Hon. Claude Carignan) (Emphasis added.))

[71] Far from requiring an even balancing of interests, therefore, the new scheme anticipates that absent exceptional circumstances, a presumption of protection for journalistic sources will prevail.

[72] While I accept that the factual terrain in this appeal may have shifted, the legal foundation for the Superior Court of Quebec’s conclusion that authorization was appropriate, is unsustainable in light of the language and purposes of the *Act*. The Superior Court effectively placed a burden on the journalist to demonstrate why she should not be forced to reveal her sources, rather than requiring the party seeking disclosure to prove why those sources should be revealed (2018 QCCS 1138, at paras. 113-14 and 160-62). Moreover, the Superior Court applied the

C’est à la partie sollicitant la divulgation qu’incombe le fardeau de démontrer qu’il a été satisfait aux *deux* volets de cette analyse pour que la divulgation puisse être autorisée.

[70] Le double fardeau qui incombe, aux termes du par. 39.1(7), à la partie sollicitant la divulgation constitue un écart marqué par rapport à l’ancien régime de common law, lequel imposait aux journalistes le fardeau de convaincre le tribunal que l’identité de la source ne devrait pas être révélée (*R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 60). Ce fardeau créait un obstacle important pour les journalistes (Benjamin Oliphant, « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283, p. 325-326). Craignant que le Canada ne « fa[ss]e figure de cancre [par rapport à d’autres pays] en matière de protection des sources », les tenants de la loi ont cherché à faire éliminer ce fardeau et limiter la divulgation des sources confidentielles aux

situations exceptionnelles, graves et sérieuses où l’intérêt public dictera qu’il faut lever la protection et divulguer l’identité de la source. Dans d’autres cas, l’intérêt public dictera qu’il faut maintenir l’anonymat.

(*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 110, 1^{re} sess., 42^e lég., 6 avril 2017, p. 2737-2738 (l’hon. Claude Carignan) (Italique ajouté.))

[71] En conséquence, loin d’exiger une mise en balance équilibrée des intérêts en jeu, le nouveau régime prévoit qu’en l’absence de circonstances exceptionnelles, la présomption de protection des sources journalistiques aura préséance.

[72] Bien que je reconnaisse que les assises factuelles du présent pourvoi peuvent avoir changé, le fondement juridique de la conclusion de la Cour supérieure du Québec selon laquelle l’autorisation était indiquée est insoutenable à la lumière du libellé et des objectifs de la *Loi*. La Cour supérieure a effectivement imposé à la journaliste le fardeau de démontrer pourquoi elle ne devrait pas être contrainte de révéler l’identité de ses sources, plutôt que d’obliger la partie sollicitant la divulgation à prouver pourquoi l’identité des sources en question devrait être

new legislation in a way that mirrored, rather than departed from, the old common law and failed to recognize the paramount objective of protecting journalistic sources (paras. 74-77 and 81).

[73] Given these fundamental legal errors in the interpretation and application of the legislation, I would set aside the disclosure authorization issued against the journalist, Marie-Maude Denis, and quash the subpoena.

APPENDIX

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5

39.1 (1) The following definitions apply in this section.

document has the same meaning as in section 487.011 of the *Criminal Code*.

journalist means a person whose main occupation is to contribute directly, either regularly or occasionally, for consideration, to the collection, writing or production of information for dissemination by the media, or anyone who assists such a person.

journalistic source means a source that confidentially transmits information to a journalist on the journalist's undertaking not to divulge the identity of the source, whose anonymity is essential to the relationship between the journalist and the source.

(2) Subject to subsection (7), a journalist may object to the disclosure of information or a document before a court, person or body with the authority to compel the disclosure of information on the grounds that the information or document identifies or is likely to identify a journalistic source.

(3) For the purposes of subsections (2) and (7), **journalist** includes an individual who was a journalist when information that identifies or is likely to identify the journalistic source was transmitted to that individual.

(4) The court, person or body may raise the application of subsection (2) on their own initiative.

révélée (2018 QCCS 1138, par. 113-114 et 160-162). De plus, la Cour supérieure a appliqué la nouvelle loi d'une manière qui reflétait l'ancienne common law — et non qui s'en écartait —, et elle n'a pas reconnu l'objectif primordial que constitue la protection des sources journalistiques (par. 74-77 et 81).

[73] Compte tenu de ces erreurs de droit fondamentales dans l'interprétation et l'application de la loi, j'infirmes l'autorisation de divulgation émise contre la journaliste Marie-Maude Denis et j'annulerai l'assignation à comparaître.

ANNEXE

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5

39.1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

document S'entend au sens de l'article 487.011 du *Code criminel*.

journaliste Personne dont l'occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, la rédaction ou la production d'informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne.

source journalistique Source qui transmet confidentiellement de l'information à un journaliste avec son engagement, en contrepartie, de ne pas divulguer l'identité de la source, dont l'anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source.

(2) Sous réserve du paragraphe (7), un journaliste peut s'opposer à divulguer un renseignement ou un document auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements pour le motif que le renseignement ou le document identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique.

(3) Pour l'application des paragraphes (2) et (7), **journaliste** comprend la personne qui était journaliste au moment où un renseignement identifiant ou susceptible d'identifier la source journalistique lui a été transmis.

(4) Le tribunal, l'organisme ou la personne peut soulever l'application du paragraphe (2) de sa propre initiative.

(5) When an objection or the application of subsection (2) is raised, the court, person or body shall ensure that the information or document is not disclosed other than in accordance with this section.

(6) Before determining the question, the court, person or body must give the parties and interested persons a reasonable opportunity to present observations.

(7) The court, person or body may authorize the disclosure of information or a document only if they consider that

(a) the information or document cannot be produced in evidence by any other reasonable means; and

(b) the public interest in the administration of justice outweighs the public interest in preserving the confidentiality of the journalistic source, having regard to, among other things,

(i) the importance of the information or document to a central issue in the proceeding,

(ii) freedom of the press, and

(iii) the impact of disclosure on the journalistic source and the journalist.

(8) An authorization under subsection (7) may contain any conditions that the court, person or body considers appropriate to protect the identity of the journalistic source.

(9) A person who requests the disclosure has the burden of proving that the conditions set out in subsection (7) are fulfilled.

(10) An appeal lies from a determination under subsection (7)

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court;

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a superior court of the province;

(c) to the Federal Court from a determination of a court, person or body vested with power to compel

(5) Lorsqu'une opposition ou l'application du paragraphe (2) est soulevée, le tribunal, l'organisme ou la personne veille à ce que le renseignement ou le document ne soit pas divulgué, sauf en conformité avec le présent article.

(6) Avant de décider la question, le tribunal, l'organisme ou la personne donne aux parties et aux personnes intéressées une occasion raisonnable de présenter des observations.

(7) Le tribunal, l'organisme ou la personne ne peut autoriser la divulgation du renseignement ou du document que s'il estime que les conditions suivantes sont réunies :

(a) le renseignement ou le document ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable;

(b) l'intérêt public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique, compte tenu notamment :

(i) de l'importance du renseignement ou du document à l'égard d'une question essentielle dans le cadre de l'instance,

(ii) de la liberté de la presse,

(iii) des conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste.

(8) La décision rendue en vertu du paragraphe (7) peut être assortie des conditions que le tribunal, l'organisme ou la personne estime indiquées afin de protéger l'identité de la source journalistique.

(9) Il incombe à la personne qui demande la divulgation de démontrer que les conditions énoncées au paragraphe (7) sont remplies.

(10) L'appel d'une décision rendue en vertu du paragraphe (7) se fait :

(a) devant la Cour d'appel fédérale, s'agissant d'une décision de la Cour fédérale;

(b) devant la cour d'appel d'une province, s'agissant d'une décision d'une cour supérieure de la province;

(c) devant la Cour fédérale, s'agissant d'une décision d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne

production by or under an Act of Parliament if the court, person or body is not established under a law of a province; or

(d) to the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(11) An appeal under subsection (10) shall be brought within 10 days after the date of the determination appealed from or within any further time that the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

(12) An appeal under subsection (10) shall be heard and determined without delay and in a summary way.

Appeal from the decision of the Quebec Court of Appeal dismissed. Appeal from the decision of the Superior Court of Quebec allowed in part, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Canadian Broadcasting Corporation, Montréal.

Solicitor for the respondent: Jacques Larochelle avocat inc., Québec.

Solicitor for the intervener Her Majesty The Queen: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitors for the interveners Fédération professionnelle des journalistes du Québec, the Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Freedom of Expression and Reporters Without Borders: Gowling WLG, Montréal.

Solicitors for the intervener La Presse (2018) Inc.: Chenette, Boutique de litige inc., Montréal.

investi du pouvoir de contraindre à la production de renseignements sous le régime d'une loi fédérale qui ne constitue pas un tribunal, un organisme ou une personne régi par le droit d'une province;

d) devant la division ou le tribunal de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne a compétence, dans les autres cas.

(11) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (10) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais le tribunal d'appel peut le proroger s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(12) L'appel interjeté en vertu du paragraphe (10) est entendu et tranché sans délai et selon une procédure sommaire.

Pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel du Québec rejeté. Pourvoi contre la décision de la Cour supérieure du Québec accueilli en partie, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Société Radio-Canada, Montréal.

Procureur de l'intimé : Jacques Larochelle avocat inc., Québec.

Procureur de l'intervenante Sa Majesté la Reine : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.

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

Procureurs des intervenantes la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, l'Association canadienne des journalistes, Canadian Journalists for Freedom of Expression et Reporters sans frontières : Gowling WLG, Montréal.

Procureurs de l'intervenante La Presse (2018) Inc. : Chenette, Boutique de litige inc., Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais, Toronto; Jamie Cameron, Toronto.

Solicitors for the interveners the AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. and Vice Studio Canada Inc.: Borden Ladner Gervais, Vancouver; Linden & Associates Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais, Toronto; Jamie Cameron, Toronto.

Procureurs des intervenantes AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association, CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc. et Vice Studio Canada Inc. : Borden Ladner Gervais, Vancouver; Linden & Associates Professional Corporation, Toronto.

Randolph (Randy) Fleming *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Ontario, Provincial Constable Kyle Miller of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Rudy Bracnik of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Jeffrey Cudney of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Michael C. Courty of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Steven C. Lorch of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable R. Craig Cole of the Ontario Provincial Police and Provincial Constable S. M. (Shawn) Gibbons of the Ontario Provincial Police *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Canadian Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Association of Chiefs of Police, Canadian Association for Progress in Justice and Canadian Constitution Foundation *Interveners*

INDEXED AS: FLEMING v. ONTARIO

2019 SCC 45

File No.: 38087.

2019: March 21; 2019: October 4.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Police — Powers — Common law power of arrest — Breach of peace — Counter-protestor, acting lawfully, arrested to prevent apprehended breach of peace by others — Counter-protestor charged with obstructing police officer but charge later withdrawn — Counter-protestor filing statement of claim against Province and police officers seeking general damages for assault and battery,

Randolph (Randy) Fleming *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario, agent Kyle Miller de la Police provinciale de l'Ontario, agent Rudy Bracnik de la Police provinciale de l'Ontario, agent Jeffrey Cudney de la Police provinciale de l'Ontario, agent Michael C. Courty de la Police provinciale de l'Ontario, agent Steven C. Lorch de la Police provinciale de l'Ontario, agent R. Craig Cole de la Police provinciale de l'Ontario et agent S. M. (Shawn) Gibbons de la Police provinciale de l'Ontario *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureure générale du Québec, Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des chefs de police, Canadian Association for Progress in Justice et Canadian Constitution Foundation *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : FLEMING c. ONTARIO

2019 CSC 45

N° du greffe : 38087.

2019 : 21 mars; 2019 : 4 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

Police — Pouvoirs — Pouvoir d'arrestation en common law — Violation de la paix — Arrestation d'un contre-manifestant agissant en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres — Contre-manifestant accusé d'entrave au travail d'un policier, mais retrait ultérieur de l'accusation — Poursuite intentée par le contre-manifestant contre la province et les policiers en

wrongful arrest and false imprisonment, aggravated or punitive damages and damages for violation of various constitutional rights — Whether police have common law power to arrest someone acting lawfully in order to prevent apprehended breach of peace by others.

F was arrested while walking to a counter-protest flag rally organized in response to Six Nations protestors' occupation of a piece of Crown land. The police became aware of the flag rally in the months preceding it and had developed an operational plan, given the contentious atmosphere in the community which had on numerous occasions culminated in violent clashes between the two sides. The plan included keeping protestors and counter-protestors apart, and flag rally counter-protestors were informed that they were not allowed on the occupied property. When the police spotted F walking on the shoulder of the road running along the occupied property, they headed toward him with the intention of placing themselves between him and the entrance to the property. To avoid the police vehicles, F stepped onto the occupied property, which appeared to cause a reaction in a group of protestors, some of whom began moving toward him. An officer then approached F and told him he was under arrest to prevent a breach of the peace. When F refused to drop the flag he was carrying, he was forced to the ground, handcuffed, placed in an offender transport unit van, moved to a jail cell and released two and a half hours later. The Crown eventually withdrew the charge of obstructing a police officer which had been laid against F for resisting his arrest. F subsequently filed a statement of claim against the Province and the police officers who had been involved in his arrest. He claimed general damages for assault and battery, wrongful arrest and false imprisonment, as well as aggravated or punitive damages and damages for violation of his rights under ss. 2(b), 7, 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. F was successful at trial, but a majority of the Court of Appeal set aside the award of damages on the basis that the police had the authority at common law to arrest him. The Court of Appeal ordered a new trial solely on the issue of excessive force. F appeals to the Court on the issue of whether the police acted lawfully in arresting him, and on whether a new trial should have been ordered on the question of excessive force.

dommages-intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration, en dommages-intérêts majorés ou punitifs, et en dommages-intérêts pour violation de divers droits constitutionnels — Les policiers ont-ils en common law le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation de la paix par d'autres?

F a été arrêté alors qu'il se rendait à pied à un rallye du drapeau organisé pour protester contre l'occupation d'une terre de la Couronne par des manifestants membres de la première nation Six Nations. La police a eu connaissance que le rallye du drapeau s'organisait dans les mois qui l'ont précédé et a mis au point un plan opérationnel étant donné l'ambiance conflictuelle qui régnait dans la communauté et qui avait souvent donné lieu à des affrontements violents entre les deux camps. Le plan opérationnel prévoyait notamment que les manifestants et les contre-manifestants ne devaient pas se mêler les uns aux autres, et les participants au rallye du drapeau ont été informés qu'ils ne seraient pas autorisés à pénétrer sur les terres occupées. Lorsque les policiers ont remarqué que F marchait sur l'accotement de la rue qui longeait les terres occupées, ils se sont dirigés vers lui dans l'intention de s'interposer entre lui et l'entrée des terres. Afin d'éviter les véhicules de la police, F a mis les pieds sur les terres occupées, ce qui a semblé causer une réaction dans un groupe de manifestants, dont certains ont commencé à se diriger vers lui. Un agent s'est alors approché de F et lui a dit qu'il était en état d'arrestation pour prévenir une violation de la paix. Lorsque F a refusé de laisser tomber le drapeau qu'il transportait, il a été forcé de s'allonger sur le sol, menotté, mis à bord d'un véhicule de transport de contrevenants, amené dans une cellule et remis en liberté deux heures et demie plus tard. En fin de compte, l'accusation d'entrave au travail d'un policier portée contre F parce qu'il avait résisté à son arrestation a été retirée par le ministère public. Subséquemment, F a intenté une poursuite contre la province et les policiers qui avaient participé à son arrestation. Il a demandé des dommages-intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration ainsi que des dommages-intérêts majorés ou punitifs et des dommages-intérêts pour violation des droits qui lui sont garantis par l'al. 2b) et les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au terme de son procès, F a obtenu un jugement en sa faveur, mais les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé l'octroi des dommages-intérêts adjugés puisque, selon eux, les policiers avaient le pouvoir en common law d'arrêter F. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès uniquement sur la question du recours à une force excessive. F interjette appel devant la Cour pour que celle-ci détermine si les policiers ont agi légalement lorsqu'ils l'ont arrêté et pour qu'elle se prononce sur le bien-fondé de la décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur la question de la force excessive.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's order restored.

F's arrest was not authorized by law, and there is no basis for intervening in the trial judge's conclusion that the Province and the police were liable for battery for their use of force in unlawfully arresting him. As a result, no new trial is needed on the issue of excessive force.

To determine whether a particular police action that interferes with individual liberty is authorized at common law, the ancillary powers doctrine must be applied. At the preliminary step of the analysis, the police power that is being asserted and the liberty interests that are at stake must be clearly defined. The analysis then proceeds in two stages. First, the court must ask whether the police conduct at issue falls within the general scope of a statutory or common law police duty. Second, the court must determine whether the conduct involves a justifiable exercise of police powers associated with that duty. At the second stage, the court must ask whether the police action is reasonably necessary for the fulfillment of the duty. There are three factors to be weighed in answering that question: (1) the importance of the performance of the duty to the public good, (2) the necessity of the interference with individual liberty for the performance of the duty, and (3) the extent of the interference with individual liberty. Throughout the analysis, the onus is always on the state.

The second stage of the ancillary powers doctrine must always be applied with rigour to ensure that the state has satisfied its burden of demonstrating that the interference with individual liberty is justified and necessary. The standard of justification must be commensurate with the fundamental rights at stake, and in the unique context of a purported power of arrest such as the one in the present case, that standard is especially stringent for a number of reasons. First, the purported power would enable the police to interfere with the liberty of someone acting lawfully. Such a power is extraordinary in nature and it is especially important for the court to guard against intrusions on the liberty of persons who are neither accused nor suspected of committing any crime. Second, the purported police power is preventative, and the court must be very cautious about authorizing police actions merely because an unlawful or disruptive act could occur. Vague or overly permissive standards in such situations would sanction profound intrusions on liberty with little societal benefit. Third, because the purported power of arrest would generally not

Arrêt : L'appel est accueilli et l'ordonnance de la juge de première instance est rétablie.

L'arrestation de F n'était pas autorisée par la loi et il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle la province et les policiers étaient responsables de voies de fait pour avoir utilisé la force lors de son arrestation illégale. La tenue d'un nouveau procès n'est donc pas nécessaire pour examiner la question de l'utilisation d'une force excessive.

Pour déterminer si une action policière particulière qui a pour effet de restreindre la liberté d'un individu est autorisée en common law, il faut appliquer la doctrine des pouvoirs accessoires. À l'étape préliminaire de l'analyse, le pouvoir policier invoqué ainsi que les droits relatifs à la liberté en cause doivent être clairement définis. L'analyse se fait ensuite en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si la conduite policière en question s'inscrit dans le cadre général d'un devoir policier statuaire ou en common law. Deuxièmement, le tribunal doit déterminer si la conduite constitue un exercice justifiable des pouvoirs policiers afférents à ce devoir. À la deuxième étape, le tribunal doit se demander si la conduite des policiers est raisonnablement nécessaire pour accomplir le devoir. Il faut sopeser trois facteurs pour répondre à cette question : (1) l'importance que présente l'accomplissement de ce devoir pour l'intérêt public, (2) la nécessité de l'atteinte à la liberté individuelle pour l'accomplissement de ce devoir, et (3) l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle. Tout au long de l'analyse, le fardeau de la preuve repose sur l'État.

La deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires doit toujours être appliquée avec rigueur pour veiller à ce que l'État s'acquitte de son fardeau de démontrer que l'atteinte à la liberté individuelle est justifiée et nécessaire. La norme de justification doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause et, dans le contexte unique d'un présumé pouvoir d'arrestation comme celui dont il est question dans la présente cause, la norme est particulièrement rigoureuse pour plusieurs raisons. Premièrement, le présumé pouvoir autoriserait les policiers à porter atteinte à la liberté d'un individu qui agit en toute légalité. Un tel pouvoir serait de nature extraordinaire et il est particulièrement important que les tribunaux protègent les individus contre les restrictions à leur liberté lorsqu'ils ne sont ni accusés ni soupçonnés d'avoir commis une infraction. Deuxièmement, le présumé pouvoir policier en est un de prévention, et les tribunaux doivent faire preuve d'une grande prudence quant au fait d'autoriser les actions policières uniquement parce qu'un acte illégal ou perturbateur pourrait être commis. Des normes vagues

result in charges, judicial oversight of its exercise would be rare. As a result, any standard outlined at the outset would have to be clear and highly protective of liberty.

In the present case, the purported police power is a power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by others. It targets individuals who are not suspected of being about to break any law or to initiate any violence themselves, in situations in which the police nonetheless believe that arresting the individuals in question will prevent a breach of the peace from occurring. The proposed power would involve substantial *prima facie* interference with significant liberty interests. Indeed, few police actions interfere with an individual's liberty more than arrest — an action which completely restricts the person's ability to move about in society free from state coercion. It would have a direct impact on a constellation of rights that are fundamental to individual freedom in our society, and it would directly undermine the expectation of all individuals, in the lawful exercise of their liberty, to live their lives free from coercive interference by the state.

This purported power falls within the general scope of the police duties of preserving the peace, preventing crime and protecting life and property recognized at common law. Preventing breaches of the peace, which entail violence and a risk of harm, is plainly related to those duties.

However, the purported police power is not reasonably necessary for the fulfillment of those relevant duties. While preserving the peace and protecting people from violence are immensely important, and while there may be exceptional circumstances in which some interference with liberty is required in order to prevent a breach of the peace, an arrest cannot be justified under the ancillary powers doctrine. There is already a statutory power of arrest that can be exercised should an individual resist or obstruct an officer taking other, less intrusive measures. In addition, the mere fact that a police action was effective cannot be relied upon to justify its being taken if it interfered with an individual's liberty. If the police can reasonably attain the same result by taking an action that intrudes less on liberty, a more intrusive measure will

ou trop permissives dans de telles situations auraient pour effet d'autoriser des atteintes importantes à la liberté, qui auraient par ailleurs peu d'avantages pour la société. Troisièmement, puisque le présumé pouvoir d'arrestation n'entraînerait généralement pas le dépôt d'accusations, les tribunaux se pencheraient rarement sur son exercice. Pour cette raison, toute norme établie devrait d'entrée de jeu être claire et assurer une grande protection du droit à la liberté.

En l'espèce, le pouvoir invoqué est celui d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres. Il vise des individus qui ne sont pas eux-mêmes soupçonnés d'être sur le point d'enfreindre la loi ou de commettre un acte de violence, dans des situations où néanmoins, aux yeux des policiers, l'arrestation de ces individus permettrait de prévenir une violation de la paix. Ce pouvoir proposé donnerait lieu à première vue à une atteinte importante aux droits fondamentaux relatifs à la liberté. En fait, il existe peu d'actions policières qui portent davantage atteinte à la liberté d'un individu qu'une arrestation — une action qui restreint complètement la capacité d'une personne de se déplacer dans l'espace public, sans coercion de l'État. Il toucherait directement une panoplie de droits qui sont fondamentaux pour la liberté individuelle dans notre société et il minerait directement l'attente de tous les individus de pouvoir, dans l'exercice légal de leur liberté, vivre leur vie sans interférence coercitive de la part de l'État.

Ce présumé pouvoir relève de la portée générale des devoirs policiers de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens reconnus par la common law. La prévention de violations de la paix, qui supposent de la violence et un risque de préjudice, est directement liée à ces devoirs.

Cependant, le présumé pouvoir policier n'est pas raisonnablement nécessaire pour l'accomplissement des devoirs pertinents. S'il est vrai que préserver la paix et protéger les gens contre la violence sont des devoirs extrêmement importants, et s'il se peut qu'il existe de rares circonstances dans lesquelles une certaine atteinte à la liberté est nécessaire pour prévenir une violation de la paix, une arrestation ne peut être justifiée au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il existe déjà un pouvoir d'arrestation statutaire qui peut être exercé si un individu résiste ou fait entrave au travail d'un policier qui recourt à d'autres mesures moins intrusives. En outre, on ne peut se fonder sur le simple fait qu'une action policière ait été efficace pour justifier qu'elle ait été prise si elle a porté atteinte à la liberté d'un individu.

not be reasonably necessary no matter how effective it may be. An intrusion upon liberty should be a measure of last resort.

As there is no common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by others, the police in this case did not have lawful authority to arrest F. The trial judge specifically found that F had not done anything unlawful before being arrested; there was no evidence before her that he had committed any offence in walking along the street, entering the occupied property or standing there with his Canadian flag. Nor was there evidence that he had himself been about to commit an indictable offence or a breach of the peace. The Province and the police have not sought to challenge that finding on appeal, nor have they cited or relied on any statutory power to arrest F. They rely entirely on a common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by other persons — a power that does not exist. In light of this conclusion, a new trial on the issue of excessive force is not necessary. As the police were not authorized at common law to arrest F, no amount of force would have been justified for the purpose of accomplishing that task.

Cases Cited

Applied: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; **referred to:** *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721; *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *Figueiras v. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. (on the application of Hicks) v. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374; *R. (on the application of Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91; *R. v. Knowlton*, [1974] S.C.R. 443; *R. v. C.E.*, 2009

Si les policiers peuvent raisonnablement atteindre le même résultat en prenant une mesure qui porte moins atteinte à la liberté, une mesure plus intrusive ne sera pas raisonnablement nécessaire, quelle que soit son efficacité. Une atteinte à la liberté devrait être une mesure de dernier recours.

Comme il n'existe aucun pouvoir en common law d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres, les policiers n'avaient pas l'autorité légale d'arrêter F en l'espèce. La juge du procès a spécifiquement conclu que F n'avait rien fait d'illégal avant d'être arrêté; aucune preuve dans le dossier ne démontrait qu'il avait commis une infraction en marchant le long de la rue, en pénétrant sur les terres occupées ou en se trouvant debout avec son drapeau canadien. Aucune preuve ne démontrait non plus qu'il était lui-même sur le point de commettre un acte criminel ou de violer la paix. La province et la police n'ont pas cherché à contester cette conclusion en appel et n'ont pas non plus invoqué de pouvoir statutaire, ni ne se sont fondées sur un tel pouvoir, pour arrêter F. Ils se fondent entièrement sur un pouvoir en common law d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres individus — un pouvoir qui n'existe pas. Compte tenu de cette conclusion, la tenue d'un nouveau procès sur la question de la force excessive n'est pas nécessaire. Comme les policiers n'étaient pas autorisés par la common law à arrêter F, aucune force n'aurait été justifiée aux fins d'accomplir cette tâche.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Henco Industries Ltd. c. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. (on the application of Hicks) c. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374; *R. (on the application of Laporte) c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91; *R. c. Knowlton*, [1974] R.C.S. 443; *R. c. C.E.*, 2009 NSCA

NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391; *Bibby v. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin v. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *O’Kelly v. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8, 9, 15.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25(1), 31(1), 65, 86, 129, 264.1 to 269, 270, 430, 495(1)(a).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34(1)(a).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42(1)(a).

Authors Cited

Burchill, John. “A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law” (2018), 41 *Man. L.J.* 161.
 Ceyskens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1. Salt Spring Island, B.C.: Earls court Legal Press, 1994 (loose-leaf updated December 2018, release 34).
 Coughlan, Steve, and Glen Luther. *Detention and Arrest*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
 Esmonde, Jackie. “The Policing of Dissent: The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations” (2002), 1 *J.L. & Equality* 246.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).
 Jochelson, Richard. “Ancillary Issues with *Oakes*: The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory” (2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 355.
 Williams, Glanville L. “Arrest for Breach of the Peace”, [1954] *Crim. L.R.* 578.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk, Huscroft and Nordheimer JJ.A.), 2018 ONCA 160, 140 O.R. (3d) 684, 420 D.L.R. (4th) 728, 45 C.C.L.T. (4th) 244, [2018] O.J. No. 841 (QL), 2018 CarswellOnt 2369 (WL Can.), setting aside a decision of Carpenter-Gunn J. of the Ontario Superior Court of Justice, No. 11-26190, dated September 22, 2016. Appeal allowed.

Michael Bordin and Jordan Diacur, for the appellant.

79, 279 N.S.R. (2d) 391; *Bibby c. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin c. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *O’Kelly c. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8, 9, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 25(1), 31(1), 65, 86, 129, 264.1 à 269, 270, 430, 495(1)a).
Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 34(1)a).
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 42(1)a).

Doctrine et autres documents cités

Burchill, John. « A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law » (2018), 41 *Man. L.J.* 161.
 Ceyskens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1, Salt Spring Island (B.C.), Earls court Legal Press, 1994 (loose-leaf updated December 2018, release 34).
 Coughlan, Steve, and Glen Luther. *Detention and Arrest*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
 Esmonde, Jackie. « The Policing of Dissent : The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations » (2002), 1 *J.L. & Equality* 246.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).
 Jochelson, Richard. « Ancillary Issues with *Oakes* : The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2013), 43 *R.D. Ottawa* 355.
 Williams, Glanville L. « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L.R.* 578.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Cronk, Huscroft et Nordheimer), 2018 ONCA 160, 140 O.R. (3d) 684, 420 D.L.R. (4th) 728, 45 C.C.L.T. (4th) 244, [2018] O.J. No. 841 (QL), 2018 CarswellOnt 2369 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Carpenter-Gunn de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, n° 11-26190, datée du 22 septembre 2016. Pourvoi accueilli.

Michael Bordin et Jordan Diacur, pour l’appelant.

Judie Im, Sean Hanley, Baaba Forson and Ayah Barakat, for the respondents.

Anne M. Turley and Zoe Oxaal, for the intervener the Attorney General of Canada.

Éric Cantin and Stéphane Rochette, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Sean Dewart, Adrienne Lei and Tim Gleason, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Louis Strezos and Michelle M. Bidduph, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Bryant Mackey, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Ryan D. W. Dalziel and Kayla Strong, for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice.

Brandon Kain and Adam Goldenberg, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

The judgment of the Court was delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] On May 24, 2009, officers of the Ontario Provincial Police (“O.P.P.”) arrested the appellant, Randolph (Randy) Fleming, in Caledonia, Ontario. He had committed no crime. He had broken no law. He was not about to commit any offence, harm anyone, or breach the peace. In essence, the O.P.P. officers claimed to have arrested Mr. Fleming for his own protection. The question before this Court is whether Mr. Fleming’s arrest was lawful.

[2] Police officers are tasked with fulfilling many important duties in Canadian society. These include preserving the peace, preventing crime, and

Judie Im, Sean Hanley, Baaba Forson et Ayah Barakat, pour les intimés.

Anne M. Turley et Zoe Oxaal, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Éric Cantin et Stéphane Rochette, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Sean Dewart, Adrienne Lei et Tim Gleason, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Louis Strezos et Michelle M. Bidduph, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Bryant Mackey, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Ryan D. W. Dalziel et Kayla Strong, pour l’intervenante Canadian Association for Progress in Justice.

Brandon Kain et Adam Goldenberg, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] Le 24 mai 2009, des agents de la Police provinciale de l’Ontario (« P.P.O. ») ont arrêté l’appelant, Randolph (Randy) Fleming, à Caledonia, en Ontario. Il n’avait commis aucun crime ni enfreint aucune loi. Il n’était pas sur le point de commettre une infraction, de blesser quiconque ou de violer la paix. Essentiellement, les agents de la P.P.O. ont affirmé avoir arrêté M. Fleming pour sa propre sécurité. La question dont la Cour est saisie est celle de savoir si cette arrestation était légale.

[2] Les policiers sont chargés de s’acquitter de nombreux devoirs importants dans la société canadienne. Ils doivent, entre autres, maintenir la paix,

protecting life and property. The execution of these duties sometimes necessitates interference with the liberty of individuals. However, a free and democratic society cannot tolerate interference with the rights of law-abiding people as a measure of first resort. There is a line that cannot be crossed. The rule of law draws that line. It demands that, when intruding on an individual's freedom, the police can only act in accordance with the law.

[3] In most cases, police powers are clearly outlined in statutes enacted by legislatures. But statute law is not the only source of police powers. This Court has long held that the common law may also serve this role in certain circumstances.

[4] When our courts are asked to recognize new common law police powers, it is important to keep in mind the words of La Forest J. in *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, that “it does not sit well for the courts, as the protectors of our fundamental rights, to widen the possibility of encroachments on these personal liberties” (p. 57).

[5] The common law has long striven to defend individuals against abuses of state power. The courts of this country, as custodians of the common law, must act cautiously when asked to use it to authorize actions that interfere with individual liberty. This is never truer than in cases like the one at bar, in which the exercise of the police power in question would restrict lawful activities of individuals. In such circumstances, the courts must apply the test for common law police powers with particular stringency so as to ensure that any powers that might result in intrusions on liberty are in fact necessary.

[6] The respondents in this case, the Province of Ontario and seven named O.P.P. officers, do not rely on any statute to justify the lawfulness of their arrest of Mr. Fleming. Instead, they argue that their actions

prévenir le crime et protéger la vie des personnes et les biens. L'exécution de ces devoirs requiert parfois de porter atteinte à la liberté de certains individus. Une société libre et démocratique ne peut toutefois tolérer que l'on porte atteinte aux droits des individus qui respectent la loi comme mesure de premier recours. Il y a une limite à ne pas franchir et cette limite est établie par la primauté du droit. Celle-ci exige que les policiers qui portent atteinte à la liberté d'un individu agissent en conformité avec la loi.

[3] Dans la plupart des cas, les pouvoirs des policiers sont clairement énoncés dans des lois adoptées par les assemblées législatives. La législation n'est cependant pas la seule source de ces pouvoirs. La Cour reconnaît depuis longtemps que, dans certaines circonstances, ils peuvent également être conférés par la common law.

[4] Lorsqu'on demande aux tribunaux de reconnaître de nouveaux pouvoirs policiers en common law, il est important de garder à l'esprit ce que le juge La Forest a déclaré dans l'arrêt *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36 : « . . . il n'est pas du ressort des tribunaux, à titre de protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles » (p. 57).

[5] Depuis longtemps, la common law cherche à protéger les individus contre les abus du pouvoir étatique. Les tribunaux du Canada, en tant que gardiens de la common law, doivent agir avec prudence lorsqu'on leur demande de se fonder sur elle pour autoriser des actes qui ont pour effet de porter atteinte à la liberté individuelle. Cela n'est jamais aussi vrai que dans les cas, comme celui qui nous occupe, où l'exercice du pouvoir policier en cause limiterait les activités licites d'un individu. Dans de telles circonstances, les tribunaux doivent appliquer de manière particulièrement rigoureuse le test pour juger de l'existence d'un pouvoir policier en common law afin de s'assurer que tout pouvoir susceptible de porter atteinte à la liberté est réellement nécessaire.

[6] Les intimés en l'espèce, soit la province de l'Ontario et sept agents désignés de la P.P.O., n'invoquent aucune loi pour établir la légalité de l'arrestation de M. Fleming. Ils plaident plutôt que leur

were authorized at common law by application of the ancillary powers doctrine that was originally laid down by the United Kingdom Court of Criminal Appeal in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, at pp. 660-62. They claim that, according to that doctrine, there is a common law police power to arrest an individual in Mr. Fleming's circumstances in order to prevent an apprehended breach of the peace. In essence, the respondents propose a common law power to arrest individuals who have not committed any offence, who are not about to commit any offence, who have not already breached the peace and who are not about to breach the peace themselves. For the purposes of these reasons and for the sake of simplicity, I will refer to this power as the power to "arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace".

[7] As I will explain, no such power exists at common law. The ancillary powers doctrine does not give the police a power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace. A drastic power such as this that involves substantial interference with the liberty of law-abiding individuals would not be reasonably necessary for the fulfillment of the police duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property. This is particularly so given that less intrusive powers are already available to the police to prevent breaches of the peace from occurring.

[8] In this case, Mr. Fleming's arrest was not authorized by law. The O.P.P. officers had no power of arrest in the circumstances on May 24, 2009. As a result, Mr. Fleming's arrest was unlawful, and I would allow his appeal.

II. Facts

[9] This case has its origins in a longstanding land dispute between the Crown and the First Nation of Six Nations of the Grand River. That dispute resulted, in February 2006, in the occupation by Six Nations

conduite était autorisée en common law par application de la doctrine des pouvoirs accessoires initialement établie par la Cour d'appel criminelle du Royaume-Uni dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, p. 660-662. Selon eux, en vertu de cette doctrine, il existe un pouvoir policier en common law d'arrêter un individu dans la situation de M. Fleming pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Essentiellement, les intimés proposent que la common law reconnaisse un pouvoir d'arrêter des individus qui n'ont commis aucune infraction, qui ne sont pas sur le point d'en commettre une, qui n'ont pas encore violé la paix, et qui ne sont pas eux-mêmes sur le point de la violer. Pour les fins des présents motifs et par souci de simplicité, je vais faire référence à ce pouvoir comme au pouvoir « d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix ».

[7] Comme je l'expliquerai, un tel pouvoir n'existe pas en common law. La doctrine des pouvoirs accessoires ne confère pas aux policiers le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Un pouvoir aussi intrusif que celui proposé, qui donne lieu à une atteinte considérable à la liberté d'individus qui respectent la loi, n'est pas raisonnablement nécessaire pour que les policiers s'acquittent de leur devoir de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens. Cela est particulièrement le cas, compte tenu de l'existence de pouvoirs moins intrusifs auxquels les policiers peuvent déjà recourir pour prévenir les violations de la paix.

[8] En l'espèce, l'arrestation de M. Fleming n'était pas autorisée par la loi. Les agents de la P.P.O. ne jouissaient pas d'un pouvoir d'arrestation dans les circonstances du 24 mai 2009. Par conséquent, l'arrestation en cause était illégale et j'accueillerais le pourvoi.

II. Faits

[9] La présente affaire découle d'un conflit foncier de longue date entre la Couronne et la première nation Six Nations de la rivière Grand. Ce conflit a mené à l'occupation, en février 2006, par des manifestants

protestors of a piece of land in Caledonia known as Douglas Creek Estates (“D.C.E.”) (I will refer to this group of protesters as the “D.C.E. Protesters”). In the course of the protest, some D.C.E. Protesters also hung Indigenous flags along Argyle Street, which runs in front of the property. In June of that year, the Crown purchased D.C.E. and permitted the D.C.E. Protesters to continue to occupy the property. The early stages of the dispute were discussed in detail by the Ontario Court of Appeal in *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721.

[10] The occupation of D.C.E. sparked other groups in the community to organize counter-protests against the occupation and against the response of the Ontario government and the O.P.P. The contentious atmosphere in the community culminated in violent clashes between the two sides. On numerous occasions, the O.P.P., including many of the respondent officers, were called in to deal with the violence. Police lines and buffer zones were occasionally used to allow the two groups to demonstrate peacefully near one another. The violence peaked in 2006, but declined steadily after that.

[11] One counter-protest group decided to hold a “flag rally” on May 24, 2009 to protest the occupation of D.C.E., the flying of Indigenous flags along Argyle Street and the O.P.P.’s actions. The plan for the rally was that participants would march south on Argyle Street and raise a Canadian flag across the street from D.C.E.’s front entrance.

[12] The O.P.P. became aware of the flag rally in the months preceding it and developed an operational plan. The goal of the plan was to ensure public safety while allowing all groups to express themselves peacefully. The operational plan was developed in accordance with O.P.P. policies, including the Framework for Police Preparedness for Aboriginal Critical Incidents (“Aboriginal Critical Incidents Framework”). The Aboriginal Critical Incidents Framework is a policy document that provides

des Six Nations, d’un lopin de terre à Caledonia appelé les domaines de Douglas Creek (« D.D.C. ») (je désignerai ce groupe comme les « manifestants des D.D.C. »). Au cours de l’occupation, certains de ces manifestants ont aussi suspendu des drapeaux autochtones en bordure de la rue Argyle, qui longe le devant des terres. En juin de cette année-là, la Couronne a acheté les D.D.C. et a autorisé les manifestants à continuer d’occuper les terres. Les premières étapes du conflit ont aussi été traitées en détail par la Cour d’appel de l’Ontario dans la décision *Henco Industries Ltd. c. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721.

[10] L’occupation des D.D.C. a incité d’autres groupes de la communauté à organiser des contre-manifestations pour s’opposer à l’occupation ainsi qu’à la réponse du gouvernement de l’Ontario et de la P.P.O. L’ambiance conflictuelle qui régnait dans la communauté a donné lieu à des affrontements violents entre les deux camps. À de nombreuses reprises, la P.P.O. — y compris plusieurs des agents intimés — a été appelée pour mettre fin à la violence. À l’occasion, la police a eu recours à des cordons policiers et des zones tampons pour permettre aux deux groupes de manifester de manière pacifique à proximité l’un de l’autre. La violence a atteint un sommet en 2006 et est en déclin depuis.

[11] L’un des groupes de contre-manifestants a décidé d’organiser un « rallye du drapeau » le 24 mai 2009 afin de manifester contre l’occupation des D.D.C., l’installation de drapeaux autochtones sur la rue Argyle et les actes de la P.P.O. Selon le plan pour ce rallye, les participants devaient descendre la rue Argyle vers le sud et hisser un drapeau canadien en face de l’entrée des D.D.C.

[12] La P.P.O. a eu connaissance que le rallye du drapeau s’organisait dans les mois qui l’ont précédé et a mis au point un plan opérationnel. Celui-ci visait à assurer la sécurité publique tout en permettant à tous les groupes de s’exprimer pacifiquement. Le plan opérationnel a été élaboré conformément aux politiques de la P.P.O., y compris le Cadre de référence pour la préparation des services policiers en cas d’incident critique concernant les Autochtones (« Cadre en cas d’incident critique concernant les

guidance to the police for managing relationships with Indigenous peoples. It applies “before, during and after any Aboriginal related critical incident where the source of conflict may stem from assertions associated with Aboriginal or treaty rights”, such as “a demonstration in support of a land claim” (A.R., vol. V, at p. 50). In addition, the officer in charge of developing the operational plan met with members of the local Indigenous community, the city council, and the flag rally organizers.

[13] Ultimately, the O.P.P. determined that the flag rally participants and the D.C.E. Protesters should be kept apart and that no flag rally participants would be permitted to enter D.C.E. The O.P.P. thus informed the organizers of the flag rally that they would not be allowed on D.C.E. land. However, no police line or buffer zone was put in place on the day of the rally. The operational plan included two public order units, each with about 30 officers, that were to be present in Caledonia on May 24.

[14] Mr. Fleming was a resident of Caledonia who intended to participate in the flag rally in order to express his views about the contentious issues surrounding the D.C.E. occupation. On the day of the rally, Mr. Fleming began walking north along Argyle Street towards the place where it was to be held, where he planned to meet up with the rest of the participants, who were marching from the opposite direction. He was carrying a Canadian flag on a 40- to 42-inch wooden pole.

[15] As Mr. Fleming walked on the shoulder of Argyle Street, one of the O.P.P. squads — including the respondent officers — was driving north on the street in three vehicles: two minivans, one marked and one unmarked, and an offender transport unit van. The officers spotted Mr. Fleming as they drove past him, turned around and headed towards his location with the intention of placing themselves between him and the entrance to D.C.E.

Autochtones »). Il s’agit d’un document stratégique qui fournit aux policiers une orientation sur la façon de gérer les relations avec les peuples autochtones. Il s’applique [TRADUCTION] « avant, pendant et après tout incident critique concernant les Autochtones lorsque la source du conflit peut découler de revendications de droits ancestraux ou issus de traités », par exemple une « manifestation à l’appui d’une revendication territoriale » (d.a., vol. V, p. 50). En outre, l’agent responsable de l’élaboration du plan opérationnel a consulté la collectivité autochtone locale, le conseil municipal et les organisateurs du rallye du drapeau.

[13] En fin de compte, la P.P.O. a jugé que les participants au rallye et les manifestants des D.D.C. ne devaient pas se mêler les uns aux autres et décidé qu’aucun des participants au rallye du drapeau ne serait autorisé à pénétrer sur les terres des D.D.C. La P.P.O. a donc informé les organisateurs du rallye du drapeau de cette décision. Cependant, aucun cordon policier n’a été installé et aucune zone tampon n’a été établie le jour du rallye. Le plan opérationnel prévoyait notamment la présence, le 24 mai, de deux unités de maintien de l’ordre public à Caledonia, chacune comptant une trentaine d’agents.

[14] Monsieur Fleming était un résident de Caledonia qui entendait participer au rallye du drapeau afin d’exprimer son point de vue sur les questions litigieuses entourant l’occupation des D.D.C. Le jour du rallye, il a commencé à marcher en direction nord sur la rue Argyle, vers l’emplacement où devait se tenir le rallye et où il prévoyait rejoindre le reste des participants qui se déplaçaient dans la direction opposée. Il transportait un drapeau canadien attaché à un mât en bois de 40 à 42 pouces.

[15] Alors que M. Fleming marchait sur l’acrotère de la rue Argyle, une des escouades de la P.P.O. — dont faisaient partie les agents intimés — remontait la rue vers le nord dans trois véhicules : deux fourgonnettes, dont une banalisée, et un véhicule de transport de contrevenants. Les agents ont remarqué M. Fleming lorsqu’ils sont passés à côté de lui. Ils ont rebroussé chemin et se sont dirigés vers lui dans l’intention de s’interposer entre lui et l’entrée des D.D.C.

[16] Mr. Fleming saw the vans as they moved to the shoulder of the road and continued to drive fast towards him. To avoid the approaching vehicles, he moved off the shoulder, walking down into a grassy ditch, up the opposite side and over a low fence onto D.C.E. property. He claimed to have crossed the fence in order to get to level ground. The officers exited their vehicles and began yelling various commands at Mr. Fleming, including “stop” and “return to the shoulder”. He did not realize that the officers were speaking to him, as he believed he was not doing anything wrong.

[17] Mr. Fleming stepping onto D.C.E. property appeared to cause a reaction in a group of D.C.E. Protesters who were at the entrance of the property, approximately 100 metres away. Eight to ten of them began moving towards his location, some walking and some jogging. None of the protesters were carrying weapons and none uttered any threats. Mr. Fleming did not say anything to them. With the protesters still ten to twenty feet away, Officer Miller approached Mr. Fleming and told him that he was under arrest.

[18] Officer Miller took Mr. Fleming by the arm and led him back across the fence, off of D.C.E. property. The officers then ordered Mr. Fleming to drop his flag. He refused. The officers then forced him to the ground, took his flag and handcuffed him. Mr. Fleming says that as he was being handcuffed, his left arm was yanked behind his back, causing him severe pain and a lasting injury.

[19] The incidents surrounding Mr. Fleming’s arrest were captured on video, though some of them are obscured on the video by a bush. This video was entered as evidence at the trial.

[20] After being arrested, Mr. Fleming was placed in an offender transport unit van and moved to a jail

[16] Monsieur Fleming a vu les fourgonnettes se déplacer vers l’accotement et se diriger rapidement vers lui. Afin d’éviter les véhicules qui s’approchaient, il a quitté l’accotement, franchi un fossé gazonné du côté opposé et enjambé une clôture basse pour mettre les pieds sur les terres des D.D.C. Il a déclaré par la suite avoir franchi la clôture pour se trouver sur un terrain plat. Les agents sont sortis de leurs véhicules et ont commencé à crier divers ordres à M. Fleming, lui demandant notamment [TRADUCTION] « [d’] arrête[r] » et « [de] retourne[r] sur l’accotement ». Ce dernier n’a pas réalisé que les agents s’adressaient à lui, car il croyait ne rien faire de mal.

[17] La présence de M. Fleming sur les terres des D.D.C. semble avoir causé une réaction dans un groupe de manifestants des D.D.C. qui se trouvaient à l’entrée de la propriété, environ 100 mètres plus loin. Huit à dix d’entre eux ont commencé à se rapprocher, certains en marchant, d’autres en joggant. Aucun des manifestants ne transportait d’arme et aucun n’a proféré de menaces. De même, M. Fleming ne leur a pas adressé la parole. Alors que les manifestants étaient toujours à environ 10 à 20 pieds, l’agent Miller s’est approché de M. Fleming et lui a dit qu’il était en état d’arrestation.

[18] L’agent Miller a pris M. Fleming par le bras et l’a ramené de l’autre côté de la clôture, hors des terres des D.D.C. Les agents ont ensuite ordonné à M. Fleming de laisser tomber son drapeau, ce qu’il a refusé de faire. Les agents l’ont forcé à s’allonger sur le sol, ont pris son drapeau et l’ont menotté. Monsieur Fleming soutient que lorsqu’on lui a passé les menottes, son bras gauche a été tiré vers l’arrière et que cela lui a causé une grande douleur et une blessure permanente.

[19] Les circonstances de l’arrestation de M. Fleming ont été captées sur bande vidéo, bien que certaines parties des événements soient cachées par un buisson. Cet enregistrement a été déposé comme élément de preuve au procès.

[20] Après l’arrestation de M. Fleming, les policiers l’ont fait monter à bord d’un véhicule de

cell at the local O.P.P. detachment. He was eventually released approximately two and a half hours after his arrest.

[21] In relation to these events, Mr. Fleming was charged with obstructing a peace officer for resisting his arrest by Officer Miller. He appeared in court on 12 separate occasions to defend himself on this charge before it was eventually withdrawn by the Crown almost 19 months after having been laid.

[22] In March 2011, Mr. Fleming filed a statement of claim against the Province of Ontario and the seven O.P.P. officers who had been involved in his arrest. He claimed general damages for assault and battery, wrongful arrest, and false imprisonment, as well as aggravated or punitive damages and damages for violations of his rights under ss. 2(b), 7, 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

III. Procedural History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Carpenter-Gunn J.), 11-26190, September 22, 2016*

[23] At the conclusion of the trial, Carpenter-Gunn J. found in Mr. Fleming's favour and ordered the respondents to pay a total of \$139,711.90 in general damages, special damages, tort damages and *Charter* damages. She also ordered the respondents to pay Mr. Fleming's costs in an agreed-upon amount of \$151,000.

[24] The trial judge found as a fact that the O.P.P. had intended "to prevent Mr. Fleming from walking up Argyle Street with a Canadian flag, and that he was arrested for walking a few feet onto [D.C.E. property] and standing there for a few seconds with a Canadian flag" (A.R., vol. I, at p. 42). She noted that a crucial question in the case was whether the officers had had legal authority to arrest Mr. Fleming. She stressed that the respondents had adduced no

transport de contrevenants et amené dans une cellule du détachement local de la P.P.O. Il a éventuellement été remis en liberté, approximativement deux heures et demie après son arrestation.

[21] En lien avec cet incident, M. Fleming a été accusé d'entrave au travail d'un agent de la paix pour avoir résisté à l'agent Miller lors de son arrestation. Il a comparu devant le tribunal à 12 reprises afin de se défendre contre cette accusation qui, en fin de compte, a été retirée par le ministère public presque 19 mois après son dépôt.

[22] En mars 2011, M. Fleming a intenté une poursuite contre la province de l'Ontario et les sept agents de la P.P.O. qui ont participé à son arrestation. Il a demandé des dommages-intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration ainsi que des dommages-intérêts majorés ou punitifs et des dommages-intérêts pour violation des droits qui lui sont garantis par l'al. 2b) et les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

III. Historique des procédures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Carpenter-Gunn), 11-26190, 22 septembre 2016*

[23] Au terme du procès, la juge Carpenter-Gunn a rendu un jugement en faveur de M. Fleming et ordonné aux intimés de lui verser la somme totale de 139 711,90 \$ en dommages-intérêts généraux, dommages-intérêts spéciaux, dommages-intérêts résultants d'un délit civil et dommages-intérêts en application de la *Charte*. Elle a également ordonné aux intimés de payer les dépens engagés par M. Fleming dont le montant convenu s'élevait à 151 000 \$.

[24] La juge du procès a tiré la conclusion de fait que la P.P.O. a eu l'intention [TRADUCTION] « d'empêcher que M. Fleming marche le long de la rue Argyle avec un drapeau canadien, et qu'il a été mis en état d'arrestation pour avoir marché sur une distance de quelques pieds sur [les terres des D.D.C.] et pour y être resté debout durant quelques secondes en tenant un drapeau canadien » (d.a., vol. I, p. 42). Elle a noté qu'une des questions cruciales en l'espèce

evidence that he had broken any laws prior to his arrest.

[25] The trial judge, relying on the Ontario Court of Appeal's decision in *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223, accepted that the police have a common law power of arrest to prevent an apprehended breach of the peace, provided that the apprehended breach is imminent and the risk of it occurring is substantial. However, she concluded on the facts of the case at bar that the officers' conduct had not been authorized at common law. She found that by taking the actions they did, the officers had not been "preserving the peace". She noted that a "breach of the peace" involves violence and harm to individuals and that, since neither had occurred in this case, there had been no actual breach of the peace. She also found that any apprehended breach of the peace by the approaching D.C.E. Protesters had not been imminent and that the risk of it occurring had not been substantial. She explained that the officers' concern over Mr. Fleming's safety had been based not on the actual events of the day, but rather on a generalized concern rooted in past violence. The trial judge stated that there were less invasive options that could have defused the situation, such as setting up a buffer zone between Mr. Fleming and the protesters.

[26] The trial judge also criticized the O.P.P.'s use of the Aboriginal Critical Incidents Framework in developing its operational plan. In her view, the flag rally was not an "Aboriginal Critical Incident".

[27] As a result of these findings, the trial judge concluded that Mr. Fleming's claims for false arrest and unlawful imprisonment were made out. She also determined that the respondents were liable for

était celle de savoir si les agents détenaient l'autorité légale d'arrêter M. Fleming. Elle a insisté sur le fait que les intimés n'ont présenté aucune preuve démontrant que M. Fleming avait enfreint quelque loi que ce soit avant son arrestation.

[25] Se fondant sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223, la juge du procès a accepté que la police dispose d'un pouvoir d'arrestation, reconnu en common law, pour prévenir une violation appréhendée de la paix, à condition que la violation en question soit imminente et que le risque qu'elle survienne soit important. Cependant, compte tenu des faits de la cause, elle a conclu que la conduite des agents n'était pas autorisée en common law. Elle a jugé que, en posant les gestes qu'ils ont posés, les agents n'avaient pas [TRADUCTION] « préservé la paix ». À son avis, une « violation de la paix » suppose de la violence et un dommage à des individus. Ainsi, pour elle, en l'absence de l'une et de l'autre dans la présente affaire, il n'y avait pas eu de véritable violation de la paix. Elle a aussi conclu que toute violation appréhendée de la paix par les manifestants des D.D.C. qui approchaient n'était pas imminente et qu'il n'y avait pas de risque important qu'elle se matérialise. Elle a expliqué que la crainte des agents à l'égard de la sécurité de M. Fleming n'était pas fondée sur les événements réels de la journée, mais plutôt sur une préoccupation générale découlant des affrontements violents passés. Selon la juge du procès, il existait des options moins attentatoires qui auraient pu désamorcer la situation, comme celle d'établir une zone tampon entre M. Fleming et les manifestants.

[26] La juge du procès a également critiqué le recours au Cadre en cas d'incident critique concernant les Autochtones par la P.P.O. dans l'élaboration de son plan opérationnel. À son avis, le rallye du drapeau ne constituait pas un « incident critique concernant les Autochtones ».

[27] Par suite de ces constatations, la juge du procès a conclu au bien-fondé des allégations d'arrestation illégale et de séquestration de M. Fleming. Elle a également déterminé que les intimés avaient

battery because the force they had used could not be justified.

[28] In considering Mr. Fleming's claims for *Charter* damages, the trial judge found that his rights under ss. 2(b), 7 and 9 had been violated when the police had unlawfully arrested him and prevented him from attending a political demonstration. She also held that no breach of s. 15 had been established on the facts of the case. She ultimately awarded Mr. Fleming an additional \$5,000 in *Charter* damages for the s. 2(b) breach.

B. *Court of Appeal for Ontario (Cronk, Huscroft and Nordheimer J.J.A.), 2018 ONCA 160*

[29] A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, concluding that the O.P.P. officers had had the authority at common law to arrest Mr. Fleming for an anticipated breach of the peace. The majority set aside the trial judge's award of damages and ordered a new trial solely on the issue of excessive force.

[30] Nordheimer J.A., writing for himself and Cronk J.A., identified a number of supposed errors in the trial judge's analysis. In his view, the trial judge had been wrong to focus on the actions of the police as an isolated event rather than considering them in the context of ongoing disputes in Caledonia. He was also of the opinion that the Aboriginal Critical Incidents Framework was clearly relevant to the flag rally; he found it hard to understand why the trial judge had criticized the O.P.P. for using it in developing the operational plan. Nordheimer J.A. further concluded that there was no evidence to support the trial judge's finding that the officers had prevented Mr. Fleming from walking along Argyle Street with his flag, or that they had intended to do so. In particular, he explained that "[n]othing [had] occurred" until Mr. Fleming had entered D.C.E., and that Mr. Fleming had willingly chosen to leave the shoulder of the street. As a result of these errors, Nordheimer J.A. concluded that it was necessary

commis des voies de fait parce que la force qu'ils avaient utilisée ne pouvait être justifiée.

[28] En examinant les réclamations de M. Fleming pour des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, la juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation de ses droits garantis par l'al. 2b) et par les art. 7 et 9 lorsque les policiers l'ont arrêté illégalement et l'ont empêché d'assister à une manifestation politique. Elle a également déclaré que, d'après les faits de l'espèce, aucun manquement à l'art. 15 n'avait été établi. Elle a ultimement accordé à M. Fleming des dommages-intérêts supplémentaires de 5 000 \$ en vertu de la *Charte* pour le manquement à l'al. 2b).

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Cronk, Huscroft et Nordheimer), 2018 ONCA 160*

[29] Une majorité des juges de la Cour d'appel a accueilli l'appel, concluant que les agents de la P.P.O. étaient autorisés par la common law à arrêter M. Fleming pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Les juges majoritaires ont annulé l'octroi des dommages-intérêts adjugés par la juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès uniquement sur la question du recours à une force excessive.

[30] Le juge Nordheimer, s'exprimant en son nom et en celui de la juge Cronk, a relevé un certain nombre de supposées erreurs dans l'analyse de la juge du procès. À son avis, cette dernière avait eu tort de mettre l'accent sur les gestes posés par les policiers en les considérant comme un événement isolé, plutôt que de les examiner dans le contexte des conflits perdurant à Caledonia. Il était également d'avis que le Cadre en cas d'incident critique concernant les Autochtones était clairement pertinent dans le contexte du rallye du drapeau; il avait du mal à comprendre pourquoi la juge du procès avait critiqué son utilisation par la P.P.O. dans l'élaboration de son plan opérationnel. Le juge Nordheimer a également conclu qu'aucun élément de preuve n'appuyait la conclusion de la juge du procès selon laquelle les agents avaient empêché M. Fleming de marcher le long de la rue Argyle avec son drapeau ou qu'ils avaient eu l'intention de le faire. Plus particulièrement, il a expliqué qu'il [TRADUCTION] « ne [s'était]

to determine afresh whether the arrest had been lawful.

[31] Nordheimer J.A. determined that the officers had been acting in the execution of their duty to keep the peace and protect the public. On the issue of whether the interference with Mr. Fleming's liberty was justifiable, he emphasized that the O.P.P. had been dealing with clashes related to the occupation of D.C.E. for years, and they knew that minor incidents could escalate quickly with little warning. In this context, Mr. Fleming's actions amounted to an unexpected event that required the police to react.

[32] Further, Nordheimer J.A., relying on Mr. Fleming's own testimony, explained that the D.C.E. Protesters rushing towards Mr. Fleming had posed a real risk to his safety and that the trial judge's conclusion that there had been no threatened breach of the peace could not be reconciled with this evidence. The officers had therefore been justified in taking action to prevent harm to Mr. Fleming and a likely breach of the peace. Nordheimer J.A. noted that, while other options may have been available, there was no need to resort to them if the situation could be easily addressed by removing Mr. Fleming from D.C.E. property, especially since alternative measures could have inflamed tensions.

[33] However, Nordheimer J.A. added that having lawful authority to effect an arrest does not give the police permission to use excessive force in doing so. The trial judge found that excessive force had been used, but Nordheimer J.A. explained that this finding was tainted by her erroneous conclusion that the arrest had been unlawful. He noted that the record did not make it possible to determine which officer had yanked Mr. Fleming's left arm back, how this had been done, or why. As a result, the Court of Appeal could not decide whether excessive force had been

rien passé » jusqu'à ce que M. Fleming pénètre sur les terres des D.D.C., et qu'il choisisse volontairement de quitter l'accotement de la rue. Étant donné ces erreurs, le juge Nordheimer a conclu qu'il était nécessaire de tenir un nouveau procès pour déterminer si l'arrestation avait été légale.

[31] Le juge Nordheimer a conclu que les agents avaient agi dans le cadre de leurs devoirs visant à préserver la paix et à protéger le public. Quant à savoir s'il était justifié de porter atteinte à la liberté de M. Fleming, il a souligné que les agents de la P.P.O. étaient aux prises avec des affrontements liés à l'occupation des terres des D.D.C. depuis des années et qu'ils savaient que des incidents mineurs pouvaient dégénérer rapidement, sans préavis. Dans ce contexte, les actes de M. Fleming constituaient un événement imprévu à l'égard duquel les agents devaient réagir.

[32] En outre, se fondant sur le témoignage de M. Fleming, le juge Nordheimer a expliqué que les manifestants des D.D.C. qui se sont précipités vers M. Fleming représentaient un risque réel pour sa sécurité et indiqué que la conclusion de la juge du procès selon laquelle il n'y avait eu aucune menace de violation de la paix n'était pas compatible avec cet élément de preuve. Les policiers avaient donc eu raison de poser des gestes pour éviter que M. Fleming ne soit blessé et prévenir une violation possible de la paix. Selon le juge Nordheimer, bien que les policiers aient pu disposer d'autres options, il n'était pas nécessaire qu'ils y recourent si l'expulsion de M. Fleming des terres des D.D.C. pouvait facilement régler la situation, surtout que d'autres mesures auraient pu attiser les tensions.

[33] Cela dit, le juge Nordheimer a ajouté que l'autorisation légale de procéder à une arrestation ne donne pas la permission aux agents d'utiliser une force excessive pour ce faire. La juge du procès a conclu qu'une telle force excessive avait été utilisée, mais, pour le juge Nordheimer, cette conclusion était entachée par son autre conclusion erronée selon laquelle l'arrestation avait été illégale. Il a souligné que le dossier ne permettait pas de déterminer quel agent avait tiré le bras gauche de M. Fleming vers l'arrière ni comment cela s'était produit ou pourquoi. Par

used. Nordheimer J.A. therefore ordered a new trial on this one issue.

[34] Huscroft J.A. dissented, finding no basis to interfere with the trial judge's conclusion that the officers had not been justified in arresting Mr. Fleming. He disagreed that any of the purported errors could in fact be characterized as palpable and overriding.

[35] Huscroft J.A. did not agree that the appellate court was entitled to substitute its own factual findings in this case for those of the trial judge. In his view, Mr. Fleming's arrest had not been a valid first resort, even in the face of potential illegal violence, the risk of which was neither imminent nor substantial. He explained that the police power to arrest someone for an apprehended breach of the peace is exceptional, and that exercising it was not justified in this case. Huscroft J.A. would therefore have dismissed the appeal.

IV. Issues

[36] The central issue in this case is whether the police acted lawfully in arresting Mr. Fleming on May 24, 2009. To answer this question, we must determine whether, and in what circumstances, the police have a common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace. Does the common law permit police officers to arrest individuals who have not committed any offence, who are not about to commit any offence, who have not already breached the peace and who are not about to breach the peace themselves?

[37] A secondary issue is whether the Court of Appeal erred in ordering a new trial on the issue of excessive force.

conséquent, la Cour d'appel n'était pas en mesure de se prononcer sur l'utilisation ou non d'une force excessive. Le juge Nordheimer a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès sur cette seule question.

[34] Selon le juge Huscroft, dissident, rien ne justifiait de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle les agents n'étaient pas en droit d'arrêter M. Fleming. Il n'était pas d'accord pour dire que l'une quelconque des soi-disant erreurs pouvait effectivement être qualifiée d'erreur manifeste et dominante.

[35] Toujours selon lui, la Cour d'appel n'avait pas le droit de substituer ses propres conclusions de fait à celles de la juge de première instance. À son avis, l'arrestation de M. Fleming n'avait pas été une mesure valide de premier recours, même en présence d'un risque que des actes illégaux violents soient commis, risque qui n'était ni imminent ni important. Il a expliqué que le pouvoir policier d'arrêter un individu pour une violation appréhendée de la paix est un pouvoir exceptionnel et qu'il n'était pas justifié de l'exercer en l'espèce. Le juge Huscroft aurait donc rejeté l'appel.

IV. Questions en litige

[36] La question centrale en l'espèce est celle de savoir si les policiers ont agi légalement lorsqu'ils ont arrêté M. Fleming le 24 mai 2009. Pour répondre à cette question, nous devons déterminer si, et dans quelles circonstances, les forces policières ont en common law le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. La common law permet-elle aux policiers d'arrêter des individus qui n'ont commis aucune infraction, qui ne sont pas sur le point d'en commettre une, qui n'ont pas encore violé la paix, et qui ne sont pas eux-mêmes sur le point de le faire?

[37] Une question secondaire est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur la question du recours à une force excessive.

V. Analysis

A. *The Ancillary Powers Doctrine*

[38] The police, in fulfilling the important duties they are tasked with in a free and democratic society, are sometimes required to interfere with the liberty of individuals. This is a fact that legislatures and courts in common law jurisdictions have long recognized. However, the rule of law requires that strict limits be placed on police powers in this regard in order to safeguard individual liberties. In *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, Dickson C.J., dissenting but not on this point, set out the foundation for the analysis on this subject:

It has always been a fundamental tenet of the rule of law in this country that the police, in carrying out their general duties as law enforcement officers of the state, have limited powers and are only entitled to interfere with the liberty or property of the citizen to the extent authorized by law. Laskin C.J. dissenting, in *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56, made the point at pp. 64-65:

Far more important, however, is the social and legal, and indeed, political, principle upon which our criminal law is based, namely, the right of an individual to be left alone, to be free of private or public restraint, save as the law provides otherwise. Only to the extent to which it so provides can a person be detained or his freedom of movement arrested.

Absent explicit or implied statutory authority, the police must be able to find authority for their actions at common law. Otherwise they act unlawfully. [pp. 10-11]

[39] When interfering with the freedom of individuals, the police must act in accordance with the law. In many cases, their powers are clearly outlined in statutes, such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. But, as this Court recognized in *Dedman*, statute law is not the only source of legal authority for police powers. In particular circumstances, the

V. Analyse

A. *La doctrine des pouvoirs accessoires*

[38] Lorsqu'ils exercent les devoirs importants qui leur incombent dans une société libre et démocratique, les policiers sont parfois tenus de restreindre la liberté de certains individus. Il s'agit d'un fait que les assemblées législatives et les tribunaux des ressorts de common law reconnaissent depuis longtemps. Cependant, la primauté du droit exige que ces pouvoirs policiers soient strictement limités afin de protéger les libertés individuelles. Dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, le juge en chef Dickson, dissident, mais non sur ce point, a énoncé ainsi le fondement de l'analyse sur ce sujet :

On a toujours considéré, comme principe fondamental de la primauté du droit dans ce pays, que dans l'accomplissement de leurs devoirs généraux à titre d'agents de l'État chargés de l'application de la loi, les policiers ont des pouvoirs limités et n'ont le droit de porter atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété que dans la mesure autorisée par la loi. Le juge en chef Laskin, dissident, dans l'arrêt *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56, a exprimé cette opinion aux pp. 64 et 65 :

Toutefois, beaucoup plus important est le principe social, juridique et même politique sur lequel notre droit criminel est fondé, c'est-à-dire, le droit d'un individu à vivre en paix, à être libre de contrainte de nature privée ou publique, sauf dispositions contraires de la loi. Et c'est seulement dans la mesure où de pareilles dispositions de la loi existent qu'une personne peut être détenue ou qu'on peut supprimer sa liberté de mouvement.

En l'absence de pouvoir explicite ou implicite fondé sur la loi, la police doit être en mesure de trouver le pouvoir de poser ses actes dans la *common law*. Autrement, elle agit illégalement. [p. 10-11]

[39] Lorsqu'ils portent atteinte à la liberté d'individus, les policiers doivent agir conformément à la loi. Dans de nombreux cas, leurs pouvoirs sont clairement énoncés dans des textes de loi, comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Or, comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Dedman*, les lois ne sont pas la seule source légale des pouvoirs policiers.

common law may also provide a legal basis for carefully defined powers.

[40] In this Court, the respondents do not cite or seek to rely on any statute to authorize their arrest of Mr. Fleming while he was standing on D.C.E. Rather, they rely entirely on a common law power of arrest the exercise of which, they submit, was justified in the circumstances of this case. This appeal therefore requires the Court to determine whether the common law power in question exists.

[41] Before embarking on an analysis of common law police powers, it is important to consider the appropriate role of the courts in such an exercise. Establishing and restricting police powers is something that is well within the authority of legislatures. Accordingly, the courts should tread lightly when considering proposed common law police powers.

[42] That being said, the courts cannot abdicate their role of incrementally adapting common law rules where legislative gaps exist (see *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 17; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 6, 10, 50-51, and 61). This Court has in fact relied on the ancillary powers doctrine to recognize the existence of common law powers in many circumstances in the past. As Moldaver J. explained in concurring reasons in *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531, the ancillary powers doctrine has been used

to affirm many common law police powers now considered fundamental. For example, the R.I.D.E. program stops (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2), investigative detentions (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59), searches incident to arrest (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158), 911 home entries (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311), sniffer dog searches (*R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456), and safety searches (*R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014]

Dans des circonstances particulières, la common law peut aussi constituer un fondement juridique à des pouvoirs soigneusement définis.

[40] Devant la Cour, les intimés n'invoquent pas une loi en particulier ni ne citent ou ne tentent de se fonder sur une loi pour justifier l'arrestation de M. Fleming alors qu'il se trouvait sur les terres des D.D.C. Ils se fondent plutôt entièrement sur un pouvoir d'arrestation en common law dont l'exercice, selon eux, était justifié dans les circonstances de la présente affaire. En l'espèce, la Cour est donc appelée à déterminer si le pouvoir en question existe en common law.

[41] Avant de procéder à une analyse des pouvoirs policiers reconnus en common law, il importe d'examiner le rôle qui revient aux tribunaux dans le contexte d'un tel exercice. Établir et restreindre les pouvoirs policiers relève du pouvoir des législateurs. En conséquence, les tribunaux doivent agir avec prudence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur l'existence en common law de pouvoirs policiers proposés.

[42] Cela étant dit, les tribunaux ne peuvent abdiquer le rôle qui leur incombe d'adapter progressivement des règles de common law lorsqu'il existe des lacunes législatives (voir *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 17; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 6, 10, 50-51 et 61). La Cour s'est d'ailleurs déjà fondée, dans de nombreuses circonstances, sur la doctrine des pouvoirs accessoires pour reconnaître l'existence de pouvoirs en common law. Comme le juge Moldaver l'a expliqué dans des motifs concordants dans l'arrêt *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531, la doctrine des pouvoirs accessoires a été utilisée

pour affirmer plusieurs pouvoirs policiers reconnus en common law qui sont maintenant considérés comme fondamentaux. Par exemple, les contrôles routiers dans le cadre d'un programme R.I.D.E. (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2), les détentions aux fins d'enquête (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59), les fouilles accessoires à une arrestation (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158), les entrées dans une maison d'habitation pour répondre à un appel au 911 (*R. c. Godoy*, [1999]

1 S.C.R. 37) were all affirmed through the *Waterfield* framework. [para. 77]

Referring to whether this Court should exercise its authority to recognize ancillary police powers, Binnie J. stated: “We have crossed the Rubicon” (*Kang-Brown*, at para. 22). Of course, the legislature always retains the power to expand, modify, restrict or abolish such common law powers, subject to constitutional limits.

[43] To determine whether a particular police action that interferes with individual liberty is authorized at common law, this Court applies the framework that was originally set out in *Waterfield*. This approach has often been referred to as the “*Waterfield* test”. I prefer to use the terminology of the “ancillary powers doctrine”. This is because, as Binnie J. observed in *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, “*Waterfield* is an odd godfather for common law police powers” (para. 75). At issue in *Waterfield* was whether a certain constable had been acting in the execution of his duties when he was assaulted; the case did not actually concern the recognition of a purported new common law police power. However, regardless of the doctrine’s origins, this Court has consistently applied the test set out by the majority in *Dedman*.

[44] Furthermore, the English court in *Waterfield* was concerned with actions related to investigating crime. But the ancillary powers doctrine has a broader reach than that: it can be applied to purported police powers — with appropriate clarifications that I will discuss below — even where no crime is alleged.

[45] The basis of the doctrine is that police actions that interfere with individual liberty are permitted at common law if they are ancillary to the fulfillment of recognized police duties. Intrusions on liberty are accepted if they are reasonably necessary — in

1 R.C.S. 311), les fouilles par chiens renifleurs (*R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456), et les fouilles de sécurité (*R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37) ont tous été affirmés par l’application du cadre de l’arrêt *Waterfield*. [par. 77]

En se demandant si la Cour devrait exercer son pouvoir de reconnaître des pouvoirs policiers accessoires, le juge Binnie a indiqué que : « Nous avons franchi le Rubicon » (*Kang-Brown*, par. 22). Bien entendu, le législateur conserve toujours le pouvoir d’élargir, de modifier, de restreindre ou d’abolir de tels pouvoirs reconnus en common law, sous réserve de certaines limites constitutionnelles.

[43] Pour déterminer si une action policière particulière qui a pour effet de restreindre la liberté d’un individu est autorisée en common law, la Cour applique le cadre établi initialement dans l’arrêt *Waterfield*. Cette approche est souvent appelée le test de l’arrêt *Waterfield*. Je préfère parler de la « doctrine des pouvoirs accessoires », car, comme le juge Binnie l’a noté dans l’arrêt *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, « il est étrange d’invoquer l’arrêt *Waterfield* à l’appui des pouvoirs policiers en common law » (par. 75). L’arrêt *Waterfield* portait sur la question de savoir si un agent agissait dans le cadre de l’exécution de ses fonctions lorsqu’il a été agressé; ainsi, la cause ne portait pas sur la reconnaissance d’un nouveau pouvoir policier en common law. Cela dit, peu importe les origines de la doctrine, la Cour a toujours appliqué le test établi par les juges majoritaires dans l’arrêt *Dedman*.

[44] Par ailleurs, dans l’arrêt *Waterfield*, la cour d’appel anglaise devait examiner des actes liés à une enquête concernant un crime. Or, la doctrine des pouvoirs accessoires a une portée plus large que cela : elle peut être appliquée à de soi-disant pouvoirs policiers — en tenant compte des éclaircissements appropriés dont je discuterai ci-après —, même lorsqu’aucun crime n’est allégué.

[45] Le fondement de la doctrine est que les actes policiers qui portent atteinte à la liberté individuelle sont autorisés en common law s’ils sont accessoires à l’accomplissement des devoirs reconnus des policiers. Les atteintes à la liberté sont acceptées si elles

accordance with the test set out below — in order for the police to fulfill their duties.

[46] At the preliminary step of the analysis, the court must clearly define the police power that is being asserted and the liberty interests that are at stake (*Figueiras v. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641, at paras. 55-66). The ancillary powers doctrine comes into play where the power in issue involves *prima facie* interference with liberty. The term “liberty” here encompasses both constitutional rights and freedoms and traditional common law civil liberties (see *Clayton*, at para. 59; *Figueiras*, at para. 49). Once the police power and the liberty interests have been defined, the analysis proceeds in two stages:

- (1) Does the police action at issue fall within the general scope of a statutory or common law police duty?
- (2) Does the action involve a justifiable exercise of police powers associated with that duty?

(*R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, at paras. 35-36; *Reeves*, at para. 78)

[47] At the second stage of the analysis, the court must ask whether the police action is reasonably necessary for the fulfillment of the duty (*MacDonald*, at para. 36). As this Court stated in *Dedman*:

The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [p. 35]

In *MacDonald*, the majority of the Court set out three factors to be weighed in answering this question:

1. the importance of the performance of the duty to the public good;
2. the necessity of the interference with individual liberty for the performance of the duty; and

sont raisonnablement nécessaires — suivant le test énoncé ci-après — pour que les policiers puissent s’acquitter de leurs devoirs.

[46] À l’étape préliminaire de l’analyse, le tribunal doit clairement définir le pouvoir policier invoqué, ainsi que le droit à la liberté en cause (*Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641, par. 55-66). La doctrine des pouvoirs accessoires entre en jeu lorsque le pouvoir en question porte atteinte à première vue à la liberté individuelle. Ici, le terme « liberté » englobe tant les droits et libertés constitutionnels que les libertés civiles traditionnelles reconnues par la common law (voir *Clayton*, par. 59; *Figueiras*, par. 49). Une fois le pouvoir policier et le droit à la liberté définis, l’analyse se fait en deux étapes :

- (1) La conduite policière en cause s’inscrit-elle dans le cadre général d’un devoir policier statuaire ou en common law?
- (2) La conduite constitue-t-elle un exercice justifiable des pouvoirs policiers afférents à ce devoir?

(*R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 35-36; *Reeves*, par. 78)

[47] À la deuxième étape de l’analyse, le tribunal doit se demander si la conduite des policiers est raisonnablement nécessaire pour accomplir le devoir (*MacDonald*, par. 36). Comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Dedman* :

L’atteinte à la liberté doit être nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte. [p. 35]

Dans l’arrêt *MacDonald*, les juges majoritaires de la Cour ont énoncé trois facteurs à soupeser pour répondre à cette question :

1. l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public;
2. la nécessité de l’atteinte à la liberté individuelle pour l’accomplissement de ce devoir;

3. the extent of the interference with individual liberty. [para. 37; citations omitted.]

[48] Throughout the analysis, the onus is always on the state to justify the existence of common law police powers that involve interference with liberty.

[49] The ancillary powers doctrine has repeatedly been applied by this Court to determine whether — and in what circumstances — a particular power exists at common law. In each case, the Court has endeavoured to define the power at issue and to clearly specify the particular conditions for its use (see *MacDonald*, at paras. 39-40; *Mann*, at paras. 34 and 40; *Reeves*, at para. 95 (per Moldaver J.); *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 22; *Kang-Brown*, at paras. 58-60 (per Binnie J.) and 169 (per Deschamps J.); *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 185-86). Once the Court has defined the parameters of the power, it has then considered whether the police action in question fit within those parameters (i.e. did the police act in accordance with their common law power).

[50] For example, this Court held in *Mann* that a power of investigative detention exists at common law where (a) the officer has reasonable grounds to suspect that there is a clear nexus between an individual and a recent or ongoing criminal offence, and (b) the decision to detain is reasonable, based on an overall assessment of all the circumstances (see para. 34).

[51] Similarly, in *MacDonald*, a majority of this Court held that police officers have a common law power to conduct a “safety search” in a private home if the officer “believes on reasonable grounds that his or her safety is at stake and that, as a result, it is necessary to conduct a search” (para. 41). The majority then went on to consider whether the officer in that case had had the requisite reasonable grounds for his belief (see para. 44).

[52] This approach sets clear guidelines for the police, who are expected to react quickly and flexibly

3. l’ampleur de l’atteinte à la liberté individuelle. [par. 37; renvois omis.]

[48] Tout au long de l’analyse, il incombe à l’État de justifier l’existence en common law des pouvoirs policiers qui entraînent une atteinte à la liberté.

[49] La Cour a appliqué la doctrine des pouvoirs accessoires à maintes reprises afin de déterminer si — et dans quelles circonstances — un pouvoir particulier existe en common law. Dans chaque cas, elle a cherché à définir le pouvoir en cause et à énoncer clairement les conditions dans lesquelles il peut être exercé (voir *MacDonald*, par. 39-40; *Mann*, par. 34 et 40; *Reeves*, par. 95 (le juge Moldaver); *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 22; *Kang-Brown*, par. 58-60 (le juge Binnie) et 169 (la juge Deschamps); *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 185-186). Une fois que la Cour eût défini les paramètres du pouvoir, elle s’est demandé si les actes policiers en cause s’inscrivaient à l’intérieur de ces paramètres (c.-à-d. si les policiers avaient agi conformément aux pouvoirs que leur reconnaît la common law).

[50] Par exemple, la Cour a jugé dans l’arrêt *Mann* qu’il existe un pouvoir de détention aux fins d’enquête en common law lorsque : a) le policier a des motifs raisonnables de soupçonner qu’il existe un lien clair entre l’individu et une infraction criminelle commise récemment ou en cours; et b) la décision de détenir une personne est raisonnable, suivant une considération objective de l’ensemble des circonstances (voir par. 34).

[51] De même, dans l’arrêt *MacDonald*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que les policiers détiennent un pouvoir en common law d’effectuer une « fouille de sécurité » dans une résidence privée si le policier « croi[t] pour des motifs raisonnables que [sa] sécurité est menacée et qu’il est donc nécessaire de procéder à une fouille » (par. 41). Ils ont ensuite examiné la question de savoir si le policier, dans cette affaire, avait les motifs raisonnables requis (voir par. 44).

[52] Cette approche établit des lignes directrices claires pour les policiers, qui doivent agir avec

to real-life situations that can evolve rapidly. It is important for the courts to give officers the clearest possible guidance as to what common law powers are available to them within the general scope of their duties. The police will then be able to apply these guidelines to their day-to-day operations.

[53] While the ancillary powers doctrine concerns police action that interferes with liberty — a term that, as noted above, encompasses many constitutional rights — determining whether a common law power exists does not itself require the court to apply s. 1 of the *Charter* (*Clayton*, at para. 21). That being said, the two frameworks are not completely unrelated.

[54] Certain concepts which play a significant role in the *Charter* justification context — such as minimal impairment and proportionality — have clear parallels in the ancillary powers doctrine analysis (see R. Jochelson, “Ancillary Issues with *Oakes*: The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory” (2012), 43 *Ottawa L. Rev.* 355; J. Burchill, “A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law” (2018), 41 *Man. L.J.* 161, at p. 175). For example, the three factors from *MacDonald* require a proportionality assessment. Moreover, the concept of reasonable necessity requires that other, less intrusive measures not be valid options in the circumstances. If the police can fulfill their duty by an action that interferes less with liberty, the purported power is clearly not reasonably necessary (see *Clayton*, at para. 21).

[55] Ultimately, the ancillary powers doctrine is designed to balance intrusions on an individual’s liberty with the ability of the police to do what is reasonably necessary in order to perform their duties (see *Clayton*, at para. 26).

célérité et faire preuve de souplesse dans des situations réelles susceptibles d’évoluer rapidement. Il importe que les tribunaux donnent aux policiers des directives les plus claires possibles sur les pouvoirs dont ils disposent en common law dans la portée générale de leurs devoirs. Cela permet ensuite aux policiers d’appliquer ces lignes directrices dans leurs activités quotidiennes.

[53] Bien que la doctrine des pouvoirs accessoires concerne les interventions policières qui portent atteinte à la liberté — un terme qui, je le répète, englobe de nombreux droits constitutionnels —, un tribunal n’a pas à appliquer l’article premier de la *Charte* lorsqu’elle se prononce sur l’existence de pouvoirs policiers en common law (*Clayton*, par. 21). Cela dit, les deux cadres d’analyse ne sont pas totalement sans lien.

[54] Il est possible de dresser des parallèles évidents entre certains concepts qui jouent un rôle important dans le contexte de la justification au regard de la *Charte* — comme ceux de l’atteinte minimale et de la proportionnalité — et la doctrine des pouvoirs accessoires (voir R. Jochelson, « Ancillary Issues with *Oakes* : The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2012), 43 *R.D. Ottawa* 355; J. Burchill, « A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law » (2018), 41 *Man. L.J.* 161, p. 175). Par exemple, les trois facteurs énoncés dans l’arrêt *MacDonald* exigent une évaluation de la proportionnalité. En outre, selon le concept de la nécessité raisonnable, il ne doit pas être possible dans les circonstances de recourir à d’autres mesures moins intrusives. Si les policiers peuvent accomplir leur devoir d’une manière qui porte moins atteinte à la liberté, le pouvoir invoqué n’est clairement pas raisonnablement nécessaire (voir *Clayton*, par. 21).

[55] Ultimement, la doctrine des pouvoirs accessoires est conçue pour établir un juste équilibre entre les atteintes à la liberté individuelle et la possibilité pour les policiers de faire ce qui est raisonnable et nécessaire pour s’acquitter de leurs fonctions (voir *Clayton*, par. 26).

[56] With this general context in mind, I will now move on to consider the particular police power that the respondents are asserting in this case.

B. The Preliminary Step: Defining the Power and the Liberty Interests at Issue

[57] At the outset, it is important to clearly define the power at issue and the liberty interests with which it *prima facie* interferes. The purported power in this case is a power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace. In targeting someone who is acting lawfully, this proposed power is aimed at individuals who have not committed, and are not about to commit, either an indictable offence or a breach of the peace.

[58] The term “breach of the peace” requires elaboration. Violence lies at the core of this concept. At common law, a breach of the peace has always involved “danger to the person” (G. L. Williams, “Arrest for Breach of the Peace”, [1954] *Crim. L.R.* 578, at p. 579). The United Kingdom Supreme Court recently stated in *R. (on the application of Hicks) v. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374, that “[t]he essence of a breach of the peace is violence” (para. 4) (see also *R. (on the application of Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529, at para. 27). In *Brown*, Doherty J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, defined the concept as follows: “A breach of the peace contemplates an act or actions which result in actual or threatened harm to someone” (p. 248 (footnote omitted)). In *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, Kerwin J. (as he then was), in concurring reasons, proposed the following definition of a breach of the peace:

It may be difficult to define exhaustively what is a breach of the peace but, for present purposes, the statement in Clerk and Lindsell on Torts, (10th edition), page 298, may be accepted: —

A breach of the peace takes place when either an actual assault is committed on an individual or public

[56] En gardant ce contexte général en tête, je me pencherai maintenant sur le pouvoir policier particulier qu’invoquent les policiers en l’espèce.

B. L’étape préliminaire : définir le pouvoir et le droit à la liberté en cause

[57] D’emblée, il importe de définir clairement le pouvoir en cause et le droit à la liberté qu’il restreint à première vue. Le pouvoir invoqué en l’espèce est celui d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. En ciblant un tel individu, ce pouvoir qu’on propose de reconnaître vise des personnes qui n’ont commis ni infraction ni violation de la paix et qui ne sont pas sur le point d’en commettre.

[58] L’expression « violation de la paix » exige des précisions. La violence est au cœur de ce concept. En common law, une violation de la paix a toujours impliqué un [TRADUCTION] « danger pour l’individu » (G. L. Williams, « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L.R.* 578, p. 579). La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment déclaré, dans l’arrêt *R. (on the application of Hicks) c. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374, que [TRADUCTION] « l’essence d’une violation de la paix est la violence » (par. 4) (voir aussi *R. (on the application of Laporte) c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529, par. 27). Dans l’arrêt *Brown*, le juge Doherty, s’exprimant pour la Cour d’appel de l’Ontario, a ainsi défini le concept : [TRADUCTION] « Une violation de la paix envisage un acte ou des actions qui entraînent une menace de préjudice ou un préjudice réel pour quelqu’un » (p. 248 (note de bas de page omise)). Dans l’arrêt *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, le juge Kerwin (plus tard juge en chef), dans des motifs concordants, a proposé la définition suivante d’une violation de la paix :

[TRADUCTION] Il peut être difficile de définir de manière exhaustive ce qui constitue une violation de la paix, mais pour les besoins de la présente affaire, la définition donnée dans Clerk and Lindsell on Torts (10^e édition), page 298, peut être acceptée : —

Il y a violation de la paix lorsqu’une agression réelle est commise sur un individu ou qu’il en résulte de

alarm and excitement is caused. Mere annoyance or insult to an individual stopping short of actual personal violence is not a breach of the peace. Thus a householder — apart from special police legislation — cannot give a man into custody for violently and persistently ringing his door-bell. [Emphasis added; p. 519.]

[59] As these authorities make clear, an act can be considered a breach of the peace only if it involves some level of violence and a risk of harm. It is only in the face of such a serious danger that the state’s ability to lawfully interfere with individual liberty comes into play. Behaviour that is merely disruptive, annoying or unruly is not a breach of the peace.

[60] It is also essential at this point to be clear about what police powers are *not* at issue. Specifically, as I indicated above, the case at bar does not concern a power to arrest a person for the purpose of preventing *that person* from breaching the peace. It appears that such a power may have existed historically at common law (see *Hicks*, at para. 4). Indeed, the Ontario Court of Appeal considered this very power in *obiter* in *Brown* and suggested that it does exist, stating that “a police officer may also arrest or detain a person who is about to commit a breach of the peace” (p. 248 (emphasis added)). While it is not necessary to decide this in the instant case, I seriously question whether a common law power of this nature would still be necessary in Canada today.

[61] The *Criminal Code* provides explicitly for a number of warrantless arrest powers that obviate the need for such a common law power. In particular, under s. 31(1), a police officer can arrest anyone found committing a breach of the peace or who the officer believes is “about to join in or renew the breach of the peace”. In addition, s. 495(1)(a) provides that an officer can arrest any person “who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence”. This applies to all offences that may be prosecuted by indictment (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34(1)(a);

l’inquiétude et de l’excitation au sein de la population. Le simple fait de déranger ou d’insulter quelqu’un sans recourir réellement à la violence ne constitue pas une violation de la paix. Par conséquent, un propriétaire ne peut pas faire incarcérer un homme qui sonne violemment et continuellement à sa porte — sauf en vertu d’une loi spéciale sur les pouvoirs policiers. [Je souligne; p. 519.]

[59] Comme ces arrêts l’indiquent clairement, un acte ne peut être considéré comme une violation de la paix que s’il comporte un certain degré de violence et un risque de préjudice. Ce n’est qu’en présence d’un danger de cette gravité que le pouvoir de l’État de porter légalement atteinte à la liberté d’un individu entre en jeu. Un comportement qui est simplement perturbateur, embêtant ou indiscipliné n’est pas une violation de la paix.

[60] À cette étape, il est également essentiel de préciser quels pouvoirs policiers *ne sont pas* en cause. Plus particulièrement, comme je l’ai déjà indiqué, il n’est pas question en l’espèce du pouvoir d’arrêter une personne afin d’empêcher *cette personne* de commettre une violation de la paix. Il semble qu’un tel pouvoir ait déjà existé en common law (voir *Hicks*, par. 4). En effet, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné précisément ce pouvoir en *obiter* dans l’arrêt *Brown*, et suggéré qu’il existait, en affirmant qu’un [TRADUCTION] « policier peut aussi arrêter un individu qui est sur le point de violer la paix ou le détenir » (p. 248 (je souligne)). Bien qu’il ne soit pas nécessaire de trancher la question en l’espèce, je me demande sérieusement s’il est encore nécessaire au Canada de nos jours que la common law reconnaisse un pouvoir de cette nature aux policiers.

[61] Le *Code criminel* prévoit explicitement un certain nombre de pouvoirs d’arrestation sans mandat qui écartent la nécessité d’un tel pouvoir en common law. En particulier, le par. 31(1) prévoit qu’un policier peut arrêter tout individu qu’il trouve en train de commettre une violation de la paix ou qu’il croit « être sur le point d’y prendre part ou de la renouveler ». En outre, aux termes de l’al. 495(1)a), un agent peut arrêter tout individu « qui, d’après ce qu’il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel ». Cela s’applique à toutes les infractions pour lesquelles

S. Coughlan and G. Luther, *Detention and Arrest* (2nd ed. 2017), at pp. 22-23), a category that encompasses — and extends beyond — the activities which have historically been classified as breaches of the peace, such as various forms of assault (ss. 264.1 to 269), mischief (s. 430), careless use of a firearm (s. 86) and taking part in a riot (s. 65) (see Williams, at pp. 578-79). Thus, police officers already have extensive powers to arrest, without a warrant, a person they reasonably believe is about to commit an act which would amount to a breach of the peace. I therefore have difficulty seeing any need for the courts to fill a legislative gap by recognizing a common law power of arrest for the purpose of preventing individuals from committing breaches of the peace themselves. I make no comment about other possible powers short of arrest in such circumstances.

[62] This case does not concern a situation in which an arrested individual was about to commit a breach of peace. Instead, the power at issue in this case would target individuals who are not suspected of being about to break any law or to initiate any violence themselves, in situations in which the police nonetheless believe that arresting the individuals in question will prevent a breach of the peace from occurring. For example, these individuals might themselves be the targets or victims of anticipated violence. They could be “provocateurs” whose lawful actions or words are feared to be prompting others to respond violently. In such a situation, the police might believe that removing the person from the area will defuse the situation, avert the apprehended violence and even protect him or her.

[63] It has long been recognized that such “provocative” conduct is not itself unlawful. As far back as 1950, a majority of this Court held:

I do not think that it is safe to hold as a matter of law, that conduct, not otherwise criminal and not falling within

le contrevenant peut être poursuivi par mise en accusation (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, al. 34(1)a); S. Coughlan et G. Luther, *Detention and Arrest* (2^e éd. 2017), p. 22-23), une catégorie d'infractions qui englobe notamment les activités qui sont depuis toujours classées comme des violations de la paix, comme les divers types de voies de fait (art. 264.1 à 269), le méfait (art. 430), l'usage négligent d'une arme à feu (art. 86) et la participation à une émeute (art. 65) (voir Williams, p. 578-579). Ainsi, les policiers disposent déjà de vastes pouvoirs qui leur permettent d'arrêter, sans mandat, un individu qui, d'après ce qu'ils croient pour des motifs raisonnables, est sur le point de commettre un acte qui constituerait une violation de la paix. J'ai donc du mal à voir pourquoi il serait nécessaire que les cours de common law combler une lacune législative en reconnaissant un pouvoir d'arrestation pour empêcher des individus de violer eux-mêmes la paix. Je ne formule pas de commentaires sur l'existence possible de pouvoirs autres que l'arrestation, dans de telles circonstances.

[62] En l'espèce, il n'est pas question d'un individu mis en état d'arrestation alors qu'il aurait été sur le point de violer la paix. Le pouvoir en cause ici viserait plutôt des individus qui ne sont pas eux-mêmes soupçonnés d'être sur le point d'enfreindre la loi ou de commettre un acte de violence, dans des situations où, néanmoins, aux yeux des policiers, l'arrestation de ces individus permet de prévenir une violation de la paix. Par exemple, ces individus pourraient être eux-mêmes des cibles ou des victimes d'un acte de violence appréhendé. Ils pourraient être des « provocateurs » dont on craint que les actes ou les propos légaux incitent d'autres personnes à répondre de manière violente. Dans une telle situation, les policiers peuvent être d'avis que le fait de retirer l'individu de la zone désamorçera la situation, préviendra l'acte de violence appréhendé et assurera même sa propre sécurité.

[63] Il est reconnu depuis longtemps qu'une telle conduite « provocante » n'est pas en soi illégale. Déjà, en 1950, les juges majoritaires de la Cour ont affirmé ceci :

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il soit sage de statuer, en droit, qu'une conduite qui n'est pas par ailleurs criminelle

any category of offences defined by the Criminal Law, becomes criminal because a natural and probable result thereof will be to provoke others to violent retributive action. If such a principle were admitted, it seems to me that many courses of conduct which it is well settled are not criminal could be made the subject of indictment by setting out the facts and concluding with the words that such conduct was likely to cause a breach of the peace.

(*Frey*, at p. 526)

Yet the effect of the respondents' position, on the facts of this case, is to claim a power to arrest individuals engaged in non-criminal conduct of this nature in order to prevent the violence the conduct could provoke.

[64] Neither of the courts below highlighted the distinction between a power to arrest someone who is personally about to breach the peace and a power to arrest someone whose lawful conduct may provoke others to breach the peace. They relied, as do the respondents, on the *obiter* comments from *Brown* to conclude that, where certain conditions are met, the police have the power to arrest an individual in order "to avoid a breach of the peace" (see Trial Judge's Reasons, A.R., vol. I, at p. 47). As I explained above, however, *Brown* concerned only the first situation, that of arresting "a person who is about to commit a breach of the peace", which does not reflect the circumstances of the case at bar. The court in *Brown* did not discuss the common law power actually at issue in this appeal: the power to arrest someone who is not about to breach the peace in order to prevent an apprehended breach of the peace by other persons. Whether such a power is reasonably necessary for the purpose of fulfilling a police duty in accordance with the ancillary powers doctrine does not appear to have been addressed in any Canadian case. It is therefore necessary for this Court to do so now.

et qui ne relève d'aucune catégorie d'infractions établie par le droit criminel devient criminelle parce que son résultat naturel et probable sera d'inciter les autres à répliquer de manière violente. Si un tel principe était reconnu, il me semble que de nombreuses conduites dont il est bien établi qu'elles ne sont pas criminelles pourraient faire l'objet d'une mise en accusation. Il suffirait d'énoncer les faits et d'en conclure que la conduite en question est susceptible de causer une violation de la paix.

(*Frey*, p. 526)

L'effet de la position des intimés, eu égard aux faits de l'espèce, revient néanmoins à revendiquer le pouvoir d'arrêter des individus engagés dans une conduite non criminelle de cette nature afin de prévenir la violence que cette conduite pourrait entraîner.

[64] Ni l'une ni l'autre des cours d'instances inférieures n'a souligné la distinction entre le pouvoir d'arrestation d'un individu qui est personnellement sur le point de violer la paix et celui qui vise un individu agissant en toute légalité qui pourrait inciter d'autres à violer la paix. Ces cours, à l'instar des intimés, se sont fondées sur les commentaires formulés en *obiter* dans *Brown* pour conclure que, s'il est satisfait à certaines conditions, les policiers détiennent le pouvoir d'arrêter un individu [TRADUCTION] « pour éviter une violation de la paix » (voir les motifs de la juge du procès, d.a., vol. I, p. 47). Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, l'arrêt *Brown* ne traitait que du premier scénario — soit de l'arrestation d'« une personne qui est sur le point de violer la paix » — ce qui ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire. En effet, dans l'arrêt *Brown*, la cour n'a pas traité du pouvoir en common law dont il est effectivement question dans le présent pourvoi, soit le pouvoir d'arrêter un individu qui n'est pas sur le point de violer la paix pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres individus. Aucune cause canadienne ne semble avoir traité de la question de savoir si, comme l'exige la doctrine des pouvoirs accessoires, un tel pouvoir est raisonnablement nécessaire pour que les policiers s'acquittent d'une de leurs obligations. Il est donc nécessaire que la Cour le fasse maintenant.

[65] This proposed power of arrest would involve substantial *prima facie* interference with significant liberty interests. Indeed, few police actions interfere with an individual's liberty more than arrest — an action which completely restricts the person's ability to move about in society free from state coercion. As this Court recently noted, “placing a person under arrest inherently infringes his or her liberty” (*R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91, at para. 73). Freedom from arbitrary arrest and detention is of course itself constitutionally guaranteed by s. 9 of the *Charter*. Further, where the police use force to effect an arrest, they also directly engage a general liberty interest in being free from the exercise of force by the state as well as the interests in liberty and security of the person protected by s. 7 of the *Charter*.

[66] In many cases, such as that of Mr. Fleming, the lawful activity that is being restricted by the arrest may itself be protected by the *Charter*. Where a police action prevents individuals from lawfully expressing themselves because their expression might provoke or enrage others, freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) is also implicated. Indeed, the trial judge specifically found, correctly in my view, that the respondents' actions in this case had infringed Mr. Fleming's right under s. 2(b) (see A.R., vol. I, at pp. 59-61).

[67] The purported power in this case would directly impact on a constellation of rights that are fundamental to individual freedom in our society. It would directly undermine the expectation of all individuals, in the lawful exercise of their liberty, to live their lives free from coercive interference by the state.

[68] In light of the substantial *prima facie* interference with liberty that may be occasioned by this power of arrest, the next question in the ancillary powers doctrine analysis is if — and when — such a power would be justified for the purpose of fulfilling a valid police duty.

[65] Ce pouvoir d'arrestation proposé donnerait lieu à première vue à une atteinte importante aux droits fondamentaux relatifs à la liberté. En fait, il existe peu d'actions policières qui portent davantage atteinte à la liberté d'un individu qu'une arrestation — une action qui restreint complètement la capacité d'une personne de se déplacer dans l'espace public, sans coercition de l'État. Comme la Cour l'a récemment signalé, « l'arrestation d'une personne porte foncièrement atteinte à sa liberté » (*R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91, par. 73). Bien entendu, le droit à la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires est garanti par l'art. 9 de la *Charte*. En outre, lorsque des policiers emploient la force pour effectuer une arrestation, ils font aussi directement intervenir un droit général d'être protégé contre l'exercice de la force par l'État, de même que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'art. 7 de la *Charte*.

[66] Dans de nombreux cas, comme dans celui de M. Fleming, l'activité légale qui est restreinte du fait de l'arrestation pourrait en soi être protégée par la *Charte*. Lorsqu'une intervention de la police empêche un individu de s'exprimer légalement parce que cette expression pourrait provoquer ou fâcher autrui, la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) entre aussi en jeu. En effet, la juge du procès a expressément conclu, à bon droit selon moi, que les actions des intimés en l'espèce ont enfreint le droit de M. Fleming protégé par l'al. 2b) (voir d.a., vol. I, p. 59-61).

[67] Le pouvoir invoqué en l'espèce toucherait directement une panoplie de droits qui sont fondamentaux pour la liberté individuelle dans notre société. Il minerait directement l'attente de tous les individus de pouvoir, dans l'exercice légal de leur liberté, vivre leur vie sans interférence coercitive de la part de l'État.

[68] Compte tenu de l'atteinte importante à la liberté qui pourrait, à première vue, découler de ce pouvoir d'arrestation, la question suivante à trancher dans l'analyse de la doctrine des pouvoirs accessoires est celle de savoir si un tel pouvoir serait justifié pour que la police s'acquitte d'un devoir valide et, le cas échéant, dans quelles circonstances.

C. *The First Stage: The Police Duty*

[69] In this case, the purported police power falls within the general scope of the duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property.

[70] These duties have been acknowledged as “principal duties” of the police at common law (P. Ceyssens, *Legal Aspects of Policing* (loose-leaf), at p. 2-1). As far back as *Dedman*, Le Dain J. noted that preserving the peace and protecting life and property are among the common law duties of police officers (p. 32). In Ontario, the duty to preserve the peace is also explicitly enumerated in legislation in s. 42(1)(a) of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15.

[71] Preventing breaches of the peace, which entail violence and a risk of harm, is plainly related to these duties.

[72] With respect, the trial judge’s conclusion on this stage of the ancillary powers doctrine was erroneous. In a single sentence on the issue, she found that, “on the specific facts of this case with respect to Mr. Fleming, the defendants were not ‘preserving the peace’” (A.R., vol. I, at p. 46). This statement confused the different stages of the test.

[73] Although the trial judge’s comments were brief, she appears to have concluded that the respondents’ actions were not justified — on the basis that there was no serious risk of a breach of the peace — and that, as a result, they could not meet the requirements of the first stage. Whether the power is necessary in order to achieve the goal of preserving the peace is a question that is properly left for the second stage. At the first stage, it is clear that actions to prevent a breach of the peace do further the police duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property.

[74] Because the requirements of the first stage are met, the key question in this case concerns the second stage.

C. *La première étape : le devoir policier*

[69] En l’espèce, le présumé pouvoir policier relèverait de la portée générale des devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens.

[70] Ces devoirs ont été reconnus comme des [TRADUCTION] « fonctions principales » de la police par la common law (P. Ceyssens, *Legal Aspects of Policing* (feuilles mobiles), p. 2-1). Déjà, dans l’arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a noté que la préservation de la paix et la protection de la vie et de la propriété figuraient parmi les pouvoirs relevant des policiers en common law (p. 32). En Ontario, la fonction de préservation de la paix est aussi explicitement énumérée à l’al. 42(1)a) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15.

[71] La prévention de violations de la paix, qui supposent de la violence et un risque de préjudice, est directement liée à ces devoirs.

[72] À mon avis, la conclusion de la juge du procès quant à cette étape de la doctrine des pouvoirs accessoires était erronée. En une seule phrase sur la question, elle a déclaré que [TRADUCTION] « d’après les faits propres à cette affaire concernant M. Fleming, les défendeurs ne “préservaient pas la paix” » (d.a., vol. I, p. 46). Cette déclaration confond les différentes étapes du test.

[73] Bien que les commentaires de la juge du procès furent brefs, elle semble avoir conclu que les actes des intimés n’étaient pas justifiés — car il n’y avait pas de risque sérieux de violation de la paix — et que, en conséquence, ils ne pouvaient satisfaire à la première étape du test. Or, la question de savoir si le pouvoir est nécessaire pour atteindre l’objectif de préservation de la paix appartient à la deuxième étape. À la première étape, il est évident que les actes visant à prévenir une violation de la paix permettent aux policiers d’accomplir leurs devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens.

[74] Puisqu’il est satisfait aux exigences de la première étape, la question principale en l’espèce concerne la deuxième étape.

D. *The Second Stage: Reasonably Necessary*

(1) The Unique Context of the Power at Issue in This Case

[75] Courts must always apply the second stage of the ancillary powers doctrine with rigour to ensure that the state has satisfied its burden of demonstrating that the interference with individual liberty is justified and necessary. As Abella J. stated in *Clayton*:

In determining the boundaries of police powers, caution is required to ensure the proper balance between preventing excessive intrusions on an individual's liberty and privacy, and enabling the police to do what is reasonably necessary to perform their duties in protecting the public. [para. 26]

[76] The unique context of the respondents' purported power of arrest makes it particularly difficult to justify at the second stage of the analysis. This Court has held that "[t]he standard of justification must be commensurate with the fundamental rights at stake" (*Clayton*, at para. 21). There are a number of reasons why the "standard of justification" is especially stringent here. The characteristics of the power, and in particular its impact on law-abiding individuals, its preventative nature and the fact that it would be evasive of review, all mean that it will be more difficult to justify as reasonably necessary compared to other common law powers. The bar is higher.

[77] Firstly, the purported police power would expressly be exercised against someone who is not suspected of any criminal wrongdoing or even of threatening to breach the peace. In the past, this Court has only recognized common law police powers that involve interference with liberty where there has been some connection with criminal activities. In these cases, the powers were restricted to circumstances in which there was at least a suspicion that the person affected by the exercise of the power was involved in, or might commit, some offence. For example, this Court has accepted powers intended to prevent an assault on the person of a foreign

D. *La deuxième étape : raisonnablement nécessaire*

(1) Le contexte unique du pouvoir en cause en l'espèce

[75] Les tribunaux doivent toujours appliquer la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires avec rigueur pour veiller à ce que l'État s'acquitte de son fardeau de démontrer que l'atteinte à la liberté individuelle est justifiée et nécessaire. Comme la juge Abella l'a mentionné dans l'arrêt *Clayton* :

Il faut délimiter les pouvoirs policiers avec prudence afin d'établir un juste équilibre entre la prévention de l'atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d'une personne et l'octroi aux policiers de pouvoirs raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens. [par. 26]

[76] Compte tenu du contexte unique du pouvoir proposé d'arrestation des intimés, il est particulièrement difficile de le justifier au regard de la deuxième étape de l'analyse. La Cour a jugé que « [l]a norme de justification doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause » (*Clayton*, par. 21). Dans ce cas, la « norme de justification » est particulièrement rigoureuse pour plusieurs raisons. Les caractéristiques du pouvoir, et notamment ses conséquences sur les individus qui respectent la loi, sa nature préventive et le fait qu'il échapperait à l'examen des tribunaux, indiquent toutes qu'il serait plus difficile de le justifier comme étant raisonnablement nécessaire en comparaison à d'autres pouvoirs reconnus en common law. La barre est haute.

[77] Premièrement, le présumé pouvoir policier serait expressément exercé à l'encontre d'un individu qui n'est pas soupçonné d'avoir commis un acte criminel ou même de menacer de violer la paix. Dans le passé, la Cour n'a reconnu des pouvoirs policiers en common law qui supposent une atteinte à la liberté que lorsqu'il y avait un certain lien avec des activités criminelles. Dans ces cas, les pouvoirs se limitaient aux circonstances où il existait au moins un soupçon que l'individu touché par l'exercice du pouvoir avait participé à une infraction ou était susceptible d'en commettre une. Par exemple, la Cour a reconnu l'existence de pouvoirs visant la prévention

dignitary (*R. v. Knowlton*, [1974] S.C.R. 443), detect impaired driving (*Dedman*) or eliminate threats to officers posed by weapons (*MacDonald; Mann*). In other cases, the recognized powers related directly to the investigation of particular crimes (*Godoy; Mann; Clayton; Kang-Brown*).

[78] The instant case is different. Here, the respondents are proposing a power that would enable the police to interfere with the liberty of someone who they accept is acting lawfully and who they do not suspect or believe is about to commit any offence. It would be difficult to overemphasize the extraordinary nature of this power. Such a power would constitute a major restriction on the lawful actions of individuals in this country. It is especially important for the courts to guard against intrusions on the liberty of persons who are neither accused nor suspected of committing any crime (see *Penunsi*, at para. 68).

[79] As Lord Mance stated in *Laporte*, “wherever possible, the focus of preventive action should, on any view, be on those about to act disruptively, not on innocent third parties” (para. 149). Similarly, Lord Brown of Eaton-Under-Heywood noted that “the police’s first duty is to protect the rights of the innocent rather than to compel the innocent to cease exercising them” (para. 124).

[80] The fundamental nature of the liberty interests at stake coupled with the extraordinary proposition of interfering with those interests where the affected individual is under no suspicion of unlawful conduct mandates a stringent and exacting justificatory analysis.

[81] Secondly, the purported police power in the case at bar is preventative. The respondents propose a power that would enable the police to act to prevent breaches of the peace before they arise.

[82] The ancillary powers doctrine does not limit police actions to cases in which a crime has already

d’une attaque sur la personne d’un dignitaire étranger (*R. c. Knowlton*, [1974] R.C.S. 443), la détection de la conduite avec facultés affaiblies (*Dedman*) et l’élimination des menaces que représentent les armes à l’endroit de policiers (*MacDonald; Mann*). Dans d’autres cas, les pouvoirs reconnus étaient directement liés aux enquêtes sur des crimes particuliers (*Godoy; Mann; Clayton; Kang-Brown*).

[78] Le cas présent est différent. Les intimés proposent la reconnaissance d’un pouvoir qui autoriserait les policiers à porter atteinte à la liberté d’un individu qui, ils le reconnaissent, agit en toute légalité et qu’ils ne soupçonnent pas ou ne croient pas être sur le point de commettre une infraction. On ne peut trop insister sur la nature extraordinaire qu’aurait ce pouvoir. Il constituerait une atteinte majeure aux actes légaux d’individus dans ce pays. Il est particulièrement important que les tribunaux protègent les individus contre les restrictions à leur liberté lorsqu’ils ne sont ni accusés ni soupçonnés d’avoir commis une infraction (voir *Penunsi*, par. 68).

[79] Comme Lord Mance l’a déclaré dans l’arrêt *Laporte*, [TRADUCTION] « chaque fois que cela est possible, la mesure préventive devrait, à mon avis, viser les individus qui sont sur le point de troubler la paix et non les tiers innocents » (par. 149). De même, Lord Brown d’Eaton-Under-Heywood a observé que [TRADUCTION] « le premier devoir de la police est de protéger les droits des innocents et non d’obliger ceux-ci à cesser de les exercer » (par. 124).

[80] La nature fondamentale des droits relatifs à la liberté en cause jumelée à la proposition extraordinaire de porter atteinte à ces droits lorsque l’individu touché n’est pas soupçonné de conduite illégale requiert une analyse de justification rigoureuse et exigeante.

[81] Deuxièmement, le présumé pouvoir policier en l’espèce en est un de prévention. Les intimés proposent la reconnaissance d’un pouvoir qui permettrait aux policiers d’agir de manière à prévenir des violations de la paix avant qu’elles ne surviennent.

[82] La doctrine des pouvoirs accessoires ne limite pas l’action policière aux cas où une infraction ou

been committed or a breach of the peace has already taken place. The common law police duties of preserving the peace, preventing crime and protecting life and property clearly entail an ability to act proactively when appropriate. In this sense, I agree with Doherty J.A. that:

Not all law enforcement is reactive. The police duty to prevent crime and maintain the public peace commands proactive measures on their part. . . .

Proactive policing is in many ways more efficient and effective than reactive policing.

(*Brown*, at p. 246)

[83] Where such preventative actions do not interfere with individual liberty, the police do of course have broad latitude. Once invasive police actions do intrude upon individual liberty, however, the courts must be very cautious about authorizing them merely because an unlawful or disruptive act could occur in the future. Vague or overly permissive standards in such situations would sanction profound intrusions on liberty with little societal benefit. As a general rule, it will be more difficult for the state to justify invasive police powers that are preventative in nature than those that are exercised in responding to or investigating a past or ongoing crime (*Figueiras*, at para. 45; see also *Brown*, at pp. 249-51).

[84] Thirdly, the exercise of the respondents' purported police power would be evasive of review. Since this power of arrest would generally not result in the laying of charges, the affected individuals would often have no forum to challenge the legality of the arrest outside of a costly civil suit (see J. Esmonde, "The Policing of Dissent: The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations" (2002), 1 *J.L. & Equality* 246, at pp. 254-55). Judicial oversight of the exercise of such a police

une violation de la paix a déjà été commise. Les devoirs des policiers découlant de la common law qui visent à maintenir la paix, à prévenir le crime et à protéger la vie des personnes et les biens supposent clairement une capacité d'agir de manière proactive, au besoin. En ce sens, je souscris aux commentaires suivants du juge Doherty :

[TRADUCTION] Ce ne sont pas tous les pouvoirs d'application de la loi qui sont réactifs. Le devoir des policiers de prévenir le crime et de maintenir l'ordre public exige des mesures proactives de leur part . . .

Les mesures proactives de maintien de l'ordre sont, à de nombreux égards, plus efficaces que les mesures réactives.

(*Brown*, p. 246)

[83] Lorsque de telles actions préventives ne portent pas atteinte à la liberté d'un individu, la police dispose, bien sûr, d'une grande latitude. Toutefois, lorsque ces actions policières attentatoires empiètent sur la liberté individuelle, les tribunaux doivent faire preuve d'une grande prudence quant au fait de les autoriser uniquement parce qu'un acte illégal ou perturbateur pourrait être commis. Des normes vagues ou trop permissives dans de telles situations auraient pour effet d'autoriser des atteintes importantes à la liberté, qui auraient par ailleurs peu d'avantages pour la société. En règle générale, il sera plus difficile pour l'État de justifier des pouvoirs policiers invasifs qui sont de nature préventive que ceux qui sont exercés en réponse à un crime ou qui permettent de mener une enquête sur un crime commis ou en cours (*Figueiras*, par. 45; voir également *Brown*, p. 249-251).

[84] Troisièmement, l'exercice des présumés pouvoirs policiers des intimés échapperait à l'examen des tribunaux. En effet, puisque ce pouvoir d'arrestation n'entraînerait généralement pas le dépôt d'accusations, l'individu concerné n'aurait souvent pas l'occasion de contester la légalité de l'arrestation, outre une poursuite coûteuse au civil (voir J. Esmonde, « The Policing of Dissent : The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations » (2002), 1 *J.L. & Equality* 246, p. 254-255).

power would therefore be rare. For this reason, any standard outlined at the outset would have to be clear and highly protective of liberty.

[85] These factors demonstrate that the application of the ancillary powers doctrine to the purported police power at issue in this case must be particularly stringent at the second stage. The standard of justification will be onerous and the respondents bear a heavy burden if they are to establish that the power is reasonably necessary.

[86] This restrictive approach to justification is consistent with how courts have treated similar or related common law powers whose purpose is to prevent breaches of the peace both in this country (see *Brown; Figueiras; R. v. C.E.*, 2009 NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391, at paras. 36-39) and in other common law jurisdictions (see *Bibby v. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin v. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *Laporte*).

[87] I will now turn to the application of the second stage of the ancillary powers doctrine to the particular police power at issue in the instant case.

(2) The Power to Arrest Someone Who Is Acting Lawfully in Order to Prevent an Apprehended Breach of the Peace

[88] In applying the second stage of the ancillary powers doctrine stringently in this case, it becomes clear that a police power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent a breach of the peace is not reasonably necessary for the fulfillment of the relevant duties.

[89] I will begin my analysis with the three factors from *MacDonald*. Regarding the importance of the duty, there is no doubt that preserving the peace and protecting people from violence are immensely important. Breaches of the peace can threaten the safety

Les tribunaux ne se pencheraient donc que rarement sur l'exercice de ce pouvoir policier. Pour cette raison, toute norme établie devrait d'entrée de jeu être claire et assurer une grande protection du droit à la liberté.

[85] Ces facteurs démontrent que la doctrine des pouvoirs accessoires au présumé pouvoir policier en cause en l'espèce doit être appliquée de manière particulièrement rigoureuse à la deuxième étape de l'analyse. La norme de justification sera sévère et les intimés devront s'acquitter d'un lourd fardeau pour démontrer que le pouvoir est raisonnablement nécessaire.

[86] Cette approche restrictive relative à la justification est conforme à la façon dont les tribunaux traitent des pouvoirs similaires en common law dont l'objet est de prévenir des violations de la paix tant dans notre pays (voir *Brown; Figueiras; R. c. C.E.*, 2009 NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391, par. 36-39) que dans d'autres ressorts de common law (voir *Bibby c. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin c. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *Laporte*).

[87] Je passe maintenant à l'application de la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires au pouvoir policier en cause en l'espèce.

(2) Le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix

[88] En appliquant rigoureusement la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires au présent cas, il devient évident que le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation de la paix n'est pas raisonnablement nécessaire pour l'accomplissement des devoirs pertinents.

[89] Je commence mon analyse par les trois facteurs établis dans l'arrêt *MacDonald*. En ce qui concerne l'importance du devoir, il ne fait aucun doute que préserver la paix et protéger les gens contre la violence sont des devoirs extrêmement importants.

and lives of individuals and can erode the public's sense of security.

[90] Concerning the necessity of the infringement for the performance of the duty, there may be exceptional circumstances in which some interference with liberty is required in order to prevent a breach of the peace.

[91] With respect to the extent of the infringement, any interference with individual liberty will be justified only insofar as it is necessary in order to prevent the breach of the peace from occurring (see *MacDonald*, at para. 39). As I mentioned earlier, an arrest is one of the most extreme intrusions on individual liberty available to the police. Where there are less invasive measures that would be effective in preventing the breach, they must be taken instead.

[92] On considering these factors, I do not see how so drastic a power as that of *arrest* can be reasonably necessary. I cannot conceive of circumstances in which a common law power of arrest will be required in order to prevent violence from occurring where there are no other means — available either at common law or in legislation — that would serve this purpose.

[93] In this regard, it is important to note the statutory powers of arrest that are already available to police officers in such situations. Section 129 of the *Criminal Code* reads:

Every one who

(a) resists or wilfully obstructs a public officer or peace officer in the execution of his duty or any person lawfully acting in aid of such an officer,

(b) omits, without reasonable excuse, to assist a public officer or peace officer in the execution of his duty in arresting a person or in preserving the peace, after having reasonable notice that he is required to do so

...

Les violations de la paix peuvent menacer la sécurité et la vie d'individus et peuvent compromettre le sentiment de sécurité du public.

[90] Pour ce qui est du caractère nécessaire de l'atteinte pour l'accomplissement du devoir, il se peut qu'il existe de rares circonstances dans lesquelles une certaine atteinte à la liberté est nécessaire pour prévenir une violation de la paix.

[91] Quant à l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle, celle-ci n'est justifiée que dans la mesure où elle est nécessaire pour prévenir la violation de la paix (voir *MacDonald*, par. 39). Comme je l'ai mentionné précédemment, l'arrestation est une des mesures dont dispose la police qui porte le plus atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, lorsque d'autres mesures moins attentatoires permettraient aussi de prévenir la violation, il faut y avoir recours.

[92] Après analyse de ces facteurs, je ne vois pas comment un pouvoir aussi draconien qu'un pouvoir d'*arrestation* pourrait être raisonnablement nécessaire. Je ne peux concevoir dans quelles circonstances un pouvoir d'arrestation en common law serait nécessaire pour prévenir un acte violent lorsqu'aucune autre mesure — autorisée par la common law et par les lois — ne permettrait d'atteindre cette fin.

[93] À cet égard, il importe de noter que les lois prévoient déjà des pouvoirs d'arrestation pour les policiers dans de telles situations. L'art. 129 du *Code criminel* mentionne notamment ce qui suit :

Quiconque, selon le cas :

a) volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions ou toute personne prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent, ou lui résiste en pareil cas;

b) omet, sans excuse raisonnable, de prêter main-forte à un fonctionnaire public ou à un agent de la paix qui exécute ses fonctions en arrêtant quelqu'un ou en préservant la paix, après un avis raisonnable portant qu'il est requis de le faire;

...

is guilty of

(d) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(e) an offence punishable on summary conviction.

Additionally, s. 270 creates an offence for assaulting “a public officer or peace officer engaged in the execution of his duty or a person acting in aid of such an officer”. All of these offences may be prosecuted by indictment, which means that under s. 495(1)(a), an officer may arrest a person who is committing one of them without a warrant.

[94] Consequently, if an individual fails to comply with less intrusive measures taken by a police officer to avert a breach of the peace — by “resist[ing] or wilfully obstruct[ing]” the officer in the lawful execution of his or her duty, assaulting the officer, or omitting to assist the officer in preserving the peace after “having reasonable notice” of a requirement to do so — a statutory power of arrest already exists under the *Criminal Code*.

[95] The respondents’ purported power of arrest would result in serious interference with individual liberty. As a result, such an arrest cannot be justified under the ancillary powers doctrine. There is already a statutory power of arrest that can be exercised should an individual resist or obstruct an officer taking other, less intrusive measures. It is not reasonably necessary to recognize another common law power of arrest in such circumstances. Therefore, to be clear, the only available powers to arrest someone in order to prevent an apprehended breach of the peace initiated by other persons are the ones that are expressly provided for in the *Criminal Code*. In my view, these statutory powers are sufficient, and any additional common law power of arrest would be unnecessary.

[96] To the extent that the judges in the majority of the Court of Appeal concluded that Mr. Fleming’s

est coupable :

d) soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans;

e) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

En outre, l’art. 270 crée une infraction pour les voies de fait contre « un fonctionnaire public ou un agent de la paix agissant dans l’exercice de leurs fonctions, ou une personne qui leur prête main-forte ». Toutes ces infractions peuvent être punissables par mise en accusation, de sorte qu’un agent peut arrêter sans mandat en vertu de l’al. 495(1)a) la personne qui commet l’une ou l’autre de ces infractions.

[94] En conséquence, lorsqu’un individu ne se conforme pas à des mesures policières moins intrusives visant à empêcher une violation de la paix — en faisant « volontairement entrave » au travail de l’agent qui agit dans l’exercice légitime de ses fonctions, en l’agressant ou en ne l’aidant pas à préserver la paix après « un avis raisonnable portant qu’il est requis de le faire » —, le *Code criminel* prévoit déjà un pouvoir statuaire d’arrestation.

[95] Le pouvoir d’arrestation proposé par les intimés porterait gravement atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, une telle arrestation ne peut être justifiée au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il existe déjà un pouvoir d’arrestation statuaire qui peut être exercé si un individu résiste ou fait entrave au travail d’un policier qui recourt à d’autres mesures moins intrusives. Il n’est pas raisonnablement nécessaire qu’un autre pouvoir d’arrestation soit reconnu en common law dans ces circonstances. Donc, pour être claire, les seuls pouvoirs d’arrestation d’un individu dont disposent les policiers pour prévenir une violation appréhendée de la paix initiée par d’autres individus sont les pouvoirs qui sont expressément prévus au *Code criminel*. À mon avis, ces pouvoirs d’arrestation statuaire suffisent et tout autre pouvoir d’arrestation que pourrait reconnaître la common law serait inutile.

[96] Dans la mesure où les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’arrestation de

arrest was justified under the ancillary powers doctrine because it had been effective in preventing any breach of the peace from occurring, they were respectfully in error. Nordheimer J.A. stated:

The trial judge faults the officers for not instituting a buffer zone between the respondent and the protestors and for not calling for backup from other available officers, as alternatives to arresting the respondent. While both of these routes were available, the basis for the trial judge's criticism of the officers is unclear. There was no need to institute a buffer zone if the matter could be addressed by removing the respondent as the source of the friction. Further, there is no reason to believe that a buffer zone of six or seven officers against eight to ten rushing protestors (with others available to join that group) would have been effective or whether it would have simply resulted in a larger confrontation. Similarly, there was no reason to call for backup, and run the risk of inflaming tensions by such a show of force if, again, the matter could be addressed by removing the respondent. [para. 57]

[97] Firstly, the argument that Mr. Fleming's arrest was effective in preventing violence is not very persuasive, given the trial judge's finding that there was not a real risk of such violence (A.R., vol. I, at p. 49). In other words, Mr. Fleming's arrest cannot be said to have prevented violence if violence was unlikely to occur even had he not been arrested.

[98] Secondly, the mere fact that a police action was effective cannot be relied upon to justify its being taken if it interfered with an individual's liberty. For an intrusion on liberty to be justified, the common law rule is that it must be "reasonably necessary". If the police can reasonably attain the same result by taking an action that intrudes less on liberty, a more intrusive measure will not be reasonably necessary no matter how effective it may be. An intrusion upon liberty should be a measure of last resort, not a first option. To conclude otherwise would be generally to sanction actions that infringe the freedom of individuals significantly as long as

M. Fleming était justifiée en application de la doctrine des pouvoirs accessoires parce qu'elle avait été efficace pour prévenir une violation de la paix, j'estime qu'ils avaient tort. Le juge Nordheimer a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La juge du procès reproche aux policiers de ne pas avoir établi de zone tampon entre l'intimé et les manifestants et de ne pas avoir demandé de renforts au lieu d'arrêter l'intimé. Bien que les policiers aient pu recourir à ces deux options, le fondement des critiques de la juge du procès n'est pas clair. Il n'y avait pas lieu d'établir une zone tampon si l'affaire pouvait être réglée par l'expulsion de l'intimé, qui était la source des tensions. De plus, il n'y a aucune raison de croire qu'une zone tampon de six ou sept agents contre huit à dix manifestants qui approchaient rapidement (en plus des autres qui étaient prêts à rejoindre le groupe) aurait été efficace, ni aucune façon de savoir si elle n'aurait pas simplement donné lieu à une plus grande confrontation. De même, il n'y avait aucune raison de demander des renforts et de courir le risque d'aggraver la situation par une telle démonstration de force si, encore une fois, l'affaire pouvait être réglée par l'expulsion de l'intimé. [par. 57]

[97] Premièrement, l'argument selon lequel l'arrestation de M. Fleming avait été efficace pour prévenir la violence n'est pas très convaincant étant donné les conclusions de la juge du procès selon lesquelles il n'y avait pas de risque réel d'une telle violence (d.a., vol. I, p. 49). Autrement dit, on ne peut pas affirmer que l'arrestation de M. Fleming a permis de prévenir des actes de violence s'il était improbable que de tels actes soient commis, même s'il n'avait pas été arrêté.

[98] Deuxièmement, on ne peut se fonder sur le simple fait qu'une action policière ait été efficace pour justifier qu'elle ait été prise si elle a porté atteinte à la liberté d'un individu. Pour qu'une telle atteinte soit justifiée, la common law exige qu'elle soit « raisonnablement nécessaire ». Si les policiers peuvent raisonnablement atteindre le même résultat en prenant une mesure qui porte moins atteinte à la liberté, une mesure plus intrusive ne sera pas raisonnablement nécessaire, quelle que soit son efficacité. Une atteinte à la liberté devrait être une mesure de dernier recours et non la première option choisie par les autorités. Conclure autrement aurait pour

they are effective. That is a recipe for a police state, not a free and democratic society.

[99] The courts have held that police powers that involve interference with liberty will not be justified if they are *ineffective* at preventing breaches of the peace. For example, in *Figueiras*, the Ontario Court of Appeal said: “If the interference with individual rights bears no rational connection to the duty being performed or is not effective in furthering the police duty, then surely it is not a ‘necessary’ interference” (para. 93). This is not the same as saying that any powers are justified if they are effective.

[100] As Binnie J. stated in his concurring reasons in *Clayton*, “[w]hile the effectiveness itself of police action does not confer legitimacy, the *absence* of likely effectiveness would argue strongly against a valid blockade” (para. 99 (emphasis in original)). Thus, the respondents cannot rely merely on the fact that arresting Mr. Fleming was effective in order to establish that doing so was justified.

E. *Was Mr. Fleming’s Arrest Lawful?*

[101] In light of the above conclusion, Mr. Fleming’s arrest on May 24, 2009, was not authorized at common law.

[102] Because there is no common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace, the officers in this case did not have lawful authority to arrest Mr. Fleming. The trial judge specifically found that Mr. Fleming had not done anything unlawful before being arrested; there was no evidence before her that he had committed any offence in walking along Argyle Street, entering D.C.E. property or standing there with his Canadian flag (A.R., vol. I, at pp. 66-67). Nor was there evidence that he had himself been about to commit an indictable offence or a breach of the peace. The respondents have not

effet d’autoriser généralement des actions qui portent considérablement atteinte à la liberté des individus, tant qu’elles sont efficaces. Il s’agirait d’une recette pour un État policier et non pour une société libre et démocratique.

[99] Selon la jurisprudence, les pouvoirs policiers qui entraînent une atteinte à la liberté ne sont pas justifiés lorsqu’ils *ne permettent pas* de prévenir des violations de la paix. Par exemple, dans l’arrêt *Figueiras*, la Cour d’appel de l’Ontario a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Si l’atteinte aux droits individuels n’a pas de lien rationnel avec le devoir accompli ou ne permet pas de favoriser l’accomplissement du devoir policier, il ne s’agit manifestement pas d’une atteinte “nécessaire” » (par. 93). Cela est différent de l’affirmation selon laquelle tous les pouvoirs sont justifiés pourvu qu’ils soient efficaces.

[100] Comme le juge Binnie l’a mentionné dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Clayton* : « Même si, en soi, l’efficacité d’une intervention policière ne lui confère pas de légitimité, l’*absence* de toute chance de succès milite sérieusement contre sa validité » (par. 99 (en italique dans l’original)). Ainsi, les intimés ne peuvent pas se fonder uniquement sur l’efficacité de l’arrestation de M. Fleming pour la justifier.

E. *L’arrestation de M. Fleming était-elle légale?*

[101] Compte tenu de la conclusion que j’ai tirée précédemment, l’arrestation de M. Fleming le 24 mai 2009 n’était pas autorisée en common law.

[102] Comme il n’existe aucun pouvoir en common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix, les policiers n’avaient pas l’autorité légale d’arrêter M. Fleming en l’espèce. La juge du procès a spécifiquement conclu que M. Fleming n’avait rien fait d’illégal avant d’être arrêté; aucune preuve dans le dossier ne démontrait qu’il avait commis une infraction en marchant le long de la rue Argyle, en pénétrant sur les terres des D.D.C. ou en se trouvant debout avec son drapeau canadien (d.a., vol. I, p. 66-67). Aucune preuve ne démontrait non plus qu’il était lui-même sur le point de commettre un

sought to challenge this finding on appeal, nor have they cited or relied on any statutory power to arrest Mr. Fleming. They do not claim that the arrest was authorized pursuant to s. 129, s. 270, s. 495(1)(a) or any other provision of the *Criminal Code*. They rely *entirely* on a common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by other persons — a power that I have found to be non-existent.

[103] One purported error by the trial judge — relied on by both the majority of the Court of Appeal and the respondents in this appeal to challenge her conclusion that Mr. Fleming’s arrest was not lawful — lies in her comments that the flag rally was not an “Aboriginal Critical Incident” and that the O.P.P. was wrong to apply the Aboriginal Critical Incidents Framework in developing its operational plan. Some of the trial judge’s comments in referring to the O.P.P.’s use of the framework and her criticism of the O.P.P.’s consultation with local Indigenous groups were unfortunate and unwarranted.

[104] That being said, it is my view that this purported error is largely irrelevant to the central legal issues in this case. How the O.P.P. characterized the event in advance has no impact on the question of whether the respondents’ actions in arresting Mr. Fleming were lawful. I agree with Huscroft J.A. that any error on the trial judge’s part in this regard could not be legally relevant, because:

Nothing follows from it: the O.P.P.’s policy had no special status in law. Even assuming that the trial judge erred — assuming that the flag rally was an “Aboriginal Critical Incident” and the police were following the policy they had established — the lawfulness of Mr. Fleming’s arrest [did] not [depend] on whether it complied with police policy . . . [para. 82]

acte criminel ou de violer la paix. Les intimés n’ont pas cherché à contester cette conclusion en appel et n’ont pas non plus invoqué de pouvoir statutaire, ni ne se sont fondés sur un tel pouvoir, pour arrêter M. Fleming. Ils ne soutiennent pas que l’arrestation était autorisée par les art. 129, 270 ou l’al. 495(1)a) ou par quelque autre disposition du *Code criminel*. Ils se fondent *entièrement* sur un pouvoir de common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres individus — un pouvoir qui, comme je l’ai conclu, n’existe pas.

[103] Une erreur qu’aurait commise la juge du procès et sur laquelle tant les juges majoritaires de la Cour d’appel que les intimés au présent pourvoi se sont fondés pour contester sa conclusion selon laquelle l’arrestation de M. Fleming n’était pas légale découle de ce qu’elle a mentionné que le rallye du drapeau n’était pas un « incident critique concernant les Autochtones » et que la P.P.O. avait eu tort d’appliquer le Cadre en cas d’incident critique concernant les Autochtones dans l’élaboration de son plan opérationnel. Certains commentaires de la juge du procès concernant l’utilisation de ce Cadre par la P.P.O. ainsi que ses critiques à l’égard de la consultation des groupes autochtones locaux par la P.P.O. étaient maladroits et injustifiés.

[104] Cela dit, je suis d’avis que cette prétendue erreur est très peu pertinente en ce qui concerne les questions de droit centrales en l’espèce. La manière dont la P.P.O. a catégorisé l’événement à l’avance n’a pas d’incidence sur la légalité de l’arrestation de M. Fleming par les intimés. Je suis d’accord avec le juge Huscroft pour dire que toute erreur de la part de la juge du procès à cet égard ne pouvait être juridiquement pertinente pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION] Rien n’en découle : la politique de la P.P.O. n’avait aucun statut légal spécial. Même en supposant que la juge du procès a commis une erreur — donc en tenant pour acquis que le rallye du drapeau était un « incident critique concernant les Autochtones » et que la police suivait la politique qu’elle avait établie —, la légalité de l’arrestation de M. Fleming ne dépendait pas de sa conformité à la politique de la police . . . [par. 82]

[105] The conclusion that the respondents' purported common law power of arrest does not exist is on its own sufficient for this Court to allow the appeal, as it leads inevitably to the result that the respondents had no authority at common law to arrest Mr. Fleming in the circumstances of this case. As no other legal authority was proposed for the arrest, it was therefore unlawful.

[106] At the hearing of this appeal, however, the question arose whether the police have the power to require a person to temporarily move out of immediate harm's way in fulfillment of their common law duty to protect life. This discussion concerned an unlikely, but conceivable, situation in which an angry mob is about to attack someone who is lawfully exercising his or her freedom of speech and the person refuses to voluntarily accompany a lone police officer at the scene. Counsel for Mr. Fleming accepted that such a power "must be able to exist in certain type[s] of restricted circumstances" (transcript, at p. 10).

[107] Over the years, some courts have recognized that a common law police power short of arrest may exist "in truly extreme and exceptional circumstances" for the purpose of preventing an imminent breach of the peace (*Austin*, at para. 119). Stringent standards have been developed to ensure that any such substantial police interference with a person's liberty was demonstrably and reasonably necessary. The limited number of cases on this subject show that the exercise of such powers, if they exist, will generally not be found to be reasonably necessary unless, at a minimum, the apprehended breach of the peace is imminent, the risk of violence is sufficiently serious, the risk of it occurring is substantial, and no less intrusive measures are reasonably available (see the Irish case of *O'Kelly v. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105 (C.A.), at p. 109, and the decision of the House of Lords in *Laporte*, at paras. 62, 66, 68-69, 101-2, 114 and 141). Additionally, it must be demonstrated that the exercise of the power can in fact be effective in preventing the breach of the peace (see *Figueiras*, at para. 93).

[105] La conclusion selon laquelle les pouvoirs des intimés supposément reconnus par la common law n'existent pas suffit, à elle seule, pour que la Cour accueille l'appel, puisqu'elle mène inévitablement au résultat que les intimés ne disposaient d'aucun pouvoir en common law d'arrêter M. Fleming dans les circonstances de la présente affaire. Comme les intimés n'ont invoqué aucun autre fondement pour justifier l'arrestation, elle était illégale.

[106] Toutefois, lors de l'audition du présent pourvoi, il a été question de savoir si les policiers ont le pouvoir d'exiger qu'une personne s'éloigne temporairement du danger immédiat pour s'acquitter de leur devoir de common law de protéger la vie. Cette discussion concernait une situation improbable, mais concevable, dans laquelle une foule en colère est sur le point d'attaquer une personne qui exerce légalement sa liberté d'expression et qui refuse d'accompagner volontairement un policier seul sur les lieux. L'avocat de M. Fleming a reconnu qu'un tel pouvoir [TRADUCTION] « doit pouvoir exister dans certains types de circonstances restreintes » (transcription, p. 10).

[107] Au fil des ans, certains tribunaux ont reconnu qu'un pouvoir policier de common law, moins sévère que l'arrestation, peut exister [TRADUCTION] « dans des circonstances vraiment extrêmes et exceptionnelles » dans le but de prévenir une violation imminente de la paix (*Austin*, par. 119). Des normes rigoureuses ont été élaborées pour s'assurer que toute atteinte policière aussi importante à la liberté d'une personne était manifestement et raisonnablement nécessaire. Le nombre limité de causes sur ce sujet démontre que l'exercice de tels pouvoirs, s'ils existent, ne sera généralement pas jugé raisonnablement nécessaire à moins que, minimalement, la violation appréhendée de la paix soit imminente, le risque de violence soit suffisamment grave, le risque que la violence survienne soit important et que les policiers ne puissent raisonnablement recourir à aucune mesure moins intrusive (voir l'affaire irlandaise *O'Kelly c. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105 (C.A.), p. 109, et la décision de la Chambre des Lords dans *Laporte*, par. 62, 66, 68-69, 101-102, 114 et 141). En outre, il doit être démontré que l'exercice du pouvoir peut de fait être efficace pour prévenir la violation de la paix (voir *Figueiras*, par. 93).

[108] It is neither necessary nor advisable for this Court to comment on whether, when fulfilling their duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property, the police may have some other common law powers short of arrest to prevent an apprehended breach of the peace. The instant case was not advanced on the basis that such a power exists at common law in Canada. Any such power is clearly not the power the respondents exercised against Mr. Fleming in the instant case: they intended to arrest Mr. Fleming, and that is plainly what they did. There is no dispute on this point. Therefore, it is not necessary to determine whether such powers exist and whether one of them would have been available to the respondents in the circumstances of this case.

[109] Further, in Canada, because any such hypothetical power would infringe on individual liberty (see *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 25), it would also need to be justified under the ancillary powers doctrine. It would be inconsistent with the cautious and restrained approach to common law police powers that courts are required to take if we were to recognize this power in this case on the basis of hypothetical scenarios. I would therefore leave the recognition of such a power, if one exists, either to Parliament or to a court hearing a case in which the power is raised squarely on the facts.

F. *The Breach of Mr. Fleming's Right Under Section 2(b) of the Charter*

[110] The trial judge held that the actions of the police had violated Mr. Fleming's right to freedom of expression by preventing him from taking part in the flag rally and expressing his views about contentious political issues in his community. The respondents have not challenged this conclusion specifically other than by endorsing the Court of Appeal's conclusion that Mr. Fleming's arrest was lawful. I will only make a few additional comments on this issue.

[108] Il n'est ni nécessaire ni souhaitable que la Cour formule des commentaires sur l'existence ou non de pouvoirs hypothétiques en common law, moins sévères que l'arrestation, auxquels pourraient recourir les policiers lorsqu'ils s'acquittent de leurs devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens, pour prévenir une violation appréhendée de la paix. La présente cause n'a pas été présentée sur la base de l'existence d'un tel pouvoir en common law au Canada. Un tel pouvoir n'est clairement pas le pouvoir que les intimés ont exercé contre M. Fleming dans la présente affaire; ils entendaient mettre M. Fleming en état d'arrestation et c'est clairement ce qu'ils ont fait. Cette question ne fait l'objet d'aucun débat. Il n'est donc pas nécessaire que nous déterminions l'existence de tels pouvoirs et la possibilité pour les intimés d'y recourir dans les circonstances de la présente affaire.

[109] En outre, au Canada, puisque tout pouvoir hypothétique de ce type porterait atteinte à la liberté individuelle (voir *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 25), il devrait également être justifié au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il ne serait pas compatible avec l'approche prudente et mesurée que les tribunaux sont tenus d'adopter en matière de reconnaissance de pouvoirs policiers en common law que nous ayons à reconnaître ce pouvoir en l'espèce sur le fondement de scénarios hypothétiques. Je laisserais donc le soin au législateur ou au tribunal saisi d'une cause où la question de ce pouvoir sera clairement soulevée compte tenu des faits en cause de le reconnaître, s'il en existe un.

F. *L'atteinte au droit garanti à M. Fleming par l'al. 2b) de la Charte*

[110] La juge du procès a conclu que l'intervention policière avait porté atteinte au droit à la liberté d'expression de M. Fleming, parce qu'elle l'avait empêché de prendre part au rallye du drapeau et d'exprimer son point de vue sur les questions politiques litigieuses dans sa collectivité. Les intimés n'ont pas contesté cette conclusion spécifiquement, autrement qu'en appuyant la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'arrestation de M. Fleming était légale. Je ne formulerai que quelques commentaires additionnels à cet égard.

[111] The ancillary powers doctrine has been applied by this Court previously in the context of *Charter* rights that are qualified by the language used in the *Charter* itself — such as the right to be secure against *unreasonable* search and seizure as provided for in s. 8 or the right not to be *arbitrarily* detained as provided for in s. 9. The Court has held that, where a police action is authorized by the common law, there is no infringement of these *Charter* rights, because the internal limits of the rights are respected. For example, a lawful detention pursuant to a common law power was held not to be *arbitrary* for the purposes of s. 9 in *Clayton and Mann*; likewise, a lawful search pursuant to a common law power was held not to be *unreasonable* for the purposes of s. 8 in *MacDonald*. The internal limits of those rights require that the police conduct be authorized by law, which can include the common law. Provided that the remaining criteria of the applicable internal limits are satisfied, there will be no *Charter* breach, and therefore no need to justify a breach pursuant to s. 1.

[112] However, some of the interveners in this appeal are suggesting — as the Ontario Court of Appeal did in *Figueiras*, at para. 53 — that the analysis is different in the case of rights that are guaranteed by the *Charter* in unqualified language, such as the right to freedom of expression under s. 2(b) (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 43-6). These interveners argue that the ancillary powers doctrine is insufficient to demonstrate the absence of a *Charter* breach where such rights are limited by police powers, since the language of the relevant *Charter* provisions does not restrict infringements to “unreasonable” or “arbitrary” state action. They submit that, where a common law police power limits freedom of expression, the state would still be required to justify the limit under s. 1 of the *Charter* by means of the familiar test from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In their opinion, the fact that the limit is authorized by the common law — and is therefore “prescribed by law” (see *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 978-79) — does not mean that the limit can

[111] La doctrine des pouvoirs accessoires a déjà été appliquée par la Cour dans le contexte de droits garantis par la *Charte* qui comportent des limites énoncées dans le libellé même des dispositions pertinentes — c’est le cas notamment du droit de ne pas être assujéti à des fouilles et saisies *abusives* garanti par l’art. 8 ou de celui de ne pas être détenu *arbitrairement* prévu à l’art. 9. La Cour a jugé que, lorsqu’une intervention policière est autorisée par la common law, il n’y a pas d’atteinte à ces droits garantis par la *Charte*, parce que leur limite intrinsèque est respectée. Par exemple, il a été jugé dans les arrêts *Clayton* et *Mann* qu’une détention légale en vertu d’un pouvoir reconnu par la common law n’était pas *arbitraire* aux termes de l’art. 9; de même, il a été jugé dans l’arrêt *MacDonald* qu’une fouille légale menée en vertu d’un pouvoir conféré par la common law n’était pas *abusive* aux termes de l’art. 8. Les limites intrinsèques de ces droits exigent que la conduite policière soit autorisée par la loi, ce qui peut inclure la common law. Dans la mesure où les autres critères des limites intrinsèques applicables sont respectés, il n’y a pas atteinte aux droits garantis par la *Charte* et il n’est pas nécessaire de la justifier au regard de l’article premier.

[112] Cependant, certains des intervenants dans le présent pourvoi — ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Figueiras*, au par. 53 — laissent entendre que l’analyse est différente lorsque les droits en jeu garantis par la *Charte* ne comportent pas de limites intrinsèques, comme le droit à la liberté d’expression prévu à l’al. 2b) (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 43-6). Selon ces intervenants, la doctrine des pouvoirs accessoires est insuffisante pour démontrer l’absence d’une violation de la *Charte* lorsque les droits qu’elle protège sont restreints par des pouvoirs des policiers, puisque le libellé des dispositions pertinentes de la *Charte* ne limite pas les atteintes aux mesures prises par l’État qui sont « abusives » ou « arbitraires ». Ils plaident que, lorsqu’un pouvoir policier reconnu par la common law limite la liberté d’expression, l’État est tout de même tenu de justifier l’atteinte au regard de l’article premier de la *Charte*, en appliquant le test bien connu établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À leur avis, le fait que la restriction soit autorisée par la common law — et qu’elle soit

be demonstrably justified in a free and democratic society.

[113] It is unnecessary to resolve this issue in this case. Given that the actions that limited Mr. Fleming’s freedom of expression were not authorized at common law, they were not “prescribed by law” and therefore cannot possibly be justified under s. 1 (see *Clayton*, at para. 19, per Abella J., and at para. 80, per Binnie J.). The issue of whether the *Oakes* test must be applied in order to justify a limit on a s. 2(b) right where the limiting action is the valid exercise of a common law police power is best left for another case in which it arises squarely and is fully argued.

G. *Excessive Force*

[114] The majority of the Ontario Court of Appeal, having found that Mr. Fleming’s arrest was lawful, ordered a new trial solely on the issue of whether the respondents had used excessive force. In light of my earlier conclusions, a new trial on this issue is not warranted.

[115] Section 25(1) of the *Criminal Code* states:

Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

...

(b) as a peace officer or public officer,

...

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

ainsi « prescrite par une règle de droit » (voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978-979) — ne veut pas dire qu’il peut être démontré qu’elle est justifiée dans une société libre et démocratique.

[113] Il n’est pas nécessaire de résoudre cette question en l’espèce. Puisque les actes qui ont porté atteinte à la liberté d’expression de M. Fleming n’étaient pas autorisés en common law, ils n’étaient pas « prescrits par une règle de droit » et ne peuvent donc pas se justifier au regard de l’article premier (voir *Clayton*, par. 19, la juge Abella, et par. 80, le juge Binnie). La question de savoir s’il faut appliquer le critère établi dans l’arrêt *Oakes* pour justifier les atteintes au droit garanti par l’al. 2b) lorsque les actes qui restreignent la liberté font partie de l’exercice valide d’un pouvoir policier en common law est une question qu’il sera préférable d’aborder dans un autre cas où elle sera directement soulevée et entièrement débattue.

G. *Force excessive*

[114] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario, ayant conclu que l’arrestation de M. Fleming était légale, ont ordonné la tenue d’un nouveau procès uniquement sur la question de savoir si les intimés avaient employé une force excessive. Compte tenu de mes conclusions, la tenue d’un nouveau procès sur cette question n’est pas justifiée.

[115] Le paragraphe 25(1) du *Code criminel* est ainsi libellé :

Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l’application ou l’exécution de la loi :

...

b) soit à titre d’agent de la paix ou de fonctionnaire public;

...

est, s’il agit en s’appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu’il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

[116] This section authorizes police officers to use “as much force as is necessary” in the execution of their duties. It affords them a defence to a claim of battery, provided that the section’s requirements are satisfied. The provision will not shield officers from liability if the force they used is found to be excessive.

[117] However, police officers cannot rely on s. 25(1) to justify the use of force if they had no legal authority — either under legislation or at common law — for their actions (see *Figueiras*, at para. 147; Coughlan and Luther, at p. 32).

[118] Because the respondents were not authorized at common law to arrest Mr. Fleming, no amount of force would have been justified for the purpose of accomplishing that task. They were not doing what they were “required or authorized to do” within the meaning of s. 25(1).

[119] As a result, no new trial is needed on the issue of excessive force. There is no basis for intervening in the trial judge’s conclusion that the respondents were liable for battery for their use of force in unlawfully arresting Mr. Fleming.

VI. Conclusion

[120] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal and restore the trial judge’s order. Costs are awarded throughout: costs in this Court and the agreed-upon trial and appeal costs of \$151,000 and \$48,000 respectively.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Gowling WLG (Canada), Hamilton.

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

[116] Ce paragraphe autorise les policiers à employer la « force nécessaire » dans l’exécution de leurs devoirs. Il leur fournit un moyen de défense contre des accusations de voies de fait, à condition qu’il soit satisfait aux exigences qui y sont énoncées. Cette disposition ne les met toutefois pas à l’abri de leur responsabilité si la force qu’ils ont utilisée est jugée excessive.

[117] Les policiers ne peuvent toutefois pas se fonder sur le par. 25(1) pour justifier le recours à la force s’ils n’avaient pas le pouvoir — reconnu par une loi ou par la common law — d’agir comme ils l’ont fait (voir *Figueiras*, par. 147; Coughlan et Luther, p. 32).

[118] Comme les intimés n’étaient pas autorisés par la common law à arrêter M. Fleming, aucune force n’aurait été justifiée aux fins d’accomplir cette tâche. Ils n’étaient pas en train de s’acquitter de ce qu’ils étaient « obligé[s] ou autorisé[s] à faire » au sens où il faut l’entendre pour l’application du par. 25(1).

[119] En conséquence, la tenue d’un nouveau procès n’est pas nécessaire pour examiner la question de l’utilisation d’une force excessive. Il n’y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle les intimés étaient responsables de voies de fait pour avoir utilisé la force lors de l’arrestation illégale de M. Fleming.

VI. Conclusion

[120] Pour les motifs qui précèdent, j’accueillerais le pourvoi, j’annulerais l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario et je rétablirais l’ordonnance de la juge du procès. Les dépens sont accordés devant toutes les cours, à savoir ceux devant cette Cour, ainsi que ceux pour le procès et l’appel, dont les parties ont convenu, soit 151 000 \$ et 48 000 \$ respectivement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant : Gowling WLG (Canada), Hamilton.

Procureur des intimés : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

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

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

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Louis P. Strezos and Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Louis P. Strezos and Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: City of Vancouver, Law Department, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : City of Vancouver, Law Department, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice: Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association for Progress in Justice : Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

M.R.H. *Respondent***INDEXED AS: R. v. M.R.H.****2019 SCC 46**

File No.: 38547.

2019: October 9.

Present: Karakatsanis, Côté, Brown, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Accused charged with sexual assault and sexual interference — Indictment charging both offences and covering period of time during which two separate incidents alleged to have occurred — Jury asking trial judge during deliberations whether it could convict accused for both offences based on first incident alone — Jury convicting accused of both offences — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in giving confusing charge to jury as to indictment, in responding to jury's question and in failing to provide further instructions on credibility — Majority ordering new trial — Dissenting judge holding that trial judge's charge to jury and response to jury's question were adequate — Convictions restored.

Cases Cited

Referred to: *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 581(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Garson, Harris and Savage JJ.A.), 2019 BCCA 39, 373 C.C.C. (3d) 464, [2019] B.C.J. No. 144 (QL), 2019 CarswellBC 202 (WL Can.),

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

M.R.H. *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. M.R.H.****2019 CSC 46**

N° du greffe : 38547.

2019 : 9 octobre.

Présents : Les juges Karakatsanis, Côté, Brown, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Exposé au jury — Accusé inculpé d'agression sexuelle et de contacts sexuels — Acte d'accusation reprochant les deux infractions et couvrant la période au cours de laquelle deux incidents distincts auraient eu lieu — Question adressée au juge du procès par les jurés pendant les délibérations afin de savoir s'ils pouvaient déclarer l'accusé coupable des deux infractions sur la base du premier incident seulement — Accusé déclaré coupable des deux infractions par le jury — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès avait commis des erreurs en faisant un exposé confus au jury quant à l'acte d'accusation, en formulant sa réponse à la question du jury et en omettant de donner des directives additionnelles sur la question de la crédibilité — Nouveau procès ordonné par les juges majoritaires — Conclusion du juge dissident portant que tant l'exposé du juge du procès aux jurés que la réponse de celui-ci à leur question avaient été adéquats — Déclarations de culpabilité rétablies.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 581(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Garson, Harris et Savage), 2019 BCCA 39, 373 C.C.C. (3d) 464, [2019] B.C.J. No. 144 (QL), 2019 CarswellBC 202

setting aside the accused's convictions of sexual interference and sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

Matthew G. Scott and Mary T. Ainslie, Q.C., for the appellant.

Brent V. Bagnall, Roger P. Thirkell and Joseph M. Doyle, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — The appeal is allowed, substantially for the reasons of Mr. Justice Savage (2019 BCCA 39, 373 C.C.C. (3d) 464).

[2] As for the three additional issues raised by the respondent for the first time in this Court, we are not satisfied that they require a new trial.

[3] First, we are satisfied that no limiting instruction was required on the issue of character evidence, as there was no real risk of propensity reasoning in this case.

[4] Second, we are of the view that no limiting instruction was necessary regarding prior consistent statements, because the statements were elicited early in the trial, were relied upon by the defence and not by the Crown, and there was no real risk in the circumstances of this case that they would be used as self-corroboration.

[5] Finally, with respect to the interpretation of the phrase “single transaction” in s. 581(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, we agree that the Crown practice of drafting a single count of an indictment to capture multiple distinct incidents creates the risk that the accused may be convicted without the jurors' unanimous agreement on any one underlying incident. We leave for another day whether the law supports such a practice and whether

(WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour agression sexuelle et contacts sexuels et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Matthew G. Scott et Mary T. Ainslie, c.r., pour l'appelante.

Brent V. Bagnall, Roger P. Thirkell et Joseph M. Doyle, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le pourvoi est accueilli, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Savage (2019 BCCA 39, 373 C.C.C. (3d) 464).

[2] Pour ce qui est des trois autres questions soulevées par l'intimé pour la première fois devant notre Cour, nous ne sommes pas convaincus qu'elles requièrent la tenue d'un nouveau procès.

[3] Premièrement, nous sommes convaincus qu'aucune directive restrictive n'était nécessaire relativement à la question de la preuve de moralité, car il n'y avait aucun risque réel de raisonnement fondé sur la propension dans la présente affaire.

[4] Deuxièmement, nous sommes d'avis qu'aucune directive restrictive n'était nécessaire quant aux déclarations antérieures compatibles, étant donné que les déclarations ont été obtenues peu après le début du procès, elles ont été invoquées par la défense et non par la Couronne et il n'y avait aucun risque réel dans les circonstances de la présente affaire qu'elles soient utilisées à titre d'autocorroboration.

[5] Enfin, pour ce qui est de l'interprétation de l'expression « une seule affaire » au par. 581(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, nous reconnaissons que la pratique de la Couronne qui consiste à formuler dans un acte d'accusation un seul chef à l'égard de multiples incidents distincts crée le risque que l'accusé soit déclaré coupable sans l'accord unanime des jurés à l'égard de l'un des incidents sous-jacents. Nous remettons à plus tard la question de savoir

jury unanimity is required in such circumstances. In essence, the jury in this case asked whether unanimity on the first incident was sufficient to convict. It is not necessary to deal with the issue in this case, because it is clear from the jury's question and the response it received, that the jurors unanimously agreed that the first incident had been proven. Here, there is no risk of an injustice and the issue need not be considered (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 22).

[6] Therefore, the appeal is allowed. The order of the Court of Appeal is set aside. We restore the respondent's conviction for sexual assault and the judicial stay on the count of sexual interference.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General, B.C. Prosecution Service, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Legal Services Society, Vancouver.

si le droit appuie une telle pratique et si l'unanimité du jury est requise dans de telles circonstances. Essentiellement, dans le cas qui nous occupe, le jury a demandé si l'unanimité à l'égard du premier incident était suffisante pour prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire de trancher la question en l'espèce, car il ressort clairement de la question qui a été posée par les jurés et de la réponse qu'ils ont reçue que ceux-ci ont unanimement conclu que le premier incident avait été prouvé. Dans le présent cas, il n'y a pas de risque d'injustice et la question n'a pas à être examinée (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 22).

[6] Par conséquent, le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel est annulée. Nous rétablissons la déclaration de culpabilité de l'intimé pour agression sexuelle et l'arrêt des procédures prononcée par le tribunal relativement à l'accusation de contacts sexuels.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Ministry of Attorney General, B.C. Prosecution Service, Vancouver.

Procureur de l'intimé : Legal Services Society, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Rosaire Poulin *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense and Criminal Lawyers' Association
Intervenors

INDEXED AS: R. v. POULIN

2019 SCC 47

File No.: 37994.

2019: March 25; 2019: October 11.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Offender convicted of historical sexual offences — Offender asserting constitutional right to receive sentence not available in Criminal Code at time of commission of offences or time of sentencing, but only for discrete period between those two times — Whether offender has right to benefit only of punishment applicable at time of offence and time of sentencing or right to benefit of any punishment applicable during the interval between those two times — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

Criminal law — Appeals — Mootness — Death of respondent — Respondent passing away after leave to appeal granted but prior to hearing of appeal — Whether Court should exercise discretion to hear appeal.

P was found guilty in 2016 of historical sexual offences committed between 1979 and 1987 when the complainant was 7 to 15 years old and P was 44 to 51 years old. The sentencing judge sentenced P to a conditional sentence of two years less a day for two counts of gross indecency. A conditional sentence could not be imposed

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Rosaire Poulin *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense et Criminal Lawyers' Association
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. POULIN

2019 CSC 47

N° du greffe : 37994.

2019 : 25 mars; 2019 : 11 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Bénéfice de la peine la moins sévère — Contrevenant déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel historiques — Revendication par le contrevenant du droit constitutionnel de se voir infliger une peine qui n'était prévue au Code criminel ni au moment de la perpétration des infractions ni à celui de la sentence, mais seulement au cours d'une période précise entre ces deux moments — Le contrevenant a-t-il le droit de bénéficier uniquement de la peine applicable au moment de l'infraction et à celui de la sentence ou le droit de bénéficier de toute peine applicable durant l'intervalle entre ces deux moments? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

Droit criminel — Appels — Caractère théorique — Décès de l'intimé — Décès de l'intimé après l'octroi de l'autorisation d'appel mais avant l'audition du pourvoi — La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre le pourvoi?

En 2016, P a été reconnu coupable d'infractions d'ordre sexuel historiques commises entre 1979 et 1987 à l'époque où le plaignant était âgé entre 7 et 15 ans et qu'il avait lui-même entre 44 et 51 ans. Le juge chargé de la détermination de la peine a condamné P à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour pour deux chefs

as a punishment when P committed his acts of gross indecency — it only became available as a form of sentence in 1996. Furthermore, the parties agreed that it was no longer applicable to the offence of gross indecency, according to the provisions in force, by the time P was charged, convicted and sentenced. In imposing a conditional sentence on P, the judge considered that s. 11(i) of the *Charter* entitled P to the benefit of a lesser sentence that was available in the interval between the commission of the offences and P's sentencing. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal, holding that s. 11(i) gave P the right to a conditional sentence. Shortly before the hearing of the Crown's appeal before the Court, P passed away. The appeal proceeded nonetheless, accompanied by a Crown motion for the Court to adjudicate the appeal even though it had become factually moot.

Held (Abella, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting): The motion to proceed with the appeal and the appeal should be allowed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Martin JJ.: This is one of those rare and exceptional cases in which the Court ought to exercise its discretion to adjudicate a moot criminal appeal. First, the Court has had the benefit of adversarial submissions in this case. Second, the Crown's appeal raises an important constitutional question that has not yet received comprehensive treatment in the jurisprudence. Third, the proper interpretation of s. 11(i) of the *Charter* is a legal issue of general public importance which transcends P's death. Fourth, the value of the Court's ruling on the proper interpretation of s. 11(i) clearly outweighs any concerns about limited judicial resources. It is much more efficient and fair for the Court to decide this question of national importance now, rather than cause future litigants and lower courts to expend further resources debating this question until, inevitably, it reaches the Court anew. Finally, it is for the courts, not Parliament, to define the scope of *Charter* rights. The Court would therefore not be intruding on the legislative role by answering the question put to it.

A purposive analysis of s. 11(i) of the *Charter* leads to the conclusion that an offender is not entitled to the benefit

de grossière indécence. Une peine d'emprisonnement avec sursis ne pouvait être infligée quand P a commis ses actes de grossière indécence; l'emprisonnement avec sursis n'est devenu une peine applicable qu'en 1996. En outre, les parties ont convenu que ce type de peine ne s'appliquait plus à l'infraction de grossière indécence, d'après les dispositions en vigueur, lorsque P a été accusé, déclaré coupable et condamné. En infligeant une peine d'emprisonnement avec sursis à P, le juge a considéré que l'al. 11*i*) de la *Charte* accordait à P le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui pouvait être infligée pour sanctionner ses infractions dans l'intervalle entre le moment où celles-ci ont été perpétrées et celui de sa sentence. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public et conclu que l'al. 11*i*) conférait à P le droit à une peine d'emprisonnement avec sursis. P est décédé peu avant que la Cour entende le pourvoi du ministère public. Le pourvoi a néanmoins été instruit et le ministère public a présenté une requête visant à ce que la Cour tranche le pourvoi même s'il est désormais théorique sur le plan factuel.

Arrêt (les juges Abella, Karakatsanis et Brown sont dissidents) : La requête en vue de la poursuite de l'instance et le pourvoi sont accueillis.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Martin : Le présent pourvoi constitue l'un de ces cas où la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher un pourvoi en matière criminelle devenu théorique, ce qu'elle fait rarement et à titre exceptionnel. Premièrement, la Cour a eu l'avantage d'entendre des observations contradictoires en l'espèce. Deuxièmement, le pourvoi du ministère public soulève une question constitutionnelle importante qui n'a pas encore été traitée à fond dans la jurisprudence. Troisièmement, l'interprétation juste de l'al. 11*i*) de la *Charte* est une question de droit d'intérêt général qui transcende le décès de P. Quatrièmement, la valeur de la décision de la Cour sur l'interprétation appropriée de l'al. 11*i*) l'emporte sans conteste sur toute préoccupation quant aux ressources judiciaires limitées. Il est beaucoup plus efficace et juste que la Cour tranche aujourd'hui cette question d'importance nationale que d'obliger les futurs plaideurs et les tribunaux d'instance inférieure à consacrer des ressources supplémentaires au débat de cette question jusqu'à ce que celle-ci soit inévitablement soumise à la Cour de nouveau. Enfin, il incombe aux tribunaux, et non au législateur, de définir la portée des droits garantis par la *Charte*. La Cour n'empiéterait donc pas sur le rôle du législateur en tranchant la question dont elle est saisie.

Une analyse téléologique de l'al. 11*i*) de la *Charte* mène à la conclusion qu'un contrevenant n'a pas droit

of a temporary reduction in punishment which occurred in the interval between the time of commission and the time of sentencing. Section 11(i) confers a binary right, not a global one. A binary right involves a comparison of the punishments under the laws in force at two set points in time (commission of the offence and sentencing) and the right to receive the lesser of these punishments. By contrast, a global right involves a review of all punishments that have existed for the offence between its commission and sentencing, and the right to receive the least severe punishment in that entire span of time. The language and origins of s. 11(i) both confirm the purposes of s. 11(i) — namely the rule of law and fairness — and indicate that s. 11(i) is intended to confer a binary right.

A *Charter* right must be interpreted purposively — that is, in a manner that is justified by its purposes. Purposive interpretation can be mistakenly conflated with generous interpretation. While *Charter* rights must be interpreted in a large and liberal manner, they are ultimately bounded by their purposes. Courts that have given s. 11(i) a global reading have fallen into the error of prioritizing generosity over purpose. Rather than identifying the principles or purposes underlying s. 11(i), they have simply concluded that s. 11(i) should be given the interpretation most generous to the accused. However, the principle that a provision bearing more than one plausible meaning must be read in a manner that favours the accused is not a principle of *Charter* interpretation. It is a principle of penal statutory interpretation. Reading s. 11(i) in a manner that would require the court to impose the most favourable punishment identifiable in the interval between the offence and sentencing does not reflect the kind of generous interpretation that *Charter* rights should receive. Rather, it reflects an unduly generous interpretation, disconnected from the purposes of the right.

When conducting a purposive analysis of a *Charter* right, the starting point must be the language of the section. Section 11(i) was worded to confer a binary right. The origins of s. 11(i) corroborate this conclusion. While the origins of s. 11(i) are not determinative of the right's proper scope, they provide an instructive starting point. A review of s. 11(i)'s historical context reveals that there was nothing to inspire a global right at the time of its drafting and enactment. A global right was not part of the legal landscape; the common law certainly did not recognize

au bénéfice d'un adoucissement temporaire de la peine survenu dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. L'alinéa 11*i*) confère un droit binaire et non un droit global. Un droit binaire repose sur une comparaison des peines prévues par les lois en vigueur à deux moments précis (soit entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence) et le droit de bénéficier de la moins sévère de ces peines. À l'inverse, un droit global repose sur un examen de toutes les peines prévues pour sanctionner l'infraction entre le moment de sa perpétration et celui de la sentence et le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui soit durant l'ensemble de la période visée. Tant le libellé que les origines de l'al. 11*i*) confirment les objectifs qui le sous-tendent — soit la primauté du droit et l'équité — et indiquent que l'al. 11*i*) vise à conférer un droit binaire.

Un droit garanti par la *Charte* doit être interprété téléologiquement, c'est-à-dire d'une façon qui est justifiée par ses objets. L'interprétation téléologique et l'interprétation libérale peuvent être confondues à tort. Bien que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon large et libérale, ils sont, au bout du compte, subordonnés à leurs objets. Les tribunaux qui ont donné à l'al. 11*i*) une interprétation globale ont fait l'erreur d'accorder la priorité à la libéralité de l'interprétation plutôt qu'à l'objet. Au lieu de relever les principes ou les objets qui sous-tendent l'al. 11*i*), ils ont tout simplement conclu qu'il fallait donner à l'al. 11*i*) l'interprétation la plus favorable à l'accusé. Toutefois, le principe selon lequel une disposition ayant plus d'une signification plausible doit être interprétée d'une manière favorable à l'accusé ne constitue pas un principe d'interprétation de la *Charte*. Il s'agit plutôt d'un principe d'interprétation législative pénale. Une interprétation de l'al. 11*i*) qui obligerait le tribunal à infliger la peine la plus favorable parmi celles qui se sont appliquées dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et le moment de la sentence ne correspond pas au type d'interprétation libérale qui devrait être faite des droits garantis par la *Charte*. Il s'agit plutôt d'une interprétation excessivement libérale, sans rapport avec les objets du droit.

Lorsque l'on procède à une analyse téléologique d'un droit garanti par la *Charte*, il faut tout d'abord se pencher sur le libellé de la disposition en cause. L'alinéa 11*i*) a été rédigé de façon à conférer un droit binaire, une conclusion que corroborent les origines de l'al. 11*i*). Bien que ces origines ne déterminent pas la portée exacte du droit conféré, elles offrent un point de départ instructif. Une étude du contexte historique de l'al. 11*i*) révèle que rien ne pointait vers une interprétation globale du droit garanti à cet alinéa au moment de sa rédaction et de son adoption.

one, and none of the enactments inspiring s. 11(i) embraced one either.

Section 11(i) balances, on the one hand, the principle of the rule of law and, on the other, the principle of fairness. It enshrines the common law rule that an offender should not be retrospectively subjected to a heavier punishment than the one applicable at the time the person committed the offence. The rationale for this rule is the rule of law and, more specifically, the principle of legality, which dictates that persons who rely on the state of the law in conducting themselves, or who risk the liability associated with a law in breaking it, should not subsequently be held to different laws, particularly more stringent ones. However, s. 11(i) constitutionalizes an additional protection. It stipulates that, where the law provides a more favourable punishment at the time of the offender's sentencing than it did at the time of the offence, the offender is entitled to the benefit of this more favourable, current punishment. The rationale for this is fairness. It would not be fair to subject an offender to a punishment which, in choosing to reduce it, Parliament has expressly recognized as no longer appropriate. Further, a criminal sentence is an expression of society's collective voice; it is meant to reflect contemporary values.

A binary interpretation of s. 11(i) is not unfair or arbitrary for an offender who is punished according to the law in place at the time he committed his offence, or a more favourable law, if one is in place when he is sentenced. To the contrary, these two laws are linked to the offender and the proceedings against him; the first sets out the punishment he risked incurring at the time he acted, and the other likewise sets the contours for a sentence that reflects society's attitude about the gravity of the offence and the responsibility of the offender at the precise moment the sentence is imposed. It is, accordingly, fair and rational for the offender to have the benefit of one of these punishments. Conversely, there is no principled basis to grant an offender the benefit of a punishment which has no connection to his offending conduct or to society's view of his conduct at the time the court is called upon to pass sentence. Furthermore, countervailing fairness considerations militate against a global approach to s. 11(i). A global approach to s. 11(i) would disproportionately benefit those who are sentenced years, or even decades, after their offences. Sexual offences like P's often go long unreported. Survivors of sexual trauma commonly delay in disclosing

Une interprétation globale de ce droit ne faisait pas partie du paysage juridique; la common law ne reconnaissait aucune interprétation globale et aucune des dispositions à l'origine de l'al. 11*i*) n'appuyait une telle interprétation.

L'alinéa 11*i*) concilie, d'une part, le principe de la primauté du droit et, d'autre part, le principe de l'équité. Il consacre la règle de common law selon laquelle un contrevenant ne doit pas être soumis rétrospectivement à une peine plus sévère que celle qui s'appliquait au moment où il a commis son infraction. Cette règle est fondée sur la primauté du droit et, plus précisément, sur le principe de la légalité, lequel veut que les personnes qui ajustent leur comportement en fonction de l'état du droit, ou qui prennent le risque d'assumer les conséquences liées à la violation d'une règle de droit donnée, ne devraient pas ensuite être jugées en vertu d'autres règles de droit, en particulier de règles de droit plus rigoureuses. Cependant, l'al. 11*i*) constitutionnalise une mesure de protection additionnelle. Il dispose que, lorsque la loi prévoit l'infliction d'une peine plus favorable au moment de la sentence du contrevenant que celle qui s'appliquait au moment de la perpétration de l'infraction, le contrevenant a le droit de bénéficier de la peine actuelle, qui lui est plus favorable. L'équité en est la raison. Il ne serait pas équitable d'infliger à un contrevenant une peine qui, lorsque le législateur a choisi de l'adoucir, a expressément été reconnue par ce dernier comme n'étant plus juste. De plus, une peine criminelle est l'expression de la voix collective de la société; elle doit donc tenir compte des valeurs contemporaines.

Une interprétation binaire de l'al. 11*i*) n'est ni injuste ni arbitraire pour un contrevenant qui est puni conformément à la loi en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction ou, le cas échéant, à une loi plus favorable en vigueur au moment de sa condamnation. Au contraire, ces deux lois sont liées au contrevenant et à la poursuite engagée contre lui : la première loi établit la peine qu'il risquait de se voir infliger au moment où il a commis l'infraction et l'autre établit de la même manière les contours d'une peine qui tient compte de la perception de la société quant à la gravité de l'infraction et à la responsabilité du contrevenant au moment précis où la peine lui est infligée. Il est, par conséquent, juste et rationnel que le contrevenant puisse bénéficier de l'une de ces peines. À l'inverse, il n'existe aucune raison de principe d'accorder à un contrevenant le bénéfice d'une peine n'ayant aucun lien avec sa conduite fautive ou avec la perception de la société à l'égard de sa conduite au moment où le tribunal est appelé à déterminer la peine. De plus, il existe des considérations en matière d'équité qui militent contre une interprétation globale de l'al. 11*i*). Une interprétation globale de l'al. 11*i*) avantagerait démesurément les contrevenants condamnés des

abuse for reasons such as embarrassment, fear, guilt, or a lack of understanding and knowledge. There should be no additional gain to an offender under s. 11(i) when a victim is traumatized to the point of requiring significant time to overcome any reluctance to report the offence.

Per Abella, Karakatsanis and Brown JJ. (dissenting): The motion to proceed with the appeal should be dismissed. This case is one of the overwhelming number of cases in which proceeding with the appeal would not be in the interests of justice. First, it is hard to conclude that a real adversarial context exists. Second, while it is true that any issue concerning the interpretation of a *Charter* provision is always of great importance, there are no special circumstances in this case that transcend the death of P. In light of 30 years of consistent case law on this issue, it cannot be said that there are conflicting lines of cases here or an issue that is ordinarily evasive of appellate review. Finally, the inequity of proceeding with an appeal against a deceased offender despite opposition from his family is obvious.

Furthermore, the appeal should be dismissed on the merits. For 30 years, the Canadian courts have interpreted s. 11(i) of the *Charter* consistently, holding that it guarantees any offender the benefit of the lesser sentence that applied between the time of commission of the offence and the time of sentencing. This approach finds ample support in the words of s. 11(i), which suggest a continuum between the time of commission and the time of sentencing. A technical construction such as the one proposed by the Crown is contrary to the Court's conclusion that a generous and purposive approach must be taken to the interpretation of *Charter* rights. The interpretation adopted by other Canadian courts reflects two objects of s. 11(i) identified by the Court, namely the rule of law and ensuring fairness in criminal proceedings. There are several points in the course of a criminal investigation and prosecution — before the time of sentencing — at which an individual might be required to make choices in light of punishments then applicable. The protection of s. 11(i), which cannot be contingent on evidence that the accused relied on the existing law, is grounded in this very possibility. Here, the possibility that the interpretation of s. 11(i)

années, voire des décennies, après avoir commis leurs infractions. Les infractions d'ordre sexuel comme celles de P demeurent souvent cachées durant de longues périodes. Il arrive fréquemment que des survivants de traumatismes sexuels tardent à révéler les agressions pour diverses raisons comme la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance. Un contrevenant ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un avantage supplémentaire au titre de l'al. 11*i*) lorsqu'une victime est traumatisée au point d'avoir besoin d'un délai considérable pour surmonter sa réticence à dénoncer l'infraction.

Les juges Abella, Karakatsanis et Brown (dissidents) : La requête en poursuite de l'instance devrait être rejetée. La présente affaire fait partie de la très grande majorité des cas dans lesquels la poursuite de l'instance ne serait pas dans l'intérêt de la justice. Premièrement, il est difficile de conclure à l'existence d'un véritable débat contradictoire. Deuxièmement, bien qu'une question portant sur l'interprétation d'une disposition de la *Charte* soit toujours d'une grande importance, il n'existe pas en l'espèce de circonstances spéciales qui transcendent le décès de P. Face à 30 ans de jurisprudence constante sur la question en litige, l'on ne peut pas dire que l'on soit en présence d'une controverse jurisprudentielle ou d'une question qui échappe ordinairement à l'examen des tribunaux d'appel. Enfin, l'iniquité du fait de poursuivre une instance contre un délinquant décédé, malgré l'opposition de sa famille, est évidente.

Par ailleurs, l'appel devrait être rejeté sur le fond. Pendant 30 ans, les tribunaux canadiens ont interprété l'al. 11*i*) de la *Charte* de façon constante, concluant que cette disposition garantit à tout contrevenant le bénéfice de la peine la moins sévère qui ait été applicable entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. Cette approche est amplement appuyée par le texte de l'al. 11*i*), dont la formulation suggère un continuum entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. L'application d'une interprétation formaliste comme celle avancée par la Couronne va à l'encontre des enseignements de la Cour voulant que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon libérale et en fonction de l'objet visé. L'interprétation adoptée par les autres cours canadiennes reflète deux objets de l'al. 11*i*) dégagés par la Cour : la primauté du droit et la garantie de l'équité des procédures criminelles. Il y a, au cours des enquêtes et poursuites pénales — avant l'infliction de la peine —, plusieurs moments où un individu peut être appelé à faire des choix sur la foi des peines alors applicables. C'est précisément cette possibilité qui est à la base de la protection de l'al. 11*i*), laquelle ne saurait

adopted by the courts will complicate the analysis of the applicable punishments should not weigh against it. It seems imprudent to rule out an interpretation that provides offenders with more substantial protection where there is no evidence that there are difficulties, especially in light of the actual wording of the provision. Finally, the proposal that s. 11(i) has a third object, to ensure that the imposed punishment corresponds to the social stigma associated with the offence at the time of sentencing, seems to confuse the availability of a punishment with its fairness and appropriateness. In a case involving multiple incidents in which serious acts of sexual abuse were committed against a young relative, it may be that the conditional sentence was not a fair and appropriate punishment. But that is not the question before the Court.

Cases Cited

By Martin J.

Applied: *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; **referred to:** *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. v. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Beaton*, 2018 ONCA 924; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238; *R. v. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160; *R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215; *R. v. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *R. v. R.A.R.*, 2000 SCC 8, [2000] 1 S.C.R. 163; *Canada (Attorney General) v. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289; *Nucci v. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. D.H.*, 2017 ONCJ 51; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226; *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v.*

être conditionnelle à une preuve que l’inculpé s’est fié au droit en vigueur. Ici, la possibilité que l’interprétation de l’al. 11i) retenue par la jurisprudence alourdisse l’analyse des peines applicables ne devrait pas militer contre celle-ci. Il semble téméraire d’écarter une interprétation qui offre une protection plus importante aux contrevenants en l’absence de toute preuve de l’existence de difficultés, surtout à la lumière du libellé exprès de la disposition. Enfin, la proposition que l’al. 11i) a un troisième objet, de garantir que la peine infligée corresponde au degré de réprobation sociale associé à l’infraction au moment où la peine est infligée, semble confondre la question de la disponibilité d’une peine et la nature juste et appropriée de celle-ci. Dans une affaire concernant de multiples abus sexuels sérieux contre un jeune parent, il se peut que l’emprisonnement avec sursis ne soit pas une peine juste et appropriée. Or, ceci n’est pas la question dont la Cour est saisie.

Jurisprudence

Citée par la juge Martin

Arrêt appliqué : *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; **arrêts mentionnés :** *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. c. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Beaton*, 2018 ONCA 924; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238; *R. c. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160; *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215; *R. c. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *R. c. R.A.R.*, 2000 CSC 8, [2000] 1 R.C.S. 163; *Canada (Attorney General) c. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289; *Nucci c. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. D.H.*, 2017 ONCJ 51; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226; *Carter c. La Reine*,

Potvin, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Montréal (City) v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675; *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *X. v. Federal Republic of Germany*, Application No. 7900/77, March 6, 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola v. Italy (No. 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Dubois*, Que. Sup. Ct., December 8, 1982; *R. v. R.N.S.*, 2000 SCC 7, [2000] 1 S.C.R. 149.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. L. (J.-J.), [1998] R.J.Q. 971; *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. G.C.D.*, 2011 MBQB 235, 271 Man. R. (2d) 41; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. v. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. v. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. v. Palacios*, 2012 ONCJ 195; *R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88; *R. v. F.C.*, 2018 ONSC 561; *R. v. Boudreau*, 2012 ONCJ 322; *R. v. D.P.*, 2014 ONSC 386; *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089.

[1986] 1 R.C.S. 981; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675; *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 7900/77, 6 mars 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola c. Italie (n° 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Dubois*, C.S. Qc, 8 décembre 1982; *R. c. R.N.S.*, 2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. L. (J.-J.), [1998] R.J.Q. 971; *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. G.C.D.*, 2011 MBQB 235, 271 Man. R. (2d) 41; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. c. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. c. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. c. Palacios*, 2012 ONCJ 195; *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88; *R. c. F.C.*, 2018 ONSC 561; *R. c. Boudreau*, 2012 ONCJ 322; *R. c. D.P.*, 2014 ONSC 386; *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, s. 3.
- Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 10(b) 11, 12.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 157 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 4], 246.1(1)(a).
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 161(1)(c), 271, 718.1, 718.2(b), (d), (e), 742.1 [ad. S.C. 1995, c. 22, s. 6; sub. S.C. 2012, c. 1, s. 34].
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 43, 44(e) [previously S.C. 1967-68, c. 7, s. 37(e)].
- Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40(1), 76.

Treaties and Other International Instruments

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 7.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 15(1).

Authors Cited

- Canada. Meeting of Officials on the Constitution. *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Draft for Discussion Purposes Only)*, div. III. Ottawa, 1979.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 47, 1st Sess., 32nd Parl., January 28, 1981, pp. 65-69.
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1980.
- Canada. The Right Honourable Pierre Elliott Trudeau. *The Constitution and the People of Canada: An approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, «lesser».
- Chevrette, François, Hugo Cyr and François Tanguay-Renaud. «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 10(b), 11, 12.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 157 [abr. & rempl. c. 19 (3^e suppl.), art. 4], 246.1(1)a).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151, 161(1)c), 271, 718.1, 718.2b), d), e), 742.1 [aj. L.C. 1995, c. 22, art. 6; rempl. L.C. 2012, c. 1, art. 34].
- Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 43, 44e) [auparavant S.C. 1967-1968, c. 7, art. 37e)].
- Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, art. 3.
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1), 76.

Traités et autres instruments internationaux

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 7.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n^o 47, art. 15(1).

Doctrine et autres documents cités

- Canada. *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1980.
- Canada. Le Très Honorable Pierre Elliott Trudeau. *La Constitution Canadienne et le Citoyen : Un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Réunion de fonctionnaires sur la Constitution. *La Charte canadienne des droits et libertés (Avant-projet pour étude seulement)*, section III, Ottawa, 1979.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n^o 47, 1^{re} sess., 32^e lég., 28 janvier 1981, p. 65-69.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, «lesser».
- Chevrette, François, Hugo Cyr et François Tanguay-Renaud. «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005.

Collins Canadian Dictionary. Toronto: HarperCollins, 2010, “lesser”.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).

McLeod, Roderick M., et al. *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 4. Toronto: Carswell, 1983 (loose-leaf updated 2019, release 5).

Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, “le moins”.

Vauclair, Martin and Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 26^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2019.

Westen, Peter. “*Lex Mitior*: Converse of *Ex Post Facto* and Window into Criminal Desert” (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167.

MOTION to proceed with the appeal despite the respondent’s death. Motion allowed, Abella, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, St-Pierre and Mainville JJ.A.), 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, [2018] AZ-51456758, [2018] J.Q. n° 73 (QL), 2018 CarswellQue 55 (WL Can.), affirming the sentencing decision of Vanchestein J., 2017 QCCQ 7015, [2017] AZ-51400728, [2017] J.Q. n° 8287 (QL), 2017 CarswellQue 6146 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting.

Maxime Hébrard and *Sylvie Villeneuve*, for the appellant.

Nicolas Lemyre-Cossette and *Lida Sara Nouraie*, for the respondent.

Michael Perlin and *Kathleen Farrell*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gabriel Babineau and *Vincent Paquet*, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Breana Vandebek and *Marianne Salih*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association.

Collins Canadian Dictionary, Toronto, HarperCollins, 2010, « lesser ».

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).

McLeod, Roderick M., et al. *The Canadian Charter of Rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 4, Toronto, Carswell, 1983 (loose-leaf updated 2019, release 5).

Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « le moins ».

Vauclair, Martin et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 26^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2019.

Westen, Peter. « *Lex Mitior* : Converse of *Ex Post Facto* and Window into Criminal Desert » (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167.

REQUÊTE en poursuite de l’instance malgré le décès de l’intimé. Requête accueillie, les juges Abella, Karakatsanis et Brown sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, St-Pierre et Mainville), 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, [2018] AZ-51456758, [2018] J.Q. n° 73 (QL), 2018 CarswellQue 55 (WL Can.), qui a confirmé le jugement sur la peine rendu par le juge Vanchestein, 2017 QCCQ 7015, [2017] AZ-51400728, [2017] J.Q. n° 8287 (QL), 2017 CarswellQue 6146 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Karakatsanis et Brown sont dissidents.

Maxime Hébrard et *Sylvie Villeneuve*, pour l’appelante.

Nicolas Lemyre-Cossette et *Lida Sara Nouraie*, pour l’intimé.

Michael Perlin et *Kathleen Farrell*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Gabriel Babineau et *Vincent Paquet*, pour l’intervenante l’Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Breana Vandebek et *Marianne Salih*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Martin J.J. was delivered by

MARTIN J. —

I. Overview

[1] Every person charged with an offence in Canada enjoys certain basic rights. One such right is contained in s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”), which grants a person found guilty of an offence the right “to the benefit of the lesser punishment” “if the punishment . . . has been varied between the time of commission [of the offence] and the time of sentencing”. Relying on s. 11(i), the respondent Rosaire Poulin asserts the constitutional right to receive a conditional sentence. This punishment was not applicable under the laws in force when he committed his sexual offences between 1979 and 1987 or, according to the parties, when he was sentenced for those offences in 2017. However, it was applicable for a discrete period between those two times. In essence, Mr. Poulin argues that s. 11(i) entitles him not only to the lesser of the punishments under the laws in force at the time of his offences and the time of his sentencing but, further, to an *even lesser* punishment that was temporarily applicable to his offences during the decades that elapsed before he was held accountable for his crimes. Mr. Poulin claims the right to this punishment even though it bears no temporal connection to his offending conduct or to his sentencing, and even though the record does not show he took steps in reliance on this punishment in his interactions with the criminal justice system. Mr. Poulin did not, for instance, confess or enter a plea when a conditional sentence was applicable to his offences.

[2] This appeal therefore asks to what an offender is entitled under s. 11(i) of the *Charter*. Based on the nature and purposes of this particular constitutional right, which punishments are to be considered when

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté et Martin rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Aperçu

[1] Au Canada, tout inculpé jouit de certains droits fondamentaux. L’un de ces droits figure à l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »), qui confère à quiconque est déclaré coupable d’une infraction le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence ». Se fondant sur l’al. 11*i*), l’intimé Rosaire Poulin invoque le droit constitutionnel d’être condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis. Cette peine ne s’appliquait pas suivant les lois en vigueur lorsqu’il a commis ses infractions d’ordre sexuel entre 1979 et 1987 ou, selon les parties, lorsqu’il a été condamné pour ces infractions en 2017. Elle s’est toutefois appliquée pendant une période précise entre ces deux moments. Essentiellement, M. Poulin soutient que l’al. 11*i*) lui garantit non seulement le droit de bénéficier de la peine la moins sévère prévue par les lois en vigueur au moment de la perpétration de ses infractions et à celui de sa sentence, mais aussi le droit de bénéficier de la peine *encore moins sévère* qui s’est appliquée temporairement à ses infractions au cours des décennies qui se sont écoulées avant qu’il soit tenu responsable de ses crimes. M. Poulin revendique le droit de bénéficier de cette peine en dépit de l’absence de lien temporel entre celle-ci et les actes répréhensibles qu’il a commis ou sa sentence, et même si le dossier ne montre pas qu’il a pris des mesures en s’appuyant sur cette peine au cours de ses démêlés avec le système de justice pénale. M. Poulin n’a pas, par exemple, avoué ses crimes ou inscrit de plaider lorsque la peine d’emprisonnement avec sursis s’appliquait aux infractions qu’il a commises.

[2] Le présent pourvoi porte donc sur la teneur du droit que garantit l’al. 11*i*) de la *Charte* à un contrevenant. Compte tenu de la nature et des objectifs de ce droit constitutionnel particulier, quelles peines

determining the “lesser” one to which the accused is entitled? Does s. 11(i) confer:

- a “binary” right — which involves a comparison of the punishments under the laws in force at two set points in time (commission of the offence and sentencing) and the right to receive the lesser of these punishments; or
- a “global” right — which involves a review of *all* punishments that have existed for the offence between its commission and sentencing, and the right to receive the *least severe* punishment in that entire span of time?

[3] I conclude that, properly interpreted, s. 11(i) confers a binary right, not a global one. Section 11(i) entitles an offender to the lesser of (1) the punishment under the laws in force when the offender committed the offence, and (2) the punishment under the laws in force when the offender is sentenced, as these punishments are tethered to two meaningful points in time. The former reflects the jeopardy or legal risk the offender took by offending. That punishment established, in advance of the offender’s conduct, the legal consequences that would flow from that chosen conduct. The latter is the punishment that society considers just at the precise moment the court is called upon to pass a sentence. It provides the contours for a sentence that reflects society’s most up-to-date view of the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. As these two punishments are clearly connected to the offender’s conduct and criminality, there is a strong and principled basis for the offender to have the constitutional right to receive the lesser of the punishments at these two points in time.

[4] By contrast, there is no principled basis for offenders to enjoy the automatic constitutional right to a previous punishment which is lower than *both* the one to which they exposed themselves when they committed the offence and the one that reflects society’s

doivent être prises en considération lors de la détermination de la peine « la moins sévère » à laquelle a droit l’accusé? L’alinéa 11i) confère-t-il l’un des droits suivants :

- un droit « binaire », qui repose sur une comparaison des peines prévues par les lois en vigueur à deux moments précis (soit le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence) et le droit de bénéficier de la moins sévère de ces peines?
- un droit « global », qui repose sur un examen de *toutes* les peines prévues pour sanctionner l’infraction entre le moment de sa perpétration et celui de la sentence et le droit de bénéficier de la peine *la moins sévère qui soit* durant l’ensemble de la période visée?

[3] Je conclus que, correctement interprété, l’al. 11i) confère un droit binaire et non un droit global. L’alinéa 11i) confère au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la moins sévère entre (1) la peine prévue par les lois en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction, et (2) la peine prévue par les lois en vigueur au moment de la sentence, puisque ces peines sont liées à deux moments significatifs. La première peine tient compte du risque de subir un procès ou le risque juridique qu’a pris le contrevenant en commettant l’infraction. Elle établit, avant que le contrevenant n’agisse, les conséquences juridiques qui découleront de la conduite que le contrevenant aura choisi d’adopter. La deuxième peine est celle que la société estime juste au moment précis où la cour est appelée à la prononcer. Elle fixe les contours d’une peine qui reflète l’opinion la plus actuelle de la société quant à la gravité de l’infraction commise et au degré de responsabilité du contrevenant. Ces deux peines étant manifestement liées à la conduite et à la criminalité du contrevenant, de solides raisons de principe militent pour que ce dernier ait le droit constitutionnel de bénéficier de la moins sévère des peines qui étaient en vigueur à ces deux moments précis.

[4] En revanche, il n’y a aucune raison de principe d’accorder aux contrevenants le droit constitutionnel de bénéficier automatiquement d’une peine antérieurement applicable qui est à *la fois* moins sévère que celle à laquelle ils se sont exposés lorsqu’ils

current sense of the gravity of the offence and the responsibility of the offenders. Reading s. 11(i) in a manner that would grant an offender the right to the most lenient punishment that existed for the offence at any point between its commission and sentencing would both exceed and distort the purposes of s. 11(i). As I will explain, these purposes are the rule of law and fairness. Far from supporting a global reading of s. 11(i), these purposes strongly militate towards reading s. 11(i) in a manner that sets the applicable punishment at the time of the offence as *the ceiling*, and entitles the offender to a more clement punishment under the laws in force at the time of sentencing, if one exists.

[5] As a result, I conclude that s. 11(i) does not resurrect any temporary reductions in punishment which came after the offence and which bear no connection whatsoever to the offender's conduct or to contemporary sentencing standards. By granting the offender specific retrospective access to the applicable punishment at the time of the offence, s. 11(i) need not and does not open the door to the lowest identifiable punishment that has ever applied to the offence since the offender committed it. Section 11(i) did not constitutionalize the right to past punishments that Parliament has since discarded or amended. The legal rights reflected in our *Charter* represent the core tenets of fairness in our criminal justice system. The right to comb the past for the most favourable punishment does not belong among these rights.

[6] I would therefore allow the Crown's appeal. Mr. Poulin was not eligible for the conditional sentence imposed on him as it was not applicable to his offences under the sentencing provisions in force either at the time of commission or, according to the parties, of his sentencing. However, given

ont commis leur infraction et que celle qui reflète l'opinion actuelle de la société quant à la gravité de l'infraction commise et à la responsabilité des contrevenants. Interpréter l'al. 11i) de manière à accorder au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la plus clémente qui se soit appliquée à l'infraction, à un moment donné, entre la perpétration de celle-ci et sa sentence excéderait et déformerait les objets de l'al. 11i). Comme je l'expliquerai, ces objets sont la primauté du droit et l'équité. Ces objets, qui sont loin d'appuyer une interprétation globale de l'al. 11i), militent fortement en faveur d'une interprétation de cette disposition selon laquelle la peine applicable au moment de la perpétration de l'infraction est la *peine maximale* qui peut être infligée, et le contrevenant a le droit de bénéficier d'une peine plus clémente prévue par les lois en vigueur au moment de sa sentence si une telle peine existe.

[5] Par conséquent, je conclus que l'al. 11i) ne fait pas renaître tout adoucissement temporaire de peine qui est survenu après la perpétration de l'infraction et qui n'a aucun lien avec la conduite du contrevenant ou les normes contemporaines en matière de détermination de la peine. En conférant au contrevenant le droit exprès de bénéficier rétrospectivement de la peine applicable au moment de la perpétration de l'infraction, l'al. 11i) n'exige pas et ne permet pas que soit appliquée la peine la moins sévère qui ait jamais été applicable pour sanctionner l'infraction depuis que le contrevenant a commis celle-ci. L'alinéa 11i) n'a pas constitutionnalisé le droit de bénéficier de peines antérieurement applicables que le législateur a depuis écartées ou modifiées. Les droits enchâssés dans la *Charte* représentent les préceptes fondamentaux d'équité dans notre système de justice pénale. Le droit de passer au peigne fin les lois antérieures pour trouver la peine la plus clémente qui soit ne peut faire partie de ces droits.

[6] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public. M. Poulin n'était pas admissible à la peine d'emprisonnement avec sursis qui lui a été infligée, car elle ne s'appliquait pas à ses infractions selon les dispositions sur la détermination de la peine en vigueur au moment de la perpétration

Mr. Poulin's recent death, I decline to pass a different sentence or remit the matter for sentencing.

II. Facts and Judicial History

[7] In 2016, Mr. Poulin was found guilty of historical sexual offences: two counts of gross indecency and one count of sexual assault, contrary to ss. 157 and 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Mr. Poulin committed the offences of gross indecency between 1979 and 1983 and the offence of sexual assault between 1983 and 1987 when the complainant was 7 to 15 years old and Mr. Poulin was 44 to 51 years old.

[8] By the time of his sentencing, Mr. Poulin was 82 years old and suffering from a number of significant health problems. At his sentencing hearing, Mr. Poulin conceded that a prison sentence of three and a half years would be appropriate for his crimes. However, he argued that, exceptionally, he should receive a conditional sentence — i.e. a sentence of less than two years, to be served in the community — because of his health problems.

[9] The sentencing judge accepted Mr. Poulin's position and sentenced him to a conditional sentence of two years less a day for the two counts of gross indecency. This is the sentence at issue in this appeal. The sentence imposed for the count of sexual assault — a suspended sentence with two years' probation, together with ancillary orders — is not at issue.

[10] Conditional sentences did not exist when Mr. Poulin committed his acts of gross indecency. The conditional sentence entered into force as a form of sentence in 1996 (*An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22, s. 6). The parties agree that a conditional sentence was no longer applicable to

des infractions ou, selon les parties, au moment de sa sentence. Toutefois, compte tenu du décès récent de M. Poulin, je refuse de prononcer une peine différente ou de renvoyer l'affaire pour détermination d'une nouvelle peine.

II. Faits et historique judiciaire

[7] En 2016, M. Poulin a été reconnu coupable d'infractions d'ordre sexuel historiques : deux chefs de grossière indécence et un chef d'agression sexuelle, qui étaient des infractions prévues à l'art. 157 et à l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34. M. Poulin a commis les infractions de grossière indécence entre 1979 et 1983 et l'infraction d'agression sexuelle entre 1983 et 1987, à l'époque où le plaignant était âgé entre 7 et 15 ans et qu'il avait lui-même entre 44 et 51 ans.

[8] Au moment de sa sentence, M. Poulin était âgé de 82 ans et souffrait de plusieurs problèmes de santé importants. À l'audience de détermination de sa peine, M. Poulin a reconnu qu'une peine d'emprisonnement de trois ans et demi serait indiquée eu égard à ses crimes. Toutefois, compte tenu de ses problèmes de santé, il a fait valoir qu'il devrait exceptionnellement être condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis — c'est-à-dire une peine de moins de deux ans à être purgée dans la collectivité.

[9] Le juge chargé de la détermination de la peine a accepté le point de vue de M. Poulin et a condamné ce dernier à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour pour ce qui est des deux chefs de grossière indécence. Cette peine est en cause dans le présent pourvoi. La peine infligée relativement au chef d'agression sexuelle — c'est-à-dire une peine avec sursis assortie de deux ans de probation ainsi que la délivrance d'ordonnances accessoires — n'est toutefois pas en cause.

[10] La peine d'emprisonnement avec sursis n'existait pas à l'époque où M. Poulin a commis ses actes de grossière indécence. L'emprisonnement avec sursis est entré en vigueur comme peine en 1996 (*Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22, art. 6). Les parties conviennent que la peine

the offence of gross indecency, according to the provisions in force, by the time Mr. Poulin was charged, convicted and sentenced (2014 to 2017). Their view is that, when gross indecency was repealed from the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in 1988 (R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 4, which came into force in 1988), some conduct that had amounted to gross indecency, including Mr. Poulin's, was now captured under other sexual offence provisions, such as ss. 151 and 271 of the *Criminal Code*. Since conditional sentences have been made statutorily unavailable for such sexual offences (see *Criminal Code*, ss. 742.1(b), 151 and 271), the parties consider the conditional sentence to have equally been made unavailable for the indictable acts of gross indecency that are now criminalized under these modern sexual offences. Put differently, the parties agree that the current restriction on conditional sentences for sexual offences extends to Mr. Poulin's offences of gross indecency. I do not comment on this interpretation as it is not an issue that has been raised before this Court.

[11] The sentencing judge did not analyze the threshold question of whether a conditional sentence was actually available for Mr. Poulin's gross indecencies. Rather, the judge considered that s. 11(i) entitled Mr. Poulin to the benefit of a lesser sentence that was applicable to his offences in the interval between their commission and sentencing (2017 QCCQ 7015, at paras. 26-27 (CanLII)).

[12] The Crown appealed, arguing, among other things, that a conditional sentence was not available to Mr. Poulin under s. 11(i) of the *Charter*. The Court of Appeal rejected the Crown's argument. It applied its earlier decision in *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (C.A.), which took for granted that s. 11(i) confers a global right (2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, at paras. 32-33; *Belzil*, at p. 1139). Thus, the Court of Appeal held that s. 11(i) gave

d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait plus à l'infraction de grossière indécence, d'après les dispositions en vigueur, lorsque M. Poulin a été accusé, déclaré coupable et condamné (de 2014 à 2017). Elles sont d'avis que, lorsque l'infraction de grossière indécence a été supprimée du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en 1988 (L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.), art. 4, entré en vigueur en 1988), certains actes qui constituaient de la grossière indécence, dont ceux commis par M. Poulin, sont alors tombés sous le coup d'autres dispositions relatives aux infractions d'ordre sexuel, dont les art. 151 et 271 du *Code criminel*. Puisque la peine d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait plus à ce type d'infraction d'ordre sexuel (voir le *Code criminel*, al. 742.1b), art. 151 et 271), les parties estiment que la peine d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait pas non plus aux actes de grossière indécence qui constituent maintenant des actes criminels aux termes de ces dispositions modernes relatives aux infractions d'ordre sexuel. Autrement dit, les parties conviennent que la restriction actuelle applicable aux peines d'emprisonnement avec sursis qui visent à sanctionner les infractions d'ordre sexuel s'applique également aux infractions de grossière indécence commises par M. Poulin. Je ne commenterai pas cette interprétation, qui ne fait pas partie des questions soulevées devant notre Cour.

[11] Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas analysé la question préliminaire de savoir si une peine d'emprisonnement avec sursis pouvait effectivement s'appliquer aux actes de grossière indécence commis par M. Poulin. Le juge a plutôt considéré que l'al. 11*i*) accordait à M. Poulin le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui s'appliquait à ses infractions dans l'intervalle entre le moment où celles-ci ont été perpétrées et celui de sa sentence (2017 QCCQ 7015, par. 26-27 (CanLII)).

[12] Le ministère public s'est pourvu en appel de cette décision, alléguant, entre autres choses, qu'une peine d'emprisonnement avec sursis ne pouvait pas être infligée à M. Poulin selon l'al. 11*i*) de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté l'argument du ministère public. Elle a plutôt appliqué la décision qu'elle a rendue dans *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (C.A.), où elle a tenu pour acquis que l'al. 11*i*) conférait un droit global (2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216,

Mr. Poulin the right to a sentence that was not on the books at the time of his offences, and that had been expressly repealed for his offences by the time of his sentencing.

[13] The Crown now appeals to this Court by leave.

[14] On February 22, 2019, shortly before the hearing of this appeal, Mr. Poulin passed away. The appeal proceeded nonetheless, accompanied by a Crown motion for the Court to adjudicate the appeal even though it had become factually moot.

III. Issues

[15] This appeal raises two issues:

- A. Should this Court exercise its discretion to decide this moot appeal?
- B. Does s. 11(i) of the *Charter* constitutionalize a binary or a global right?

IV. Analysis

A. *Should This Court Exercise Its Discretion to Decide This Moot Appeal?*

[16] As outlined above, Mr. Poulin passed away, a few weeks before the hearing of this appeal. Mr. Poulin's death occurred after the appellant Crown had filed its factum and after this Court had granted leave to intervene to the interveners.

[17] Upon learning of Mr. Poulin's death, the Crown filed a motion to proceed with its appeal, in accordance with s. 76 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. Mr. Poulin's counsel wrote to the Crown saying that he would proceed to file the respondent's appeal materials by the deadline applicable to Mr. Poulin, which he ultimately did. Mr. Poulin's

par. 32-33; *Belzil*, p. 1139). Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que l'al. 11*i*) conférait à M. Poulin le droit de bénéficier d'une peine qui n'était pas en vigueur au moment de la perpétration de ses infractions et qui, au moment de sa sentence, avait été expressément exclue des peines susceptibles de lui être infligées.

[13] Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour avec l'autorisation de cette dernière.

[14] Le 22 février 2019, peu avant l'audition du présent pourvoi, M. Poulin est décédé. Le pourvoi a néanmoins été instruit et le ministère public a présenté une requête visant à ce que la Cour tranche le pourvoi même s'il est désormais théorique sur le plan factuel.

III. Questions en litige

[15] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- A. Notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher le présent pourvoi devenu théorique?
- B. L'alinéa 11*i*) de la *Charte* constitutionnalise-t-il un droit binaire ou un droit global?

IV. Analyse

A. *Notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher le présent pourvoi devenu théorique?*

[16] Comme je l'ai déjà mentionné, M. Poulin est décédé quelques semaines avant l'audition du présent pourvoi. Le décès de M. Poulin est survenu après que le ministère public appelant ait déposé son mémoire et que notre Cour ait autorisé les intervenants à intervenir.

[17] Après avoir appris le décès de M. Poulin, le ministère public a déposé une requête en vue de la poursuite de l'instance, conformément à l'art. 76 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26. L'avocat de M. Poulin a écrit au ministère public pour l'informer qu'il déposerait les documents d'appel de l'intimé avant la date limite qui avait été imposée à

counsel later provided affidavit evidence confirming that Mr. Poulin's executor had instructed Mr. Poulin's counsel to continue representing Mr. Poulin's position on this appeal should this Court decide to hear it. The Crown's motion to proceed with the appeal was heard alongside the appeal. Mr. Poulin's counsel did not take a position on the motion to proceed.

[18] The Crown appropriately concedes that this appeal is moot in light of Mr. Poulin's death. However, the Crown argues that this Court should exercise its discretion to adjudicate this appeal despite its mootness. I agree.

[19] In *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, this Court set out five (non-exhaustive) factors for determining whether there are exceptional circumstances warranting the adjudication of an appeal rendered moot by the accused's death. These factors are:

1. whether the appeal will proceed in a proper adversarial context;
2. the strength of the grounds of the appeal;
3. whether there are special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, including:
 - (a) a legal issue of general public importance, particularly if it is otherwise evasive of appellate review;
 - (b) a systemic issue related to the administration of justice;
 - (c) collateral consequences to the family of the deceased or to other interested persons or to the public;
4. whether the nature of the order which could be made by the appellate court justifies the expenditure of limited judicial (or court) resources to resolve a moot appeal;

M. Poulin, et c'est ce qu'il a finalement fait. Par la suite, l'avocat de M. Poulin a présenté une preuve par affidavit qui confirmait que l'exécuteur testamentaire de ce dernier lui avait demandé de continuer de représenter M. Poulin dans le présent pourvoi si notre Cour décidait d'instruire celui-ci. La requête présentée par le ministère public en vue de poursuivre l'instance a été instruite en même temps que le pourvoi. L'avocat de M. Poulin ne s'est pas prononcé sur la requête déposée en vue de poursuivre l'instance.

[18] Le ministère public reconnaît à juste titre que le présent pourvoi est théorique compte tenu du décès de M. Poulin. Il soutient cependant que notre Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher le présent pourvoi en dépit de son caractère théorique. Je suis d'accord.

[19] Dans l'arrêt *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, notre Cour a énoncé cinq facteurs (non exhaustifs) servant à déterminer si des circonstances exceptionnelles justifient que la Cour statue sur un pourvoi devenu théorique par suite du décès de l'accusé. Ces facteurs sont les suivants :

1. l'existence d'un débat contradictoire approprié à la poursuite de l'instance en appel;
2. le sérieux des motifs d'appel;
3. l'existence de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l'appellant ou de l'intimé, dont :
 - a) une question de droit d'intérêt général, particulièrement s'il s'agit d'une question qui échappe ordinairement à l'examen en appel;
 - b) une question de nature systémique ayant trait à l'administration de la justice;
 - c) les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public;
4. la question de savoir si la nature de l'ordonnance que pourrait rendre la cour d'appel justifie l'affectation de ses ressources limitées au règlement d'un appel théorique;

5. whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the Court in free-standing, legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself. [para. 50]

[20] Overall, these factors militate towards adjudicating the Crown’s appeal.

[21] First, despite Mr. Poulin’s death, Mr. Poulin’s counsel submitted a full-length factum advancing Mr. Poulin’s position and advocated for that position at the hearing of this appeal. The interveners the Criminal Lawyers’ Association (“CLA”) and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense (“AQAAD”) also provided the Court with perspectives aligned with Mr. Poulin’s. Thus, this Court has had the benefit of adversarial submissions in this case.

[22] Second, the appellant’s case is clearly more than “arguable” (see *R. v. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482, at para. 96). The Crown’s appeal raises an important constitutional question that has not yet received comprehensive treatment in the jurisprudence. Indeed, the Crown points out that the existing s. 11(i) decisions addressing the binary/global question, while consistent, do not engage with, let alone identify, the underlying purposes of the right. This is a critical shortcoming because, as discussed below, the interpretation of a *Charter* right hinges on the right’s purposes. There is, accordingly, “real substance” to the Crown’s appeal and the Crown raises a serious issue (*ibid.*).

[23] Third, the proper interpretation of s. 11(i) is “a legal issue of general public importance” which “transcend[s] the death” of Mr. Poulin. The binary/global question is the sole question on appeal in this case. By granting leave to appeal, this Court signalled that it considers the binary/global question to be of public importance and to merit closer analysis (see *Supreme Court Act*, s. 40(1)). Further, and unlike

5. la question de savoir si, en poursuivant l’instance en appel, la cour n’excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu’il vaut mieux laisser au législateur. [par. 50]

[20] Dans l’ensemble, ces facteurs justifient que la Cour statue sur le pourvoi du ministère public.

[21] Premièrement, malgré le décès de M. Poulin, l’avocat de ce dernier a présenté un mémoire complet dans lequel est exposée la position de M. Poulin et il a défendu cette position à l’audition du présent pourvoi. Les intervenantes Criminal Lawyers’ Association (« CLA ») et Association québécoise des avocats et avocates de la défense (« AQAAD ») ont également présenté des observations qui cadraient avec la position de M. Poulin. Par conséquent, notre Cour a eu l’avantage d’entendre des observations contradictoires en l’espèce.

[22] Deuxièmement, il est évident que le cas de l’appelant est plus que [TRADUCTION] « défendable » (voir *R. c. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482, par. 96). Le pourvoi du ministère public soulève une question constitutionnelle importante qui n’a pas encore été traitée à fond dans la jurisprudence. En effet, le ministère public souligne que, bien qu’elles soient concordantes, les décisions existantes relatives à l’al. 11i) qui traitent de la question du droit binaire ou global n’abordent pas, et définissent encore moins, les objets qui sous-tendent le droit garanti par cette disposition. Cette lacune est capitale car, comme je l’explique ci-dessous, l’interprétation d’un droit garanti par la *Charte* dépend de son objet. Par conséquent, le pourvoi du ministère public est [TRADUCTION] « bien fondé » et le ministère public soulève une question sérieuse (*ibid.*).

[23] Troisièmement, l’interprétation juste de l’al. 11i) est « une question de droit d’intérêt général » qui « transcend[e] le décès » de M. Poulin. La question du droit binaire ou global est la seule à trancher en l’espèce. En octroyant l’autorisation de former le présent pourvoi, notre Cour a indiqué qu’elle estime que la question du droit binaire ou global est d’intérêt public et qu’elle mérite de faire

in *Smith*, the question in this appeal is not restricted to the facts of the case. To the contrary, the proper interpretation of this *Charter* provision engages a systemic issue related to the administration of justice, since s. 11(i) applies to all sentencing proceedings. As a result, the Crown, acting on behalf of the public, has a strong interest in seeing the question resolved (see *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 97). Moreover, this appeal has meaningful collateral consequences; the proper interpretation of s. 11(i) touches not only all persons found guilty of offences and their families, but also all persons interested in the sentencing of those offenders — which extends beyond victims and their loved ones to society at large. As such, it is “in the public interest to address the merits in order to settle the state of the law” (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 364).

[24] Fourth, the value of this Court’s ruling on the proper interpretation of s. 11(i) clearly outweighs any concerns about limited judicial resources. At this stage and in these circumstances, the option most respectful of all participants’ resources is to decide the appeal. While a decision not to adjudicate this appeal might save *this* Court some resources in the short term, it would undoubtedly cost *other* courts and justice system participants additional resources in the longer term. It is much more efficient and fair for this Court to decide this question of national importance now, rather than cause future litigants and lower courts to expend further resources debating this question until, inevitably, it reaches this Court anew. There is a clear “social cost in leaving the matter undecided” which outweighs any small cost to this Court associated with deciding the appeal (*Borowski*, at pp. 361-62).

l’objet d’une analyse plus poussée (voir la *Loi sur la Cour suprême*, par. 40(1)). En outre, contrairement à l’arrêt *Smith*, la question à trancher dans le présent pourvoi n’est pas propre aux faits de l’espèce. Au contraire, l’interprétation juste de cette disposition de la *Charte* met en jeu une question de nature systémique ayant trait à l’administration de la justice, car l’al. 11*i* s’applique à toutes les procédures de détermination de la peine. Par conséquent, le ministère public, qui agit au nom du public, a tout intérêt à ce que cette question soit résolue (voir *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, p. 97). De plus, le présent pourvoi a des conséquences accessoires importantes; en effet, l’interprétation appropriée de l’al. 11*i* touche non seulement toutes les personnes déclarées coupables d’infractions et leurs familles, mais aussi toutes les personnes qui s’intéressent à la sentence de ces contrevenants, ce qui comprend la société en général en plus des victimes et de leurs proches. Ainsi, il est « dans l’intérêt du public de statuer sur le fond de la question pour déterminer l’état du droit » (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 364).

[24] Quatrièmement, la valeur de la décision de notre Cour sur l’interprétation appropriée de l’al. 11*i* l’emporte sans conteste sur toute préoccupation quant aux ressources judiciaires limitées. À ce stade et dans les circonstances, la solution la plus respectueuse des ressources de toutes les parties consiste à trancher le pourvoi. Bien que *notre* Cour puisse économiser certaines ressources à court terme si une décision de ne pas trancher le présent pourvoi était rendue, il ne fait aucun doute qu’une telle décision obligerait d’autres cours et les acteurs du système de justice à dépenser des ressources supplémentaires à long terme. Il est beaucoup plus efficace et juste que notre Cour tranche aujourd’hui cette question d’importance nationale que d’obliger les futurs plaideurs et les tribunaux d’instance inférieure à consacrer des ressources supplémentaires au débat de cette question jusqu’à ce que celle-ci soit inévitablement soumise à notre Cour de nouveau. De toute évidence, le « coût social de laisser une question sans réponse » l’emporte sur tous les menus frais que notre Cour pourrait engager pour trancher le pourvoi (*Borowski*, p. 361-362).

[25] Fifth, and finally, it is for the courts, not Parliament, to define the scope of *Charter* rights. Unlike in *Borowski*, this Court would not be intruding on the legislative role by answering the question put to it.

[26] Based on these five factors, I am satisfied that there is “a continuing controversy which, notwithstanding the death of the individual most directly affected by the appeal, requires resolution in the interests of justice” (*Smith*, at para. 4; see also para. 50). The Crown’s factum, filed prior to Mr. Poulin’s death, is exclusively concerned with the proper interpretation of s. 11(i), and not the sentencing of Mr. Poulin *per se*. This demonstrates that this appeal raises a pure question of law that stands on its own, independent of the now moot factual context that initially gave rise to it. Indeed, it bears almost all of the hallmarks of an appeal warranting adjudication despite its mootness: it is of “importance to the administration of criminal justice”; has “a constitutional dimension”; requires “the interpretation of a statutory provision . . . of frequent application”; and involves a matter “in the daily business of our trial courts” (*R. v. Beaton*, 2018 ONCA 924, at para. 14 (CanLII)). This is therefore one of those “rare and exceptional” cases in which the Court ought to exercise its discretion to adjudicate a moot criminal appeal (*Smith*, at para. 10). I would grant the motion to proceed with the appeal.

[27] In these reasons, I refer to the position advanced on behalf of Mr. Poulin as “Mr. Poulin’s position”, despite his death.

B. Does Section 11(i) of the Charter Constitutionalize a Binary or a Global Right?

[28] Section 11(i) of the *Charter* sits within a larger provision that protects “crucial fundamental rights” of the accused (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at p. 558, per Wilson J.). Among the

[25] Cinquièmement, et enfin, il incombe aux tribunaux, et non au législateur, de définir la portée des droits garantis par la *Charte*. À la différence de l’arrêt *Borowski*, notre Cour n’empiéterait pas sur le rôle du législateur en tranchant la question dont elle est saisie.

[26] Compte tenu de ces cinq facteurs, je suis convaincue qu’en l’espèce, « une question demeure en litige et doit être tranchée dans l’intérêt de la justice malgré le décès de la personne la plus directement touchée par l’appel » (*Smith*, par. 4; voir également le par. 50). Le mémoire déposé par le ministère public avant le décès de M. Poulin porte exclusivement sur l’interprétation juste de l’al. 11*i*) et non sur la sentence de M. Poulin elle-même. Cela démontre que le présent pourvoi soulève une pure question de droit qui est indépendante du contexte factuel devenu maintenant théorique qui a donné naissance au départ à cette question. En effet, il présente presque toutes les caractéristiques d’un pourvoi qui doit être tranché en dépit de son caractère théorique : il est [TRADUCTION] « important pour l’administration de la justice criminelle »; il a « une dimension constitutionnelle »; il nécessite « l’interprétation d’une disposition législative [. . .] qui est appliquée fréquemment »; et il porte sur une question que « les tribunaux de première instance sont appelés à trancher quotidiennement » (*R. c. Beaton*, 2018 ONCA 924, par. 14 (CanLII)). Par conséquent, le présent pourvoi constitue l’un de ces cas où la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher un pourvoi en matière criminelle devenu théorique, ce qu’elle fait « rarement et à titre exceptionnel » (*Smith*, par. 10). Je suis d’avis d’accueillir la requête visant la poursuite du pourvoi.

[27] Dans les présents motifs, j’appelle la position présentée au nom de M. Poulin la « position de M. Poulin » même s’il est décédé.

B. L’alinéa 11i) de la Charte constitutionnalise-t-il un droit binaire ou un droit global?

[28] L’alinéa 11*i*) de la *Charte* fait partie d’une disposition générale qui protège les « droits fondamentaux très importants » de l’accusé (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, p. 558, la juge

rights enshrined in s. 11 are the right to be presumed innocent (s. 11(d)); the right to a trial within a reasonable time (s. 11(b)); the right to trial by jury for certain serious offences (s. 11(f)); the right not to be compelled to be a witness against oneself (s. 11(c)); and the right not to be denied reasonable bail without just cause (s. 11(e)).

[29] Section 11(i) of the *Charter* states:

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

[30] The appellant Crown and the intervener the Attorney General of Ontario argue that s. 11(i) confers a binary right. In their view, the provision entitles the offender to the lesser of the punishments under the laws in force at two key points in time: commission of the offence and sentencing. The respondent Mr. Poulin and the interveners the CLA and the AQAAD claim that s. 11(i) confers a global right. On their view, the provision entitles the offender to receive the least onerous punishment that has existed for the offence since it was committed.

[31] Thus far, Canadian courts have favoured Mr. Poulin's approach. Courts across this country, including the Quebec Court of Appeal in this case, have consistently read s. 11(i) as conferring a global right (see, for instance, *Belzil*; *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271). Generally speaking, and as further detailed below, two factors have led these courts to conclude that s. 11(i) entitles an offender to receive a lesser punishment that was not applicable at the time of the offence's commission or of the offender's

Wilson). Parmi les droits consacrés à l'art. 11 figurent le droit d'être présumé innocent (al. 11d)), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11b)), le droit de bénéficier d'un procès avec jury pour certaines infractions graves (al. 11f)), le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même (al. 11c)), et le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (al. 11e)).

[29] L'alinéa 11i) de la *Charte* dispose :

11. Tout inculpé a le droit :

...

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

[30] Le ministère public appelant et le procureur général de l'Ontario intervenant soutiennent que l'al. 11i) confère un droit binaire. À leur avis, cette disposition donne au contrevenant le droit de bénéficier de la moins sévère des peines prévues par les lois en vigueur à deux moments importants : celui de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. L'intimé M. Poulin et les intervenantes la CLA et l'AQAAD affirment que l'al. 11i) confère un droit global. À leur avis, cette disposition donne au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui ait existé depuis que l'infraction a été commise.

[31] Jusqu'à maintenant, les tribunaux canadiens ont privilégié l'interprétation de M. Poulin. Les tribunaux du pays, dont la Cour d'appel du Québec en l'espèce, ont toujours interprété l'al. 11i) comme conférant un droit global (voir, par exemple, *Belzil*; *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271). De façon générale, et tel qu'il est précisé ci-après, deux facteurs ont amené ces tribunaux à conclure que l'al. 11i) confère au contrevenant le droit de bénéficier d'une peine moins sévère qui ne s'appliquait pas au moment

sentencing, but was applicable for a period at some point in between the two. The first factor is s. 11(i)'s use of the word "between". In their view, "between" indicates that the s. 11(i) right is concerned with the entire interval of time that elapses between the offence and sentencing. The second factor is the principle of liberal interpretation of *Charter* rights. According to them, this principle dictates that s. 11(i) should receive the interpretation most favourable to the offender.

[32] Absent from these decisions, however, is an analysis rooted in the purposes of s. 11(i). Indeed, these decisions do not examine the purposes of s. 11(i). Yet, the interpretation of a *Charter* right is a *purposive* endeavour (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). A *Charter* right must be interpreted in light of the purpose or purposes driving it. In *Big M*, this Court explained that the purpose of a right or freedom is to be determined "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*" (p. 344). Accordingly, a proper determination of whether s. 11(i) confers a binary or global right cannot be made without examining the purposes of the right by reference to these considerations.

[33] In *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, this Court stated that the underlying purposes of s. 11(i) are the rule of law and fairness. I begin my analysis by explaining how s. 11(i) reflects these two purposes. Building on this foundation, and in accordance with the methodology articulated in *Big M*, I examine the linguistic and historical context of s. 11(i). In my view, the text and history of this provision lend support to the binary interpretation. Furthermore, unlike the global interpretation, the binary interpretation is consistent with the purposes

de la perpétration de l'infraction ou au moment de la sentence, mais qui s'est appliquée pendant un certain temps entre ces deux moments. Le premier facteur est l'emploi du terme « entre » à l'al. 11*i*). Selon les tribunaux canadiens, l'emploi du terme « entre » indique que le droit garanti par l'al. 11*i*) s'applique à l'ensemble de la période qui s'est écoulée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. Le deuxième facteur est le principe de l'interprétation libérale des droits garantis par la *Charte*. Selon les tribunaux canadiens, ce principe exige que l'al. 11*i*) soit interprété de la manière la plus favorable qui soit pour le contrevenant.

[32] Toutefois, ces décisions ne contiennent pas d'analyse fondée sur les objets de l'al. 11*i*). En effet, elles ne traitent pas des objets de l'al. 11*i*). Or, l'interprétation d'un droit garanti par la *Charte* est une entreprise *téléologique* (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Un droit garanti par la *Charte* doit être interprété en fonction de l'objet ou des objets qui le sous-tendent. Dans l'arrêt *Big M*, notre Cour a expliqué que 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* » (p. 344). Par conséquent, il est impossible de déterminer si l'al. 11*i*) confère un droit binaire ou un droit global sans examiner les objets du droit que garantit cette disposition en tenant compte de ces considérations.

[33] Dans l'arrêt *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, notre Cour a déclaré que les objets qui sous-tendent l'al. 11*i*) sont la primauté du droit et l'équité. Je commence mon analyse en expliquant comment l'al. 11*i*) reflète ces deux objets. En m'appuyant sur ce fondement, et conformément à la méthode formulée dans *Big M*, j'examinerai le contexte linguistique et historique de l'al. 11*i*). À mon avis, le libellé et l'historique de cette disposition étayent l'interprétation binaire. Qui plus est, contrairement à l'interprétation globale, l'interprétation binaire

animating s. 11(i). Far from advancing the rule of law and fairness, a global interpretation of s. 11(i) would undermine them. Therefore, a purposive analysis of s. 11(i) leads to the conclusion that it confers a binary right.

[34] In order to engage in a purposive analysis of s. 11(i), it is necessary to understand how the provision would operate, both in general as well as under each of the binary and global approaches. We cannot appreciate the implications of the two competing approaches to s. 11(i), and whether these accord with the purposes of s. 11(i), without first understanding the basic mechanics of the provision and what each approach to the provision entails. I therefore begin by reviewing these mechanics. As will be seen, four questions arise when applying s. 11(i). The fact that s. 11(i) raises these questions is not in dispute. The questions naturally follow from the language of s. 11(i) and feature in the case law applying the right. As will be seen, what differs between the binary and global approaches to s. 11(i) is what they require to answer each of the four questions.

(1) Context: How Section 11(i) Operates

(a) *Question One: What Are the Applicable Sentencing Provisions?*

[35] It is clear from its wording that s. 11(i) involves a comparison between multiple “punishments” and an entitlement to the lesser of these. Thus, the first question that arises when applying s. 11(i) is “What are the various sentencing provisions attached to the offence at the relevant points in time?” The sentencing provisions needed to apply s. 11(i) in a binary manner are the ones in force at the time of the offence and the ones in force at the time of sentencing. By contrast, a global approach to s. 11(i) would require an exhaustive legislative history of all sentencing provisions associated with the offence since its commission. To respect Mr. Poulin’s s. 11(i) right under a global approach, all of the sentencing provisions

est conforme aux objets que vise l’al. 11*i*). Loin de servir la primauté du droit et l’équité, une interprétation globale de l’al. 11*i*) minerait leur atteinte. Par conséquent, une interprétation téléologique de l’al. 11*i*) mène à la conclusion qu’il confère un droit binaire.

[34] Pour procéder à une analyse téléologique de l’al. 11*i*), il est nécessaire de comprendre comment s’appliquerait cette disposition, tant en général que dans le contexte d’une interprétation binaire et d’une interprétation globale. Il nous est impossible de comprendre les incidences de ces deux interprétations divergentes de l’al. 11*i*), et de déterminer si elles concordent avec les objets de l’al. 11*i*), sans d’abord comprendre le fonctionnement de base de cette disposition et les effets de chacune de ces interprétations. Je commencerai donc par étudier ce fonctionnement. Comme nous le verrons, l’application de l’al. 11*i*) soulève quatre questions. Nul ne conteste que l’al. 11*i*) soulève ces questions. Elles découlent naturellement de son libellé et figurent dans la jurisprudence relative à ce droit. Comme nous le verrons, ce qui distingue les deux interprétations, binaire et globale, de l’al. 11*i*), ce sont les réponses qu’elles commandent à l’égard de chacune des quatre questions.

(1) Contexte : Application de l’al. 11*i*)

a) *Première question : quelles sont les dispositions applicables en matière de détermination de la peine?*

[35] Il ressort clairement du libellé de l’al. 11*i*) que cette disposition implique une comparaison entre de nombreuses « peines » et le droit de bénéficier de la moins sévère d’entre elles. Ainsi, la première question que soulève l’application de l’al. 11*i*) est de savoir quelles sont les différentes dispositions relatives à la détermination de la peine qui étaient appliquées pour sanctionner l’infraction aux moments pertinents. Une interprétation binaire de l’al. 11*i*) exige que les dispositions relatives à la détermination de la peine qui étaient en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction et celles en vigueur au moment de la sentence soient appliquées. À l’inverse, une interprétation globale de l’al. 11*i*)

bearing on gross indecency over the decades between Mr. Poulin's offences and his sentencing would need to be identified. Otherwise, the least onerous punishment available in that interval might inadvertently be overlooked.

[36] As set out above, the crime of which Mr. Poulin was found guilty — gross indecency — was repealed in 1988, after he committed it. However, the parties agree that the sentencing provisions applicable to Mr. Poulin's offences of gross indecency after that date are the ones applicable to the indictable sexual offences in the *Criminal Code*. Then, because amendments to the *Criminal Code* made the conditional sentence unavailable for these sexual offences, the parties agree that this sentence was similarly statutorily unavailable for Mr. Poulin's counts of gross indecency at the time he was sentenced in 2017. Without the parties' agreement that the sentencing provisions applicable to the modern sexual offences apply to Mr. Poulin's acts of gross indecency, it would have been necessary for the court to determine which crime(s) and associated provisions corresponded to Mr. Poulin's acts of gross indecency after this crime was repealed.

(b) *Question Two: Which Measures Contained in These Sentencing Provisions Constitute "Punishments"?*

[37] Once the relevant sentencing provisions have been identified, the question becomes which of the

impose d'établir un historique législatif exhaustif de toutes les dispositions relatives à la détermination de la peine qui ont pu s'appliquer à l'infraction depuis sa perpétration. Selon une interprétation globale, il faudrait dresser la liste de toutes les dispositions établissant la peine relative à l'infraction de grossière indécence qui ont été appliquées au cours des décennies qui se sont écoulées entre les infractions commises par M. Poulin et sa sentence afin de respecter le droit que lui confère l'al. 11*i*). Sinon, la peine la moins sévère qui était en vigueur au cours de cet intervalle pourrait ne pas être prise en considération par inadvertance.

[36] Comme je l'ai mentionné, la disposition applicable au crime dont M. Poulin a été reconnu coupable — la grossière indécence — a été abrogée en 1988 après que M. Poulin l'eut commis. Cependant, les parties conviennent que, après cette date, les dispositions en matière de détermination de la peine applicables aux infractions de grossière indécence commises par M. Poulin sont celles qui s'appliquent aux actes criminels d'ordre sexuel prévus au *Code criminel*. De plus, étant donné que la peine d'emprisonnement avec sursis ne pouvait plus être infligée pour sanctionner ce type d'infractions d'ordre sexuel à la suite des modifications apportées au *Code criminel*, les parties conviennent que cette peine ne pouvait pas non plus être infligée à M. Poulin en vertu de la loi pour les chefs de grossière indécence lorsque ce dernier a reçu sa sentence en 2017. Si les parties n'avaient pas convenu que les dispositions sur la détermination de la peine applicables aux infractions d'ordre sexuel modernes s'appliquent également aux actes de grossière indécence commis par M. Poulin, la Cour aurait été tenue de déterminer quel(s) crime(s) et quelles dispositions correspondaient aux actes de grossière indécence de M. Poulin depuis l'abrogation des dispositions relatives à ce crime.

(b) *Deuxième question : quelles mesures prévues dans ces dispositions sur la détermination de la peine constituent des « peines »?*

[37] Après avoir dressé la liste des dispositions pertinentes relatives à la détermination de la peine, il

measures or sanctions contained within these provisions constitute “punishments” in the sense contemplated by s. 11(i). In *K.R.J.*, at para. 41, this Court held that a measure will constitute punishment under s. 11(i) when:

. . . (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender’s liberty or security interests. [Footnote omitted; para. 41.]

Notably, *K.R.J.* expanded the s. 11(i) concept of “punishment” beyond what it had been before. Specifically, *K.R.J.* added factor (3) to the test for punishment “to carve out a clearer and more meaningful role for the consideration of the impact of a sanction” (para. 41; see also paras. 28 and 36).

[38] Numerous measures and sanctions have been assessed against the s. 11(i) concept of “punishment”. The following measures have been found to qualify as punishment: the timing of eligibility for parole (*Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238, at paras. 27 and 43); pre-sentence custody (*R. v. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160, at para. 32); the conditions governing the “faint hope” regime (*R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215, at paras. 88-89); *Criminal Code* driving prohibition orders (*R. v. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234, at para. 37); and weapons prohibition orders (*Bent*, at para. 71; see also *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 3 (although not a s. 11(i) case)). By contrast, the following sanctions have been found *not* to constitute s. 11(i) “punishment”: post-conviction DNA databank orders (*R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at paras. 64-65); sex offender registration (or “SOIRA”) orders (see, for instance, *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, at para. 84); and provincial driving suspensions imposed in response to criminal

faut se demander lesquelles des mesures ou des sanctions prévues dans ces dispositions constituent des « peines » au sens de l’al. 11*i*). Au par. 41 de l’arrêt *K.R.J.*, notre Cour a statué qu’une mesure constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) si :

. . . (1) elle est une conséquence d’une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. [Note en bas de page omise, par. 41.]

Il est à noter que, dans l’arrêt *K.R.J.*, le concept de « peine » dont il est question à l’al. 11*i*) a été élargi au-delà du sens qu’il revêtait auparavant. Plus précisément, le troisième facteur énoncé dans le passage précédent a été ajouté au critère qui permet « d’assimiler une mesure à une peine afin de conférer un rôle plus clair et plus important à la prise en compte de l’incidence de la sanction » (par. 41; voir aussi les par. 28 et 36).

[38] De nombreuses mesures et sanctions ont été évaluées en regard du concept de « peine » énoncé à l’al. 11*i*). Ainsi, les mesures suivantes sont assimilées à une peine : la période d’admissibilité à la libération conditionnelle (*Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238, par. 27 et 43); la détention présentencielle (*R. c. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160, par. 32); les conditions régissant le régime dit du [TRADUCTION] « faible espoir » (*R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215, par. 88-89); les ordonnances d’interdiction de conduire relevant du *Code criminel* (*R. c. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234, par. 37); et les ordonnances d’interdiction de posséder des armes (*Bent*, par. 71; voir aussi *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 3 (bien que cette affaire ne porte pas sur l’al. 11*i*)). Par contre, les sanctions suivantes *ne* sont *pas* assimilées à une « peine » au sens de l’al. 11*i*) : les ordonnances d’utilisation d’une banque de données génétiques après une déclaration de culpabilité (*R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 64-65); les ordonnances d’enregistrement au registre des

convictions (*Wilson*, at para. 34). However, without commenting on their merits, I observe that these latter decisions were rendered prior to *K.R.J.*

[39] In this case, the parties accept that a conditional sentence is a “punishment” for the purposes of s. 11(i). Given my ultimate conclusion that s. 11(i) confers a binary right and therefore does not entitle Mr. Poulin to *any* “punishments” temporarily available in the interval between his offence and sentencing, I need not determine whether a conditional sentence constitutes a “punishment” to which Mr. Poulin could be entitled under s. 11(i).

[40] As the cases outlined above reveal, “punishment” is a broad concept. It captures not only traditional prison sentences, but also ancillary orders and other statutory measures. The consequence of this is significant: in light of the meaning of “punishment”, s. 11(i) does not involve the simple comparison of two or more *whole* sentencing provisions. Rather, s. 11(i) requires that the applicable sentencing provisions be parsed into their various measures. Each type of measure must then be evaluated under the *K.R.J.* test for “punishment”. In this evaluation, attention must also be paid to whether the measure at issue has been found to constitute “punishment” under ss. 11(h) or 12 of the *Charter*, as “punishment should be defined consistently across ss. 11 and 12 of the *Charter*” (*R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 38).

[41] It is only once the evaluation of all of the measures is complete that the court will have before

délinquants sexuels prononcées sous le régime de la *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* (ou la « LERDS ») (voir, par exemple, *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, par. 84); et les suspensions de permis de conduire provinciales imposées à la suite d’une déclaration de culpabilité au criminel (*Wilson*, par. 34). Toutefois, sans me prononcer sur leur bien-fondé, je constate que ces dernières décisions ont été rendues avant l’arrêt *K.R.J.*

[39] En l’espèce, les parties conviennent que l’emprisonnement avec sursis constitue une « peine » pour l’application de l’al. 11i). Vu ma conclusion finale selon laquelle l’al. 11i) confère un droit binaire et ne permet donc pas à M. Poulin de bénéficier de *toute* « peine » qui était temporairement en vigueur entre le moment de la perpétration de son infraction et celui de sa sentence, je n’ai pas à décider si l’emprisonnement avec sursis constitue une « peine » à laquelle M. Poulin pourrait avoir droit au titre de l’al. 11i).

[40] Comme le révèlent les décisions précitées, le concept de « peine » est large. Ce concept englobe non seulement les peines d’emprisonnement traditionnelles, mais aussi les ordonnances accessoires et les autres mesures prescrites par la loi. Cela a une incidence importante : compte tenu de la signification du concept de « peine », l’al. 11i) ne suppose pas la simple comparaison d’au moins deux dispositions *intégrales* relatives à la détermination de la peine. L’alinéa 11i) exige plutôt que les dispositions relatives à la détermination de la peine applicables soient appréciées en fonction des diverses mesures qu’elles prévoient. Chaque type de mesure doit ensuite être évalué en fonction du critère énoncé dans *K.R.J.* qui permet d’assimiler une mesure à une « peine ». Pendant cette évaluation, il faut également se pencher sur la question de savoir si la mesure en cause est considérée comme une « peine » au sens de l’al. 11h) ou de l’art. 12 de la *Charte*, car la « peine devrait recevoir la même acception aux art. 11 et 12 de la *Charte* » (*R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 38).

[41] Ce n’est qu’après avoir évalué toutes les mesures que la Cour aura pris connaissance des

it the various “punishments” that must be compared to identify the “lesser” punishment or punishments to which the offender is entitled under s. 11(i). A binary approach to s. 11(i) would only require the evaluation of the measures applicable at the two relevant points in time (offence and sentencing). In contrast, a global approach to s. 11(i) would require the evaluation of each and every type of measure that was applicable at some point during the entire interval between the offence and sentencing, no matter the length of that interval.

(c) *Question Three: Which Punishment(s) Represent the “Lesser” Punishment(s)?*

[42] Once the various “punishments” for the offence have been identified, they must be compared and contrasted to determine which one — or ones — reflect the “lesser” punishment. Often, this determination is obvious; it selects the shorter period of incarceration over the longer one, and the absence of a weapons prohibition over the imposition of one. However, sometimes the determination of the lesser punishment is more nuanced. For instance, the sentencing court comparing two competing sentencing regimes must be alive to the possibility that each of the regimes contains some “lesser” aspect of punishment. To this end, in *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, this Court observed that while the new sentencing regime was more favourable to Mr. Johnson if he qualified as a long-term offender, the former regime would be more favourable to him if he did not, as it provided him with the benefit of an earlier parole hearing (para. 46).

[43] Just as it would require an evaluation of all sentencing measures available between the offence and sentencing to answer “Question Two”, the global approach would require a comparison

différentes « peines » qui doivent être comparées afin de déterminer la ou les peines « l[es] moins sévère[s] » dont le contrevenant a le droit de bénéficier aux termes de l’al. 11i). Une interprétation binaire de l’al. 11i) exigerait seulement une évaluation des mesures applicables aux deux moments pertinents (le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence). En revanche, une interprétation globale de l’al. 11i) exigerait une évaluation de tous les types de mesures qui s’appliquaient à un moment donné pendant toute la période qui s’est écoulée entre la perpétration de l’infraction et la sentence, et ce, quelle que soit la longueur de cette période.

c) *Troisième question : quelles peines constituent les peines « l[es] moins sévère[s] » ?*

[42] Après avoir relevé les différentes « peines » qui peuvent être infligées pour sanctionner une infraction, il convient de les comparer et de les mettre en opposition afin de déterminer laquelle — ou lesquelles — constitue la peine « la moins sévère ». Souvent, cette détermination est évidente; le tribunal choisit la plus courte période d’incarcération au lieu de la période d’incarcération la plus longue, et l’absence d’interdiction de posséder des armes au lieu d’imposer pareille interdiction. Cependant, la détermination de la peine la moins sévère est parfois plus nuancée. Par exemple, le tribunal chargé de déterminer la peine qui compare deux régimes de détermination de la peine concurrents doit envisager la possibilité que chacun des régimes prévoit une peine moins sévère. À cet égard, notre Cour a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, que même si le nouveau régime de détermination de la peine était plus favorable envers M. Johnson s’il était déclaré délinquant à contrôler, le régime antérieur lui serait plus favorable si une telle déclaration n’était pas prononcée, car ce régime lui permettait de présenter une demande de libération conditionnelle plus rapidement (par. 46).

[43] En plus d’exiger, pour répondre à la deuxième question, une évaluation de toutes les mesures sentencielles applicables entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence,

of all *punishments* identified between the offence and sentencing to answer “Question Three”. On the other hand, answering “Question Three” under a binary approach to s. 11(i) would involve only the comparison of those punishments applicable under the laws in force at the time of the offence and the time of sentencing.

- (d) *Question Four: What Punishment(s) Must Be Imposed to Honour the Offender’s Section 11(i) Right?*

[44] Finally, once the sentencing court has isolated the lesser punishment or punishments, it must then sentence the offender according to that punishment or those punishments. This is, after all, the right that s. 11(i) confers, regardless of whether the right is binary or global. What it looks like to receive “the benefit of the lesser punishment” depends on the nature of the punishment in question.

[45] Where the offender does not need to satisfy any statutory criteria to obtain the lesser punishment, receiving the benefit of the lesser punishment simply means having that punishment applied. Thus, if the punishments being compared are a maximum sentence of seven years’ imprisonment and a maximum sentence of 14 years’ imprisonment, receiving the benefit of the lesser punishment means receiving, at most, a sentence of seven years’ imprisonment (see *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at para. 37). In the same vein, s. 11(i) would entitle an offender to a fine of \$100 if, at the time of his offence, the law imposed a mandatory fine of \$500, but, by the time of his sentencing, the amount of the mandatory fine had dropped to \$100. Importantly, in such cases, the sentencing judge is bound under s. 11(i) to impose the lesser punishment, regardless of whether the judge considers a more onerous punishment to be fit and proportionate.

l’interprétation globale nécessiterait une comparaison de toutes les *peines* pouvant être infligées entre le moment de la perpétration de l’infraction et le moment de la sentence qui ont été relevées en réponse à la troisième question. Par contre, répondre à la troisième question dans le cadre d’une interprétation binaire de l’al. 11*i*) consisterait seulement à comparer les peines applicables selon les lois en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction et au moment de la sentence.

- d) *Quatrième question : quelle(s) peine(s) faut-il infliger pour respecter le droit garanti au contrevenant par l’al. 11i)?*

[44] Enfin, après avoir cerné la ou les peines les moins sévères, le tribunal doit s’appuyer sur celles-ci pour infliger une peine au contrevenant. Il s’agit après tout du droit que confère l’al. 11*i*), que ce droit soit binaire ou global. Ce que c’est « de bénéficier de la peine la moins sévère » dépend de la nature de la peine en question.

[45] Si le contrevenant n’est pas tenu de remplir des conditions prévues par la loi pour se voir infliger la peine la moins sévère, le droit de bénéficier de la peine la moins sévère signifie simplement que cette peine doit être appliquée. Donc, si les peines comparées sont une peine maximale de sept ans d’emprisonnement et une peine maximale de 14 ans d’emprisonnement, le droit de bénéficier de la peine la moins sévère signifie que le délinquant peut être condamné à une peine maximale de sept ans d’emprisonnement (voir *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, par. 37). Dans le même ordre d’idées, l’al. 11*i*) permettrait d’infliger une amende de 100 \$ à un contrevenant si, au moment de la perpétration de son infraction, la loi prévoyait l’infliction d’une amende obligatoire de 500 \$, mais qu’au moment de sa sentence, le montant de cette amende était de 100 \$. Fait important, dans de tels cas, le juge chargé de la détermination de la peine est tenu par l’al. 11*i*) d’infliger la peine la moins sévère, et ce, même s’il estime qu’une peine plus sévère serait juste et proportionnée.

[46] Where the lesser punishment has built-in criteria that the offender must meet to qualify for the punishment, receiving the benefit of that punishment means, at a minimum, having the court consider the punishment. If the court finds that the offender meets the criteria, the offender becomes entitled to that punishment. This was demonstrated in *Johnson*, in which this Court held that s. 11(i) obliged the sentencing judges to consider whether the offenders satisfied the criteria of the newer, more favourable long-term offender regime, before automatically applying the harsher dangerous offender regime already in place when the offenders committed their offences. If the offenders satisfied the criteria of the long-term offender regime, they were entitled to long-term supervision orders as long-term offenders following determinate periods of incarceration, instead of indeterminate detention as dangerous offenders (para. 45).

[47] Notably, the punishment sought by Mr. Poulin in this case, a conditional sentence, is a form of sentence with built-in prerequisites and criteria (see *Criminal Code*, s. 742.1, and, in particular, para. (a); see also *R. v. R.A.R.*, 2000 SCC 8, [2000] 1 S.C.R. 163, at paras. 14-16 and 25). Therefore, if this sentence were applicable to Mr. Poulin (which I find it is not), and if it were found to constitute the lesser punishment, Mr. Poulin would only be entitled to it if the sentencing judge found that Mr. Poulin met the relevant statutory criteria.

[48] Finally, where the punishments being compared are qualitatively different versions of a provision or sentencing regime, receiving the benefit of the lesser punishment means being sentenced under the more favourable provision or regime. Thus, in *K.R.J.*, the order prohibiting the offender from communicating with children had to conform with the version of s. 161(1)(c) of the *Criminal Code* in force at the time of K.R.J.'s offence, not the version

[46] Lorsque la peine la moins sévère comporte des conditions que le contrevenant doit remplir pour y être admissible, le droit de bénéficier de cette peine signifie, à tout le moins, que le tribunal est tenu de prendre en considération cette peine. Si le tribunal conclut que le contrevenant remplit les conditions, ce dernier est admissible à cette peine. C'est ce qu'a démontré l'arrêt *Johnson*, dans lequel notre Cour a statué que l'al. 11*i*) obligeait le juge chargé de la détermination de la peine à décider si le contrevenant remplissait les conditions du nouveau régime plus favorable applicable aux délinquants à contrôler avant d'appliquer automatiquement le régime plus sévère applicable aux délinquants dangereux qui était déjà en vigueur lorsque le contrevenant a commis son infraction. Le contrevenant qui remplit les conditions du régime applicable aux délinquants à contrôler est en droit d'obtenir une ordonnance de surveillance de longue durée en tant que délinquant à contrôler après des périodes déterminées d'incarcération au lieu d'être condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée en tant que délinquant dangereux (par. 45).

[47] Il convient de noter que la peine demandée par M. Poulin en l'espèce, soit l'emprisonnement avec sursis, est une forme de peine assortie de conditions préalables et de critères à respecter (voir le *Code criminel*, art. 742.1 et, plus particulièrement, l'al. 742.1a); voir aussi *R. c. R.A.R.*, 2000 CSC 8, [2000] 1 R.C.S. 163, par. 14-16 et 25). Par conséquent, si cette peine s'appliquait à M. Poulin (ce qui, à mon avis, n'est pas le cas), et si elle était considérée comme la peine la moins sévère, il n'aurait le droit de bénéficier de cette peine que si le juge chargé de la détermination de la peine concluait qu'il satisfaisait aux critères légaux pertinents.

[48] Enfin, lorsque les peines comparées relèvent de versions qualitativement différentes d'une disposition ou d'un régime de détermination de la peine, le droit de bénéficier de la peine la moins sévère signifie que le contrevenant peut se voir infliger une peine qui est conforme à la disposition ou au régime le plus favorable. Ainsi, dans l'arrêt *K.R.J.*, l'ordonnance interdisant au contrevenant de communiquer avec des enfants devait être conforme à la version de

in force when he was sentenced, which was more restrictive of liberty (paras. 57 and 115). Similarly, in *Liang*, the Court of Appeal held that the offenders were entitled to access the automatic, accelerated parole review (“APR”) process that was applicable to them and their offences when they committed those offences. By virtue of s. 11(i), the offenders could not be subjected to the more restrictive parole eligibility rules that had replaced the APR regime (see also *Canada (Attorney General) v. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289, and *Nucci v. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221, which follow *Liang*).

[49] Crucially, and as a number of these examples illustrate, granting the offender the benefit of the lesser punishment does not simply equate to providing the court with an additional sentencing option (or additional sentencing options) to consider. Rather, s. 11(i) redefines and delimits the scope of the court’s options. It sets the parameters in which the sentencing court is permitted to operate. Those parameters are determined by the lesser punishment. Therefore, instead of lengthening the list of available punishments, a global approach to s. 11(i) would winnow down the sentencing court’s options to those contained within the least onerous punishment on the books for the relevant offence since the offence’s commission. Of course, if this “least” punishment involved criteria which the offender did not meet, a global approach to s. 11(i) would require the court to apply the “next least” punishment. In this sense, a global s. 11(i) right would also sometimes require the sentencing court to create a kind of “ranking” of the lowest punishments.

[50] Having itemized the four questions that arise when applying s. 11(i), I acknowledge that, generally speaking, parties invoking a global s. 11(i) right have not systematically asked and answered them. Instead,

l’al. 161(1)c) du *Code criminel* qui était en vigueur au moment où K.R.J. a commis son infraction et non à celle qui était en vigueur lorsqu’il a été condamné, laquelle restreignait davantage la liberté (par. 57 et 115). De même, dans l’arrêt *Liang*, la Cour d’appel a statué que les contrevenants pouvaient bénéficier de la procédure d’examen expéditif (« PEE ») automatique qui s’appliquait à leur situation et à leurs infractions au moment où ils ont commis celles-ci. Selon l’al. 11i), les contrevenants ne pouvaient pas être assujettis aux règles d’admissibilité à la libération conditionnelle plus restrictives qui avaient remplacé la PEE (voir également *Canada (Attorney General) c. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289, et *Nucci c. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221, qui ont été rendus après l’arrêt *Liang*).

[49] Fondamentalement, et comme l’illustrent plusieurs de ces exemples, conférer au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la moins sévère n’équivaut tout simplement pas à offrir au tribunal une autre peine (ou d’autres peines) à prendre en considération. L’alinéa 11i) redéfinit et délimite plutôt la portée des options qui s’offrent au tribunal. Il établit également les paramètres à l’intérieur desquels le tribunal chargé de déterminer la peine doit accomplir son mandat. Ces paramètres sont établis en fonction de la peine la moins sévère. Par conséquent, au lieu d’allonger la liste des peines applicables, une interprétation globale de l’al. 11i) restreindrait les choix dont dispose le tribunal chargé de déterminer la peine aux peines les moins sévères applicables à une infraction depuis sa perpétration. Bien entendu, si la peine « la moins sévère » repose sur des critères qui ne sont pas respectés par le contrevenant, une interprétation globale de l’al. 11i) exigerait que le tribunal applique la « deuxième peine la moins sévère ». En ce sens, une interprétation globale du droit conféré à l’al. 11i) exigerait aussi parfois que le tribunal chargé de déterminer la peine établisse un certain « classement » des peines les moins sévères.

[50] Après avoir énuméré les quatre questions soulevées par l’application de l’al. 11i), je reconnais que, généralement, les parties qui ont invoqué l’interprétation globale du droit reconnu à l’al. 11i)

the offender has typically requested and received a particular lesser punishment available at some time in the interval between the offence and sentencing. Indeed, this is what occurred in Mr. Poulin's case. Rather than canvassing all of the sentencing measures available for his offence since he committed it, he proposed to the court a conditional sentence, presumably considering it to be the most favourable "lesser punishment".

[51] However, this approach is not what the global interpretation of s. 11(i) contemplates. As the jurisprudence reviewed in this section reveals, under the global approach, the sentencing court cannot be satisfied that it has respected the offender's constitutional right to receive "the benefit of the lesser punishment" unless it has canvassed and evaluated all of the relevant sentencing provisions and compared and contrasted all of the relevant "punishments". The failure to do so may result in the offender being subjected to a harsher punishment than the one to which they are constitutionally entitled if a global approach to s. 11(i) is taken.

[52] In essence, the global approach posits that these numerous historical punishments be considered as potentially applicable sentences even though they bear no temporal relationship to the offender's unlawful actions or the legal proceedings commenced against the offender in respect of those actions. If such an approach to s. 11(i) is to be adopted, it must be warranted by the right's purposes. I now turn to those purposes.

(2) Purposive Analysis

[53] As outlined above, a *Charter* right must be interpreted purposively — that is, in a manner that is justified by its purposes. This bears repeating because, as this Court has observed, "purposive" can be mistakenly conflated with "generous" (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 17; see

n'ont pas systématiquement répondu à ces questions. Au contraire, le contrevenant demande et obtient habituellement une peine particulière moins sévère qui était applicable à un certain moment entre la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. C'est effectivement ce qui s'est produit dans le cas de M. Poulin. Ce dernier a proposé au tribunal de lui infliger une peine d'emprisonnement avec sursis en croyant probablement qu'il s'agissait de la « peine la moins sévère » la plus favorable au lieu de répertorier toutes les peines applicables à l'infraction reprochée depuis sa perpétration.

[51] Toutefois, cette approche ne correspond pas à une interprétation globale de l'al. 11*i*). Comme le révèle la jurisprudence examinée dans la présente section, d'après l'interprétation globale, le tribunal chargé de déterminer la peine ne peut être convaincu d'avoir respecté le droit constitutionnel du contrevenant de « bénéficier de la peine la moins sévère » que s'il a répertorié et évalué toutes les dispositions applicables en matière de détermination de la peine et qu'il a comparé et mis en opposition toutes les « peines » applicables. Sinon, le contrevenant pourrait faire face à une peine plus sévère que celle dont il a constitutionnellement le droit de bénéficier si l'on adopte une interprétation globale de l'al. 11*i*).

[52] Essentiellement, l'interprétation globale veut que ces nombreuses peines antérieures soient considérées comme étant susceptibles de s'appliquer même si elles n'ont aucun lien temporel avec les actes illicites du contrevenant ou la poursuite judiciaire intentée contre lui par suite de ces actes. Si une telle interprétation de l'al. 11*i*) doit être adoptée, elle doit se justifier par les objets du droit que confère cette disposition. J'examinerai maintenant ces objets.

(2) Analyse téléologique

[53] Comme je l'ai déjà mentionné, un droit garanti par la *Charte* doit être interprété téléologiquement, c'est-à-dire d'une façon qui est justifiée par ses objets. Cela mérite d'être répété car, comme l'a fait observer notre Cour, l'interprétation « téléologique » et l'interprétation « libérale » peuvent

also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 36-30). This is despite this Court's instruction in *Big M* that, in applying a generous — rather than legalistic — lens, “it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question” (p. 344). As was reiterated in *Grant*, “[t]he purpose of a right must always be the dominant concern in its interpretation; generosity of interpretation is subordinate to and constrained by that purpose” (para. 17). This is because an overly generous reading of a right risks protecting “behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection” (Hogg, at p. 36-30). Indeed, “[i]n the case of most rights . . . the widest possible reading of the right, which is the most generous interpretation, will ‘overshoot’ the purpose of the right” (*ibid.*).

[54] Thus, while it has often been said that *Charter* rights must be interpreted in a “large and liberal” manner, they are ultimately bounded by their purposes. Put differently, *Charter* rights, including s. 11(i), must be interpreted liberally within the limits that their purposes allow. This was acknowledged in *K.R.J.*, in which the Court held that s. 11(i) warranted a “liberal and purposive approach” (para. 37 (emphasis added)). Indeed, in that case, the Court justified its liberal interpretation of the term “punishment” by linking it to the purposes of s. 11(i). The Court explained that the rule of law and fairness purposes of s. 11(i) would, in fact, be “compromised” if a liberal interpretation of “punishment” were not adopted (para. 37). Similarly, in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, a majority of this Court held that the right in s. 10(b) of the *Charter* “to retain and instruct counsel” upon arrest or detention does not grant detainees the right to suspend their police interrogations to consult counsel upon reasonable request. The majority rejected this generous interpretation of s. 10(b) as the purpose of the right did not warrant it (*Sinclair*, at paras. 36 and 56-57). Rather, the purpose of s. 10(b) was satisfied by a more measured reading of the right, which permits detainees under interrogation to consult counsel anew when a change

être confondues à tort (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17; voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 36-30), et ce, malgré la directive qu’a énoncée notre Cour dans l’arrêt *Big M*, selon laquelle dans l’application d’une interprétation libérale — plutôt que formaliste — « il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question » (p. 344). Notre Cour a réitéré dans l’arrêt *Grant* que « [l]’objet du droit doit demeurer la principale préoccupation; la libéralité de l’interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée » (par. 17). Il en est ainsi parce qu’une interprétation excessivement libérale d’un droit risquerait de protéger [TRADUCTION] « des comportements qui dépassent l’objet et ne sont pas dignes d’une protection constitutionnelle » (Hogg, p. 36-30). De plus, « dans le cas de la plupart des droits [. . .] l’interprétation la plus large possible du droit, qui est également l’interprétation la plus libérale, ira “au-delà” de l’objet du droit . . . » (*ibid.*).

[54] Par conséquent, bien que l’on ait souvent dit que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon « large et libérale », ils sont, au bout du compte, subordonnés à leurs objets. Autrement dit, les droits garantis par la *Charte*, y compris celui reconnu à l’al. 11*i*), doivent être interprétés de façon libérale dans les limites de leurs objets. La Cour l’a reconnu dans l’arrêt *K.R.J.*, où elle a jugé que l’al. 11*i*) méritait une « interprétation libérale et téléologique » (par. 37 (je souligne)). De fait, dans cet arrêt, la Cour a justifié son interprétation libérale du terme « peine » en le reliant aux objets de l’al. 11*i*). La Cour a expliqué que les objectifs de primauté du droit et d’équité qui sous-tendent l’al. 11*i*) seraient, en réalité, « compromis » si une interprétation libérale du terme « peine » n’était pas adoptée (par. 37). De même, dans l’arrêt *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, notre Cour a conclu à la majorité que le droit garanti par l’al. 10*b*) de la *Charte* « d’avoir recours [. . .] à l’assistance d’un avocat » en cas d’arrestation ou de détention ne donne pas aux détenus le droit de suspendre l’interrogatoire de la police auquel ils sont soumis pour consulter un avocat sur demande raisonnable à cet effet. Les juges majoritaires ont rejeté cette interprétation libérale de l’al. 10*b*), car l’objet

of circumstances in the course of the investigation justifies consultation.

[55] In my respectful view, courts that have given s. 11(i) a global reading have fallen into the error identified in *Grant* of prioritizing generosity over purpose. Rather than identifying the principles or purposes underlying s. 11(i), they have simply concluded that s. 11(i) should be given the interpretation most generous to the accused, which they have called the liberal interpretation (see *Yusuf*, at para. 30 (CanLII); *Mehanmal*, at paras. 75-76; *R. v. D.H.*, 2017 ONCJ 51, at para. 17 (CanLII); *Bent*, at para. 79; see also *Cadman*, which relies on these paragraphs of *Yusuf* and *Bent*). However, the principle that a provision bearing more than one plausible meaning must be read in a manner that favours the accused is not a principle of *Charter* interpretation. It is a principle of penal statutory interpretation (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 27, 29 and 38-39; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226, at para. 28). As just explained, *Charter* rights do not automatically receive the most generous interpretation that their language can bear (see *Sinclair*, at paras. 19-23 and 35-36; see also, for example: *Wigglesworth*, at pp. 553-54, in which this Court gave a “narrower interpretation” to the broad opening words of s. 11 (“[a]ny person charged with an offence”); *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981, per Lamer J.; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, per McIntyre J.; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, per Sopinka J., in which this Court held that the right “to be tried within a reasonable time” under s. 11(b) of the *Charter* does not protect against pre-charge delay or appellate delay).

[56] In light of the above, it is necessary to approach the determination of whether s. 11(i) confers a binary or a global right from an understanding of

du droit que confère cette disposition ne la justifiait pas (*Sinclair*, par. 36 et 56-57). En effet, l’objet de l’al. 10b) est atteint si le droit que confère cette disposition est interprété d’une façon plus mesurée qui permet aux détenus subissant un interrogatoire de consulter de nouveau un avocat lorsqu’un changement de circonstances pendant l’enquête justifie une consultation.

[55] À mon humble avis, les tribunaux qui ont donné à l’al. 11i) une interprétation globale ont fait l’erreur, tel qu’il a été mentionné dans l’arrêt *Grant*, d’accorder la priorité à la libéralité de l’interprétation plutôt qu’à l’objet. Au lieu de relever les principes ou les objets qui sous-tendent l’al. 11i), ils ont tout simplement conclu qu’il fallait donner à l’al. 11i) l’interprétation la plus favorable à l’accusé, interprétation qu’ils ont qualifiée de libérale (voir *Yusuf*, par. 30 (CanLII); *Mehanmal*, par. 75-76; *R. c. D.H.*, 2017 ONCJ 51, par. 17 (CanLII); *Bent*, par. 79; voir aussi *Cadman*, lequel arrêt est fondé sur les paragraphes cités des arrêts *Yusuf* et *Bent*). Toutefois, le principe selon lequel une disposition ayant plus d’une signification plausible doit être interprétée d’une manière favorable à l’accusé ne constitue pas un principe d’interprétation de la *Charte*. Il s’agit plutôt d’un principe d’interprétation législative pénale (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 27, 29 et 38-39; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226, par. 28). Comme je viens de l’expliquer, les droits garantis par la *Charte* ne sont pas interprétés automatiquement de la façon la plus libérale que peut permettre leur libellé (voir *Sinclair*, par. 19-23 et 35-36; voir également, par exemple, l’arrêt *Wigglesworth*, p. 553-554, dans lequel notre Cour a donné aux termes généraux « [t]out inculpé » qui figurent au début de l’art. 11 une « interprétation plus restrictive »; *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981, le juge Lamer; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, le juge McIntyre; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, le juge Sopinka, arrêt dans lequel notre Cour a statué que le droit « d’être jugé dans un délai raisonnable » que garantit l’al. 11b) de la *Charte* n’empêche pas qu’il y ait un délai antérieur à l’accusation ou un délai d’appel).

[56] Compte tenu de ce qui précède, il est nécessaire de se pencher sur la question de savoir si l’al. 11i) confère un droit binaire ou un droit global

the purposes of s. 11(i) — and not simply from the perspective of the interested offender.

[57] Echoing this Court’s statement in *Big M*, Professor Hogg observes that guidance about a right’s purposes “can be obtained from the language in which the right is expressed, from the implications to be drawn from the context in which the right is to be found, including other parts of the Charter, from the pre-Charter history of the right and from the legislative history of the Charter” (p. 36-30). In this case, I find that the language and origins of s. 11(i), in particular, provide helpful indicia of the provision’s meaning. Therefore, after reviewing the purposes of s. 11(i) already identified in *K.R.J.*, I study the language and origins of s. 11(i). Then, with the purposes, language and origins of s. 11(i) in mind, I turn to the heart of the purposive analysis: deciding which interpretation of s. 11(i) is supported by the right’s purposes.

(a) *The Recognized Purposes and Effect of Section 11(i)*

[58] At common law, the general rule is that an accused must be tried and punished under the substantive law in force at the time the offence was committed, rather than the law in force at any other time — such as at trial or sentencing (*R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 203, per McLachlin J.; *Johnson*, at para. 41; *K.R.J.*, at para. 1; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, at para. 42. I call this a “general rule” as it can sometimes be displaced by other interpretive rules or principles). Where the law changes after an offence is committed, the new criminal provisions are generally presumed not to apply retrospectively to the offence (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at paras. 10, 35 and 45-46; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Tran*, at para. 43; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22). This explains why, in this case, the state was able to charge Mr. Poulin in 2014 for an offence that had been repealed from the *Criminal Code* in 1987. While the offence no longer existed when Mr. Poulin was charged, convicted and sentenced, it existed when

du point de vue des objets de cet alinéa, et non seulement du point de vue du contrevenant concerné.

[57] Reprenant la déclaration de notre Cour dans l’arrêt *Big M*, le professeur Hogg a fait observer que certaines indications sur les objets d’un droit [TRANSLATION] « peuvent être dégagées des termes dans lesquels le droit est énoncé, des inférences découlant du contexte dans lequel se situe le droit, y compris d’autres dispositions de la Charte, de l’historique du droit antérieur à la Charte et de l’historique législatif de la Charte » (p. 36-30). En l’espèce, j’estime que le libellé et les origines de l’al. 11*i* fournissent des indices utiles du sens de cette disposition. Par conséquent, après avoir examiné les objets de l’al. 11*i* qui ont déjà été cernés dans l’arrêt *K.R.J.*, j’examinerai le libellé et les origines de l’al. 11*i*. Par la suite, en gardant à l’esprit les objets, le libellé et les origines de cet alinéa, j’en arriverai au cœur de l’analyse téléologique et je déciderai laquelle des interprétations de l’al. 11*i* est étayée par les objets du droit que confère cette disposition.

a) *Objets et effet reconnus de l’al. 11i*

[58] En common law, la règle générale est qu’un inculpé doit être jugé et puni en vertu du droit substantiel en vigueur au moment où l’infraction a été commise et non en vertu du droit en vigueur à tout autre moment, comme celui du procès ou de la sentence (*R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, p. 203, la juge McLachlin; *Johnson*, par. 41; *K.R.J.*, par. 1; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, par. 42. J’utilise le terme « règle générale » parce que cette règle peut parfois être remplacée par d’autres règles ou principes d’interprétation). Dans les cas où le droit est modifié après la perpétration d’une infraction, on présume généralement que les nouvelles dispositions en matière criminelle ne s’appliquent pas rétrospectivement à l’infraction (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10, 35 et 45-46; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Tran*, par. 43; *R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22). C’est la raison pour laquelle, en l’espèce, l’État a été en mesure d’accuser M. Poulin en 2014 d’une infraction au *Code criminel* qui avait été abolie en

he committed his offences of gross indecency between 1979 and 1983 (see also *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 43).

[59] The rationale for this common law rule is the rule of law and, more specifically, the principle of legality. The principle of legality dictates that persons who rely on the state of the law in conducting themselves, or who risk the liability associated with a law in breaking it, should not subsequently be held to different laws, particularly more stringent ones (*K.R.J.*, at paras. 22-25). This principle is a pillar of the criminal law. In *K.R.J.*, this Court recognized that it lies at the heart of s. 11(i) (paras. 2, 23-24, 27 and 37). Section 11(i) safeguards the principle of legality by “constitutionally enshrining the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively” (*K.R.J.*, at para. 22). The principle of legality also finds expression, for instance, in s. 11(g) of the *Charter*, which protects a person against being convicted for an act which was not a crime when the person engaged in it. As explained in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1152:

[T]here can be no crime or punishment unless it is in accordance with law that is certain, unambiguous and not retroactive. The rationale underlying this principle is clear. It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as is possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid . . .

[60] Section 11(i) of the *Charter* enshrines the common law rule that an offender should not be retrospectively subjected to a heavier punishment than the one applicable at the time the person committed the offence (*Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at para. 55; *K.R.J.*, at para. 22). However, it does not stop there.

1987. Même si l’infraction ne figurait plus dans la loi lorsque M. Poulin a été accusé, déclaré coupable et condamné, elle y figurait lorsqu’il a commis ses infractions de grossière indécence entre 1979 et 1983 (voir également la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 43).

[59] Cette règle de common law est fondée sur la primauté du droit et, plus précisément, sur le principe de la légalité. Le principe de la légalité veut que les personnes qui ajustent leur comportement en fonction de l’état du droit, ou qui prennent le risque d’assumer les conséquences liées à la violation d’une règle de droit donnée, ne devraient pas ensuite être jugées en vertu d’autres règles de droit, en particulier de règles de droit plus rigoureuses (*K.R.J.*, par. 22-25). Ce principe est un pilier du droit criminel. Dans l’arrêt *K.R.J.*, notre Cour a reconnu que ce principe est au cœur même de l’al. 11*i*) (par. 2, 23-24, 27 et 37). L’alinéa 11*i*) protège le principe de la légalité en « constitutionnalis[ant] la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement » (*K.R.J.*, par. 22). Le principe de la légalité trouve également son expression, par exemple, à l’al. 11*g*) de la *Charte*, qui protège le droit d’une personne de ne pas être déclarée coupable en raison d’un acte qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas un crime. Comme il a été expliqué dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1152 :

[I]l n’y a de crime ou de peine qu’en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive. La raison d’être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d’être raisonnablement prévenus des conduites à éviter . . .

[60] L’alinéa 11*i*) de la *Charte* consacre la règle de common law selon laquelle un contrevenant ne doit pas être soumis rétrospectivement à une peine plus sévère que celle qui s’appliquait au moment où il a commis son infraction (*Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 55; *K.R.J.*, par. 22). Cependant, cela ne s’arrête

Section 11(i) constitutionalizes an additional protection. It stipulates that, where the law provides a more favourable punishment at the time of the offender's sentencing than it did at the time of the offence, the offender is entitled to the benefit of this more favourable, current punishment. This is so even though the offender actively risked a greater punishment in committing the offence.

[61] Why, then, should the offender enjoy access to a lower present-day punishment? The clear rationale is fairness (see *K.R.J.*, at paras. 2, 27, 37 and 39). It would not be fair to subject an offender to a punishment which, in choosing to reduce it, Parliament has expressly recognized as no longer appropriate. Further, a criminal sentence is an expression of society's collective voice; it is meant to reflect contemporary values. It would frustrate a fundamental principle of sentencing — proportionality (*Criminal Code*, s. 718.1) — to impose a disproportionately high, outdated punishment which no longer reflects the moral blameworthiness of the offence. Thus, an offender who committed an offence at a time when that offence attracted a life sentence should not be imprisoned for life if, at the moment of sentencing, the offence now attracts a lesser sentence of imprisonment. Instead of being unfairly subjected to a sentence which is out of step with current moral norms, this offender should receive the benefit of society's current, modernized view of the offender's conduct.

[62] By adopting this view and entitling the offender to lesser, current punishments, s. 11(i) involves an expansion of the offender's common law right to be judged according to the law in force at the time of the offence. The additional protection that s. 11(i) confers is, therefore, access to a *decrease* in punishment which coincides with an important step in the proceedings — namely, sentencing. Instead of merely guaranteeing to the offender the punishment applicable at the time of the offence, s. 11(i)

pas là. L'alinéa 11*i*) constitutionnalise une autre mesure de protection. Il dispose que, lorsque la loi prévoit l'infliction d'une peine plus favorable au moment de la sentence du contrevenant que celle qui s'appliquait au moment de la perpétration de l'infraction, le contrevenant a le droit de bénéficier de la peine actuelle, qui lui est plus favorable. Il en est ainsi même si le contrevenant s'est exposé au risque de subir une peine plus sévère en commettant l'infraction.

[61] Alors pourquoi le contrevenant devrait-il avoir la possibilité de bénéficier d'une peine actuelle moins sévère? L'équité en est manifestement la raison (voir *K.R.J.*, par. 2, 27, 37 et 39). Il ne serait pas équitable d'infliger à un contrevenant une peine qui, lorsque le législateur a choisi de l'adoucir, a expressément été reconnue par ce dernier comme n'étant plus juste. De plus, une peine criminelle est l'expression de la voix collective de la société; elle doit donc tenir compte des valeurs contemporaines. L'infliction d'une peine démesurément lourde et dépassée qui ne tient plus compte du caractère moralement répréhensible de l'infraction commise irait à l'encontre d'un principe fondamental de la détermination de la peine — la proportionnalité (*Code criminel*, art. 718.1). Ainsi, le contrevenant qui a commis une infraction qui était passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ne devrait pas être emprisonné à vie si, au moment de sa sentence, l'infraction est passible d'une peine d'emprisonnement moins sévère. Plutôt que d'être soumis injustement à une peine qui n'est pas conforme aux normes morales actuelles, ce contrevenant devrait pouvoir bénéficier d'une peine qui reflète l'opinion moderne actuelle de la société quant à sa conduite.

[62] En adoptant ce point de vue et en donnant au contrevenant le droit de bénéficier de peines actuelles moins sévères, l'al. 11*i*) élargit le droit que la common law confère au contrevenant d'être jugé en fonction des règles de droit en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction. L'autre mesure de protection qu'offre l'al. 11*i*) est donc l'accès à un *adoucissement* de peine, ce qui coïncide avec une étape importante de l'instance, soit le prononcé de la sentence. Au lieu de garantir simplement au

designates that punishment as *the ceiling*. An offender is entitled to the benefit of that punishment if it is favourable to the offender, and to the benefit of a lesser punishment if one has replaced the first punishment. The result is that, where the punishment at the time of the offence is lesser, the offender is entitled to it even though its imposition might mean that the offender receives a punishment which is now considered disproportionately low. Conversely, where the current punishment is lesser, the offender is entitled to it even though the offender might have risked a much higher punishment at the time the offender broke the law. In this way, s. 11(i) balances, on one hand, the principle of the rule of law (or legality) and, on the other, the principle of fairness (see F. Chevrette, H. Cyr and F. Tanguay Renaud, “La protection lors de l’arrestation, la détention et la protection contre l’incrimination rétroactive”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), at p. 781).

[63] The parties and interveners appear to agree that the rule of law and fairness are underlying purposes of s. 11(i). Their dispute centres on whether these purposes support a binary or a global interpretation of s. 11(i). For its part, and as further discussed below, the CLA asserts that an additional purpose of s. 11(i) is to counteract the randomness or arbitrariness of the timing of one’s sentencing. I see no indication of such a purpose in the right’s language or origins. To the contrary, I find that the language and origins of s. 11(i) lend support to a binary interpretation of the provision. I examine each of them next.

(b) *The Language of Section 11(i)*

[64] When conducting a purposive analysis of a *Charter* right, “the starting point must be the

contrevenant le droit de bénéficier de la peine applicable au moment de la perpétration de son infraction, l’al. 11i) désigne cette peine comme la peine *maximale* qui peut lui être infligée. Un contrevenant a le droit de bénéficier de cette peine si elle lui est favorable et de bénéficier d’une peine moins sévère si une telle peine a remplacé celle qui s’appliquait au moment de la perpétration de l’infraction. Par conséquent, lorsque la peine applicable au moment de la perpétration de l’infraction est moins sévère, le contrevenant a le droit de bénéficier de cette peine même s’il peut ainsi obtenir une peine qui est maintenant considérée comme démesurément légère. À l’inverse, lorsque la peine actuelle est moins sévère, le contrevenant a le droit de bénéficier de cette peine même s’il était exposé à une peine beaucoup plus sévère au moment où il a enfreint la loi. L’alinéa 11i) concilie ainsi, d’une part, le principe de la primauté du droit (ou de la légalité) et, d’autre part, le principe de l’équité (voir F. Chevrette, H. Cyr et F. Tanguay-Renaud, « La protection lors de l’arrestation, la détention et la protection contre l’incrimination rétroactive », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (4^e éd. 2005), p. 781).

[63] Les parties et les intervenants semblent être d’accord pour dire que la primauté du droit et l’équité sont des objets qui sous-tendent l’al. 11i). Leur différend est centré sur la question de savoir si ces objets appuient une interprétation binaire ou une interprétation globale de l’al. 11i). Pour sa part, et comme il en sera question plus loin, la CLA soutient que l’al. 11i) a un autre objet, soit celui de neutraliser le caractère aléatoire ou arbitraire du moment où la sentence est prononcée. Je crois que rien dans le libellé ou les origines du droit garanti par cette disposition ne démontre l’existence d’un tel objet. Au contraire, j’estime que le libellé et les origines de l’al. 11i) étayent une interprétation binaire de cette disposition. J’aborderai maintenant chacun de ces points.

b) *Libellé de l’al. 11i)*

[64] Lorsque l’on procède à une analyse téléologique d’un droit garanti par la *Charte*, « il faut tout

language of the section” (*Grant*, at para. 15). To reiterate, s. 11(i) reads:

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

11. Tout inculpé a le droit :

...

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

[65] In support of a binary interpretation of this right, the Crown emphasizes the word “lesser” in “lesser punishment”, which denotes the lower of two options. It says that, had Parliament intended for s. 11(i) to confer a global right, it could have specified that the offender was entitled to the “least severe punishment” instead of the “lesser punishment”. To the extent that the French version of s. 11(i) employs broader language evoking the least severe punishment (“*la peine la moins sévère*”), the Crown says that, in this case, the English wording must take precedence. This is because of the established principle of bilingual interpretation that the authoritative meaning is the common meaning between the two provisions (*R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paras. 26 and 29; *Montréal (City) v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698, at para. 53). As “least” encompasses “lesser”, the latter is the common meaning between the two.

[66] For his part, Mr. Poulin emphasizes the word “between”, which he says demonstrates Parliament’s

d’abord se pencher sur son libellé » (*Grant*, par. 15). Je le répète, l’al. 11*i*) est ainsi rédigé :

11. Tout inculpé a le droit :

...

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

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

[65] Pour appuyer une interprétation binaire de ce droit, le ministère public insiste sur l’emploi du terme « *lesser* » dans l’expression « *lesser punishment* » dans la version anglaise de la disposition pour désigner la moins sévère de deux options. Le ministère public affirme que, si le législateur avait voulu que l’al. 11*i*) confère un droit global, il aurait utilisé l’expression « *least severe punishment* » au lieu de l’expression « *lesser punishment* » dans la version anglaise de la disposition pour désigner la peine dont un contrevenant a le droit de bénéficier. Dans la mesure où l’expression « la peine la moins sévère » employée dans la version française de l’al. 11*i*) possède un sens plus large, le ministère public soutient que, en l’espèce, la version anglaise doit avoir préséance. La raison en est que le principe bien établi de l’interprétation bilingue veut que le sens commun à deux dispositions fasse autorité (*R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 26 et 29; *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698, par. 53). Comme l’expression « la moins sévère » englobe le sens du terme anglais « *lesser* », ce dernier correspond au sens commun aux deux dispositions.

[66] Pour sa part, M. Poulin insiste sur l’emploi du terme « entre » qui, selon lui, témoigne de la

intent that s. 11(i) capture those punishments available *in the interval between* the offence and sentencing. As set out above, the courts in *Cadman*, at para. 44, *Bent*, at para. 79, and *Mehanmal*, at para. 75, placed similar reliance on the term “between” in reading s. 11(i) globally.

[67] I do not find that the use of “between” favours a global reading of s. 11(i). In my view, this wording is consistent with both a binary and a global interpretation of s. 11(i). While it evokes an interval, an interval, in itself, does not suggest a global interpretation. This is because, for a different punishment to exist at the time of sentencing than existed at the time of the offence, the punishment must necessarily have changed *in the interval between* those two times. By its orientation toward change during that interval, s. 11(i) does not necessarily constitutionalize a right to the most favourable of any multiple changes in that interval. Put simply, s. 11(i)’s use of “between” tells us nothing about whether the right it confers is binary or global; it only tells us that s. 11(i) concerns itself with the situation where the punishment has been “varied between” the time of the offence and the time of sentencing — whether only once or multiple times.

[68] Not only do I reject Mr. Poulin’s reliance on “between”, I agree with the Crown that “lesser” evokes the comparison of two options. Whereas comparative terms ending in “est” or “st” single out one thing from the others, comparative terms ending in “er” contrast one thing with another. For instance, we speak of the “better” of two options and the “best” of multiple, the “higher” of two heights and the “highest” of multiple, the “faster” of two speeds and “fastest” of multiple, to give only a few examples. Instead of employing the obviously global phrase “the least severe punishment” (or even “the lowest punishment”), s. 11(i) uses the binary language

volonté du législateur de faire en sorte que l’al. 11*i*) englobe les peines qui pouvaient être infligées *dans l’intervalle entre* le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence. Comme il a été indiqué précédemment, dans les décisions *Cadman* (par. 44), *Bent* (par. 79) et *Mehanmal* (par. 75), les cours se sont appuyées d’une manière similaire sur l’emploi du terme « entre » en interprétant l’al. 11*i*) de façon globale.

[67] Je ne crois pas que l’emploi du terme « entre » favorise une interprétation globale de l’al. 11*i*). À mon avis, l’emploi de ce terme cadre autant avec une interprétation binaire qu’avec une interprétation globale de l’al. 11*i*). Bien que ce terme évoque la notion d’intervalle, un intervalle n’implique pas, en soi, une interprétation globale. En effet, pour qu’une peine différente de celle qui existait au moment de la perpétration de l’infraction puisse être infligée au moment de la sentence, la peine doit nécessairement avoir été modifiée *dans l’intervalle entre* ces deux moments. En étant axé sur la modification qui a été apportée pendant cet intervalle, l’al. 11*i*) ne constitutionnalise pas nécessairement le droit de bénéficier de la modification la plus favorable parmi les nombreuses modifications qui ont été apportées pendant cet intervalle. Pour le dire simplement, l’emploi du terme « entre » à l’al. 11*i*) ne permet pas de déterminer si le droit qu’il confère est binaire ou global; il nous apprend uniquement que l’al. 11*i*) s’attache à la peine qui a été « modifiée entre » le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence, et ce, que la peine ait été modifiée une seule fois ou de nombreuses fois.

[68] Non seulement je rejette l’analyse que fait M. Poulin de l’emploi du terme « entre », mais je souscris aussi à la thèse du ministère public selon laquelle l’emploi du terme « lesser » dans la version anglaise de la disposition évoque une comparaison de deux possibilités. Alors qu’en anglais, les termes comparatifs qui se terminent par « est » ou « st » distinguent une chose par rapport à d’autres, les termes comparatifs se terminant par « er » mettent une chose en contraste avec une autre. Par exemple, nous disons d’une option qu’elle est meilleure (*better*) qu’une autre et qu’elle est la meilleure (*best*) en comparaison avec plusieurs autres, qu’un sommet

“the lesser punishment”. “Lesser” further reflects the more specific, common meaning between the two articulations of s. 11(i) (*R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at para. 32; see also *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paras. 85-87, per Bastarache J., concurring; *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675, at para. 15). As such, I reject the view that the use of “between” overcomes, or even counterbalances, the use of “lesser”.

[69] Further, I find that the origins and history of s. 11(i) corroborate the conclusion that s. 11(i) was worded to confer a binary right.

(c) *The Origins of Section 11(i)*

[70] Unlike those *Charter* rights that refer to evolving, open-ended standards — such as “reasonable” and “unreasonable” (ss. 8, 11(a), 11(b) and 11(e)), “fundamental justice” (s. 7), and “cruel and unusual” (s. 12) — s. 11(i) enunciates a rule with a particular application. In simple terms, s. 11(i) was enacted to confer a particular, constant protection. As explained above, the protection that s. 11(i) confers is something greater than the general common law entitlement to be judged according to the substantive law in force at the time of the offence. To understand what protection s. 11(i) is meant to confer, and in accordance with the direction in *Big M*, it is useful to review the origins of the right. While these are not determinative of the right’s proper scope, they provide an instructive starting point.

est plus haut (*higher*) qu’un autre et qu’il est le plus haut (*highest*) en comparaison avec plusieurs autres, ou encore que quelqu’un est plus rapide (*faster*) que quelqu’un d’autre et qu’il est le plus rapide (*fastest*) comparé à plusieurs autres, pour ne donner que quelques exemples. Plutôt que d’employer les termes clairement généraux « *the least severe punishment* » (ou encore, « *the lowest punishment* »), l’al. 11*i*) utilise le terme binaire « *the lesser punishment* ». Le mot « *lesser* » reflète le sens commun le plus précis des deux versions de l’al. 11*i*) (*R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 32; voir aussi *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 85-87, motifs concordants du juge Bastarache; *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675, par. 15). En conséquence, je ne souscris pas à l’opinion selon laquelle l’emploi du mot « entre » permet de surmonter, voire de contrebalancer, l’emploi du terme « *lesser* » dans la version anglaise.

[69] En outre, j’estime que les origines et l’historique de l’al. 11*i*) corroborent la conclusion selon laquelle cet alinéa a été rédigé de façon à conférer un droit binaire.

c) *Les origines de l’al. 11i)*

[70] Contrairement aux droits garantis par la *Charte*, qui renvoient à des normes aux contours non définis et en constante évolution — comme les termes « anormal » et « abusives » (art. 8 et al. 11*a*), 11*b*) et 11*e*)), « justice fondamentale » (art. 7) et « cruels et inusités » (art. 12) — l’al. 11*i*) énonce une règle d’application particulière. En termes simples, l’al. 11*i*) a été adopté dans le but de conférer une protection particulière et constante. Comme il a été expliqué précédemment, la protection que confère l’al. 11*i*) est supérieure au droit général conféré par la common law, soit celui d’être jugé en fonction du droit substantiel en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction. Pour comprendre quelle protection l’al. 11*i*) vise à conférer, et conformément à la directive formulée dans l’arrêt *Big M*, il est utile de passer en revue les origines de ce droit. Bien que ces origines ne déterminent pas la portée exacte du droit conféré, elles offrent un point de départ instructif.

[71] As the following history reveals, there was nothing to inspire a global s. 11(i) right at the time of its drafting and enactment. A global right was not part of the legal landscape; the common law certainly did not recognize one, and none of the enactments inspiring s. 11(i) embraced one either.

[72] Published by the Government of Canada in 1969, possibly the earliest documented draft of what is now s. 11(i) (then s. 11(g)) read:

(g) the right of a person not to be held guilty of an offence on account of any act or omission which at the time of its commission or omission did not constitute an offence, and the right of a person on being found guilty of an offence not to be subjected to a penalty heavier than the one applicable at the time the offence was committed . . . [Emphasis added.]

(Government of Canada, The Right Honourable P. E. Trudeau, *The Constitution and the People of Canada: An approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government* (1969), at p. 54)

As is apparent, this early draft of s. 11(i) simply enshrined the common law principle that an offender should only face as heavy a punishment as they risked at the time of their offence. This version did not entitle the offender to any decrease in punishment occurring after the offence.

[73] The 1969 publication introducing this provision notes that, unlike many of the other legal rights contained in the *Charter*, s. 11(i) did not have an existing counterpart in the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (Government of Canada, at p. 54). However, the policy paper does not explain the origin of the right.

[74] Nonetheless, it is reasonable to assume that this first articulation of s. 11(i) was inspired by

[71] Comme le révèle l'historique qui suit, rien ne pointait vers une interprétation globale du droit garanti à l'al. 11*i*) au moment de sa rédaction et de son adoption. Une interprétation globale de ce droit ne faisait pas partie du paysage juridique; la common law ne reconnaissait sûrement aucune interprétation globale et aucune des dispositions à l'origine de l'al. 11*i*) n'appuyait une telle interprétation.

[72] Publiée en 1969 par le gouvernement du Canada, ce qui représente peut-être la première ébauche documentée de l'actuel al. 11*i*) (alors l'al. 11*g*)) était ainsi rédigée :

g) le droit d'une personne de ne pas être reconnue coupable d'un délit pour toute action ou omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas un délit, et le droit d'une personne déclarée coupable d'un délit de ne pas être soumise à une peine plus sévère que celle qui était applicable au moment où le délit a été commis . . . [Je souligne.]

(Gouvernement du Canada, le très honorable P. E. Trudeau, *La Constitution Canadienne et le Citoyen : Un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales* (1969), p. 55)

À l'évidence, cette ébauche initiale de l'al. 11*i*) enchâssait simplement le principe de common law selon lequel un contrevenant ne devrait pas être passible d'une peine plus lourde que celle qu'il risquait de se voir infliger au moment où il a commis l'infraction. Cette ébauche n'accordait pas au contrevenant le droit au bénéfice d'un adoucissement de la peine survenu après la perpétration de l'infraction.

[73] La publication de 1969 introduisant cette disposition souligne que, contrairement à bon nombre d'autres droits reconnus dans la *Charte*, le droit garanti par l'al. 11*i*) n'avait pas d'équivalent dans la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 (gouvernement du Canada, p. 55). Cependant, l'exposé de principes n'explique pas l'origine de ce droit.

[74] Néanmoins, il est raisonnable de présumer que cette première formulation de l'al. 11*i*) était inspirée

two similar provisions. The first is s. 37(e) of the *Interpretation Act*, S.C. 1967-68, c. 7 — a form of which has existed since 1886 (*Dunn*, at paras. 17 and 41), and which is now expressed in s. 44(e) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. Section 37(e) stated (and s. 44(e) continues to state, with minor changes):

37. Where an enactment (in this section called the “former enactment”) is repealed and another enactment (in this section called the “new enactment”) is substituted therefor,

...

(e) when any penalty, forfeiture or punishment is reduced or mitigated by the new enactment, the penalty, forfeiture or punishment if imposed or adjudged after the repeal shall be reduced or mitigated accordingly

Mr. Poulin agrees that s. 11(i) was inspired by what is now s. 44(e) (R.F., at para. 55). Indeed, s. 11(i) has been characterized as the constitutional entrenchment of s. 44(e) of the *Interpretation Act* (Chevrette, Cyr and Tanguay-Renaud, at pp. 780-81; see also the comments of L’Heureux-Dubé J. in *Dunn*, at paras. 49-50, although dissenting, she was not contradicted by the majority).

[75] The second provision which can be credited for inspiring the first draft of s. 11(i) is art. 7(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221 (“*ECHR*”), which came into force on September 3, 1953. While Canada is not a party to the *ECHR*, the first draft of s. 11(i) bears strong resemblance to art. 7(1), which stated (and continues to state):

(1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

[76] In 1976, Canada acceded to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S.

de deux dispositions semblables. La première est l’al. 37e) de l’*Interpretation Act*, S.C. 1967-1968, c. 7 — dont une forme existe depuis 1886 (*Dunn*, par. 17 et 41) et qui figure maintenant à l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. L’alinéa 37e) prévoyait (et l’al. 44e) prévoit toujours, sous réserve de modifications mineures) ce qui suit :

37. Lorsqu’un texte législatif (au présent article appelé « texte antérieur ») est abrogé et qu’un autre texte législatif (au présent article appelé « nouveau texte ») y est substitué,

...

e) lorsqu’une peine, une confiscation ou une punition est réduite ou mitigée par le nouveau texte, la peine, confiscation ou punition, si elle est infligée ou prononcée après l’abrogation, doit être réduite ou mitigée en conséquence . . .

M. Poulin convient que l’al. 11i) tire son origine de ce qui est aujourd’hui l’al. 44e) (m.i., par. 55). En effet, on a dit de l’al. 11i) qu’il constitutionnalise l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* (Chevrette, Cyr et Tanguay-Renaud, p. 780-781; voir aussi les commentaires que la juge L’Heureux-Dubé a faits aux par. 49-50 de l’arrêt *Dunn*, bien que dissidente, elle n’a pas été contredite par la majorité).

[75] La deuxième disposition que l’on peut dire à l’origine de la première formulation de l’al. 11i) est le par. 7(1) de la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221 (« *CEDH* »), entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Bien que le Canada ne soit pas partie à la *CEDH*, la première formulation de l’al. 11i) ressemble beaucoup au par. 7(1), qui était (et est toujours) ainsi libellé :

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d’après le droit national ou international. De même il n’est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l’infraction a été commise.

[76] En 1976, le Canada a adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T.

1976 No. 47 (“*ICCPR*”). Article 15(1) of the *ICCPR* said (and continues to say):

1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

Notably, the first two sentences of art. 15(1) practically duplicate the entirety of art. 7(1) of the *ECHR*. It is only the last sentence of art. 15(1) — which codifies the equivalent of “the benefit of the lesser punishment” — which is distinct. The *ICCPR* appears to have been among the first international instruments to codify the “relatively modern” principle that an offender should benefit from a post-offence decrease in punishment — which is sometimes called the “*lex mitior*” principle (P. Westen, “*Lex Mitior: Converse of Ex Post Facto and Window into Criminal Desert*” (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167, at pp. 169-70; *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, at para. 32).

[77] After Canada acceded to the *ICCPR*, the draft language of s. 11(i) changed. By 1979, it reflected the right to a decrease in punishment, saying:

(g) the right to the benefit of the lesser punishment where the punishment for an offence of which he or she has been convicted has been varied between the time of commission and the time of conviction

(Meeting of Officials on the Constitution, *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Draft for Discussion Purposes Only)* (1979), div. III, at p. 4)

With the exception of “the time of conviction” as the relevant end point, this is effectively the same language now enshrined in s. 11(i), albeit structured differently. By 1980, the words “time of sentencing” had replaced the words “time of conviction”

Can. 1976 n° 47 (« *PIRDGP* »). Le paragraphe 15(1) du *PIRDGP* était alors (et est toujours) ainsi libellé :

1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d’après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l’infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l’application d’une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

Il convient de noter que les deux premières phrases du par. 15(1) sont une reproduction quasi fidèle de la totalité du par. 7(1) de la *CEDH*. Seule la dernière phrase du par. 15(1) — qui codifie l’équivalent de « bénéficier de la peine la moins sévère » — diffère. Le *PIRDGP* semble faire partie des premiers instruments internationaux à codifier le principe [TRA-DUCTION] « relativement moderne » selon lequel un contrevenant devrait bénéficier d’un adoucissement de peine postérieur à l’infraction — parfois appelé le principe de la « *lex mitior* » (P. Westen, « *Lex Mitior: Converse of Ex Post Facto and Window into Criminal Desert* » (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167, p. 169-170; *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, par. 32).

[77] Après l’adhésion du Canada au *PIRDGP*, le libellé du projet d’al. 11*i*) a changé. En 1979, il faisait état du droit au bénéfice d’un adoucissement de peine :

g) le droit [d’un accusé] de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la commission de l’infraction et celui de la déclaration de culpabilité

(Réunion de fonctionnaires sur la Constitution, *La Charte canadienne des droits et libertés (Avant-projet pour étude seulement)* (1979), section III, p. 4)

Mis à part les mots « celui de la déclaration de culpabilité » à la fin, c’est effectivement le même langage qui est maintenant enchâssé à l’al. 11*i*), mais il est structuré différemment. En 1980, les mots « celui de la sentence » avaient remplacé « celui de la

(“Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada”, in *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada* (1980), at p. 18).

[78] As stated in the explanatory notes to the 1980 draft, s. 11(i), among other rights, was drawn from similar provisions in the *ICCPR*, including art. 15(1) (*Proposed Resolution*, at p. 16). However, the drafters did not give s. 11(i) identical scope to art. 15(1). Whereas the language of art. 15(1) grants an offender the seemingly more expansive and indefinite right to a lesser punishment enacted “subsequent to the commission of the offence”, the text of s. 11(i) limits the offender’s entitlement to “the time of sentencing”. This important difference was deliberate (see Senate and House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 47, 1st Sess., 32nd Parl., January 28, 1981 (“Committee”), at pp. 65-69).

[79] The Committee’s discussion about cutting off s. 11(i) at “the time of sentencing” was its only discussion about s. 11(i) over its 56 sitting days. The Committee did not expressly consider whether s. 11(i) confers a binary or global right. The House of Commons debates from 1980 to 1983 similarly do not reflect any consideration of this question.

[80] Nonetheless, there is good reason to believe that s. 11(i) was intended to confer no more than the binary right reflected in its language; none of the three provisions inspiring s. 11(i) endorsed a global right.

[81] As Mr. Poulin acknowledges in his factum, s. 44(e) of the *Interpretation Act* is binary in nature. This provision entitles an offender to a reduced punishment in the “new enactment” if that enactment is in force by the time punishment is “imposed or adjudged”. This merely confers on an offender the

déclaration de culpabilité » (« Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada », dans *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980), p. 19).

[78] Comme l’indiquent les notes explicatives du projet de 1980, l’al. 11*i*), parmi d’autres dispositions conférant des droits, était tiré de dispositions semblables que l’on trouve dans le *PIRDGP*, notamment le par. 15(1) (*Projet de résolution*, p. 17). Cependant, les rédacteurs n’ont pas donné à l’al. 11*i*) une portée identique à celle du par. 15(1). Alors que le par. 15(1) garantit au contrevenant le droit, apparemment plus large et indéfini, de bénéficier d’une peine moins sévère adoptée « postérieurement à [l’]infraction », le texte de l’al. 11*i*) limite quant à lui la portée de ce droit au « [moment] de la sentence ». Cette importante différence était délibérée (voir Sénat et Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 47, 1^{re} sess., 32^e lég., 28 janvier 1981 (« Comité »), p. 65-69).

[79] La discussion du Comité sur la possibilité de limiter la portée de l’al. 11*i*) au « [moment] de la sentence » a été sa seule discussion sur l’al. 11*i*) au cours de ses 56 jours de séance. Le Comité ne s’est pas penché explicitement sur la question de savoir si l’al. 11*i*) confère un droit binaire ou un droit global. Cette question n’a pas non plus été examinée au cours des débats de la Chambre des communes de 1980 à 1983.

[80] Néanmoins, il y a tout lieu de croire que l’al. 11*i*) n’était destiné à conférer que le droit binaire dont fait état son libellé; aucune des trois dispositions qui a inspiré l’al. 11*i*) n’appuyait un droit global.

[81] Comme le reconnaît M. Poulin dans son mémoire, l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* est de nature binaire. Cette disposition confère au contrevenant le droit au bénéfice d’une peine réduite prévue par le « nouveau texte » si ce texte est en vigueur au moment où la peine est « infligée ou prononcée ».

benefit of any *current* lesser punishment. This provision therefore cannot have inspired a global s. 11(i) right. To the contrary, it seems to have planted the seed of a binary right.

[82] Likewise, the *ECHR* could not have inspired a global s. 11(i) right. From 1978 until 2009, the second sentence of art. 7(1) of the *ECHR* was understood as merely codifying the principle that an offender cannot be subjected to a heavier penalty than the one applicable when the offence was committed (*X. v. Federal Republic of Germany*, Application No. 7900/77, March 6, 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola v. Italy (No. 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12, at paras. 103-9). Indeed, there is no language whatsoever in art. 7(1) reflecting the principle that an offender should benefit from a decrease in punishment — let alone a *global* version of that principle. In fact, as the Supreme Court of the United Kingdom observed in *Docherty*, at para. 32, “[a]n additional sentence containing th[e] *lex mitior* principle (benefit of a more lenient penalty) was considered and rejected when art. 7 ECHR was adopted in 1950” (see para. 55, and the partly dissenting reasons of Judge Nicolaou in *Scoppola*, at pp. 364-65). I acknowledge that in 2009, in *Scoppola*, a majority of a divided Grand Chamber of the European Court of Human Rights departed from its own precedent and superimposed a global right onto art. 7(1). (I address the merits of this decision below.) Nonetheless, it remains the case that, at the time of the *Charter*’s enactment, art. 7(1) was not understood as conferring a global right.

[83] Article 15(1) of the *ICCPR* is admittedly more ambiguous. Like s. 11(i), it employs binary language (“a lighter penalty”), but, as stated above, the rest of its language is quite expansive. The parties have not identified, nor am I aware of, any decisions or General Comments of the United Nations Human Rights Committee grappling with the binary/global question in relation to art. 15(1). It therefore appears to remain undecided whether art. 15(1) confers a

Comme elle ne fait que conférer à un contrevenant le droit au bénéfice d’une peine moins sévère *actuelle*, cette disposition ne peut donc pas avoir inspiré une interprétation globale du droit garanti à l’al. 11*i*). Au contraire, elle semble avoir été à l’origine d’un droit binaire.

[82] De même, la *CEDH* n’aurait pas pu inspirer un droit global garanti à l’al. 11*i*). De 1978 à 2009, la deuxième phrase du par. 7(1) de la *CEDH* était interprétée comme codifiant simplement le principe selon lequel un contrevenant ne peut faire l’objet d’une peine plus lourde que celle qui s’appliquait au moment de la perpétration de l’infraction (*X. c. République fédérale d’Allemagne*, requête n° 7900/77, 6 mars 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola c. Italie (n° 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12, par. 103-109). En effet, rien dans le libellé du par. 7(1) ne fait référence au principe selon lequel un contrevenant devrait bénéficier d’un adoucissement de peine, encore moins à une version *globale* de ce principe. En réalité, comme l’a fait observer la Cour suprême du Royaume-Uni au par. 32 de l’arrêt *Docherty*, [TRADUCTION] « [l]a possibilité d’ajouter une phrase supplémentaire faisant mention [du] principe de la *lex mitior* (droit de bénéficier d’une peine plus clément) a été examinée puis rejetée lorsque l’art. 7 de la *CEDH* a été adopté en 1950 » (voir le par. 55 ainsi que les motifs dissidents en partie du juge Nicolaou dans l’arrêt *Scoppola*, p. 364-365). Je reconnais qu’en 2009, dans *Scoppola*, les juges majoritaires de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l’homme se sont écartés du précédent établi par la cour elle-même et ont superposé au par. 7(1) un droit global. (Je me pencherai sur le bien-fondé de cette décision ci-dessous.) Malgré cela, il demeure qu’au moment de l’adoption de la *Charte*, le par. 7(1) n’était pas considéré comme conférant un droit global.

[83] Le paragraphe 15(1) du *PIRDGP* est certes plus ambigu. À l’instar de l’al. 11*i*), il contient un langage binaire (« peine plus légère »), mais comme il a été mentionné précédemment, le reste du libellé a une portée assez vaste. Les parties n’ont renvoyé à aucune décision ni à aucun commentaire général du Comité des droits de l’homme des Nations Unies portant sur la question de l’interprétation binaire ou globale du par. 15(1), et je n’en connais pas non

binary or a global right. As such, I do not see how art. 15(1) could have caused the drafters of the *Charter* to deviate from a binary approach to s. 11(i) built upon s. 37(e) of the *Interpretation Act* and art. 7(1) of the *ECHR*.

[84] From this review of the origins of s. 11(i), I see no indication that s. 11(i) enshrined a right broader than the binary one suggested in its wording. While a binary right was already expressly recognized in the *Interpretation Act* at the time of the *Charter*'s enactment, a global right was nowhere to be found.

[85] What remains to be seen is whether the purposes of s. 11(i) support a global interpretation of s. 11(i), or whether there is any purposive basis to read s. 11(i) globally. While the origins of s. 11(i) do not support a global interpretation, s. 11(i) could still receive that interpretation if its purposes justified it (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, per Lamer J.). However, I find that the purposes of s. 11(i) do not support a global right. I now conduct this central analysis.

(d) *The Purposes of Section 11(i) Give Rise to a Binary Right*

[86] To reiterate, the purposes animating s. 11(i) are the rule of law and fairness. Of these purposes, Mr. Poulin and the CLA argue primarily that it is the fairness principle that demands a global interpretation of the right.

[87] In particular, Mr. Poulin and the CLA submit that a binary interpretation of s. 11(i) would result in unfairness where, for instance, two offenders who committed the same crime at the same time are sentenced at different times, when different sentencing regimes are in force. They argue that, under a binary s. 11(i) right, these two offenders would have constitutional rights to different punishments. The AQAAD also claims that this result would be arbitrary as offenders do not control the timing of

plus. Il semble donc que la question de savoir si le par. 15(1) confère un droit binaire ou un droit global n'a toujours pas été tranchée. De ce fait, je ne vois pas comment le par. 15(1) aurait pu amener les rédacteurs de la *Charte* à s'écarter, pour l'al. 11*i*), d'une interprétation binaire fondée sur l'al. 37e) de la *Loi d'interprétation* et sur le par. 7(1) de la *CEDH*.

[84] À l'issue de cet examen des origines de l'al. 11*i*), rien ne me laisse croire que l'al. 11*i*) a enchâssé un droit plus vaste que le droit binaire que laisse entrevoir son libellé. Alors qu'un droit binaire était déjà explicitement reconnu dans la *Loi d'interprétation* au moment de l'adoption de la *Charte*, il n'était fait état d'un droit global nulle part.

[85] Il reste à voir si les objets de l'al. 11*i*) appuient une interprétation globale de ce dernier ou s'il existe un fondement téléologique justifiant une interprétation globale de l'al. 11*i*). Bien que les origines de l'al. 11*i*) n'appuient pas une interprétation globale, l'al. 11*i*) pourrait tout de même être interprété de cette façon si ses objets le justifiaient (voir *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). Cependant, je suis d'avis que les objets de l'al. 11*i*) n'appuient pas une interprétation globale du droit. Je me pencherai maintenant sur cette analyse essentielle.

d) *Les objets de l'al. 11i) donnent naissance à un droit binaire*

[86] Je le répète, les objets qui sous-tendent l'al. 11*i*) sont la primauté du droit et l'équité. M. Poulin et la CLA font valoir principalement que celui de ces principes qui exige une interprétation globale du droit est le principe de l'équité.

[87] Plus particulièrement, M. Poulin et la CLA plaident qu'une interprétation binaire de l'al. 11*i*) entraînerait une iniquité lorsque, par exemple, deux contrevenants ayant commis le même crime au même moment sont condamnés à des moments différents, alors que les régimes de détermination des peines en vigueur diffèrent. Ils soutiennent qu'une interprétation binaire du droit garanti par l'al. 11*i*) accorderait à ces deux contrevenants le droit constitutionnel de bénéficier de peines différentes. L'AQAAD prétend

their investigations, prosecutions and sentencings, nor the timing of legislative changes to sentencing provisions.

[88] I offer the following hypothetical to illustrate the kind of situation contemplated by these parties:

- “A” and “B” commit the same offence at the same time. The punishment for the offence is at “Level 3”.
- The punishment for the offence temporarily drops to “Level 1”.
- A is sentenced and receives a “Level 1” sentence.
- The punishment for the offence rises to “Level 2”.
- B is sentenced and receives a “Level 2” sentence.

[89] There are, in my view, three crucial flaws with the argument that fairness (and, in particular, concerns about arbitrariness) mandate a global interpretation of s. 11(i).

[90] First, it is not unfair or arbitrary for an offender like B to be punished according to the laws in force at the time he committed his offence, or a more favourable law, if one is in force when he is sentenced. To the contrary, these two laws are *linked* to the offender and the proceedings against him; the first sets out the punishment he risked incurring at the time he acted, and the other likewise sets the contours for a sentence that reflects society’s attitude about the gravity of the offence and the responsibility of the offender at the precise moment that the sentence is imposed. These punishments are therefore tethered to two points in time that bear a deep connection to the offender’s conduct and criminality. It is, accordingly, fair and rational for the offender to have the benefit of one of these punishments. Conversely, there is no principled basis to grant an offender like B the benefit of a punishment which has no connection to his offending conduct or to society’s view of his

elle aussi que ce résultat serait arbitraire puisque les contrevenants n’ont aucun contrôle sur le moment de l’enquête, de la poursuite et de la détermination de la peine, ni sur le moment où des modifications législatives sont apportées aux dispositions sur la détermination de la peine.

[88] Voici un exemple hypothétique qui illustre bien le type de situation auquel songent ces parties :

- « A » et « B » commettent la même infraction au même moment. La peine prévue pour l’infraction est de « niveau 3 ».
- La peine prévue pour l’infraction est temporairement ramenée au « niveau 1 ».
- A est condamné à une peine de « niveau 1 ».
- La peine prévue pour l’infraction passe ensuite au « niveau 2 ».
- B est condamné à une peine de « niveau 2 ».

[89] Il y a, à mon avis, trois failles cruciales dans l’argument selon lequel le principe d’équité (et, plus particulièrement, les préoccupations au sujet du caractère arbitraire) commande une interprétation globale de l’al. 11*i*).

[90] Premièrement, il n’est ni injuste ni arbitraire qu’un contrevenant comme B soit puni conformément aux lois en vigueur au moment où il a commis son infraction, ou à une loi plus favorable s’il y en avait une en vigueur au moment de sa sentence. Au contraire, ces deux lois sont *liées* au contrevenant et à la poursuite engagée contre lui : la première loi établit la peine qu’il risquait de se voir infliger au moment où il a commis l’infraction et l’autre établit de la même manière les contours d’une peine qui tient compte de la perception de la société quant à la gravité de l’infraction et à la responsabilité du contrevenant au moment précis où la peine lui est infligée. Ces peines sont donc rattachées à deux moments précis qui sont profondément liés à la criminalité et à la conduite du contrevenant. Il est, par conséquent, juste et rationnel que le contrevenant puisse bénéficier de l’une de ces peines. À l’inverse, il n’existe aucune raison de principe d’accorder à un contrevenant

conduct at the time the court is called upon to pass sentence.

[91] The fact that one of the two hypothetical offenders described above, A, receives a more lenient punishment than the other, B, is justified by society's changed sense of the gravity of the offence as between the dates of A and B's sentencings. This is not arbitrary; this is the reality of legislative change. One offender is not treated unfairly, or arbitrarily, by the other being sentenced at a time when society looks more forgivingly upon the offence.

[92] Without using its name, Mr. Poulin, the CLA and the AQAAD essentially resort to the sentencing principle of "parity" in arguing that s. 11(i) must be read in a manner that treats like offenders alike at sentencing. This principle, set out in s. 718.2(b) of the *Criminal Code*, instructs that "a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances". Yet this principle has never guaranteed similar offenders equivalent sentences across different sentencing regimes. Indeed, it has never guaranteed like offenders equivalent sentences within the *same* regime (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92). As stated in *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 36:

Owing to the very nature of an individualized sentencing process, sentences imposed for offences of the same type will not always be identical. The principle of parity does not preclude disparity *where warranted by the circumstances*, because of the principle of proportionality (see Dadour, at p. 18). As this Court noted in *M. (C.A.)*, at para. 92, "there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime". [Emphasis in original.]

comme B le bénéficie d'une peine n'ayant aucun lien avec sa conduite fautive ou avec la perception de la société à l'égard de sa conduite au moment où le tribunal est appelé à déterminer la peine.

[91] Le fait que l'un des deux contrevenants hypothétiques mentionnés plus haut (soit A) reçoive une peine plus clémente que l'autre (soit B) s'explique par le changement de perception de la société quant à la gravité de l'infraction, lequel changement est survenu entre le moment de la sentence de A et celui de la sentence de B. Ce n'est en rien arbitraire; c'est la réalité des modifications législatives. Un contrevenant n'est pas traité de façon injuste, ou arbitraire, du simple fait que l'autre est condamné à un moment où la société se montre plus indulgente à l'égard de l'infraction en cause.

[92] Sans le nommer, M. Poulin, la CLA et l'AQAAD invoquent essentiellement le principe de la « parité » lorsqu'ils allèguent que l'al. 11*i*) doit être interprété d'une manière visant à traiter les contrevenants semblables de façon semblable au moment de la sentence. Ce principe, établi à l'al. 718.2b) du *Code criminel*, prévoit « l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Toutefois, ce principe n'a jamais garanti à des contrevenants semblables des peines équivalentes dans le cadre de régimes de détermination des peines différents. Il n'a d'ailleurs jamais garanti des peines équivalentes à des contrevenants semblables dans le cadre d'un *même* régime (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 92). Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 36 :

Des peines prononcées à l'égard des mêmes catégories d'infraction ne seront pas toujours parfaitement semblables, en raison de la nature même d'un processus de détermination de la peine axé sur l'individu. En effet, le principe de la parité n'interdit pas la disparité *si les circonstances le justifient*, en raison de l'existence de la règle de la proportionnalité (voir Dadour, p. 18). Comme notre Cour l'a rappelé dans *M. (C.A.)*, par. 92, « il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné ». [En italique dans l'original.]

A different sentencing regime is clearly a circumstance that warrants a different sentence. To put it in terms of the hypothetical above, the difference in punishments for A and B “can be rationally explained” by the change in legislation (*R. v. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134, at para. 46).

[93] By insisting that the two offenders in the hypothetical ought to be entitled to the same, lowest punishment, Mr. Poulin, the CLA and the AQAAD elevate their misplaced concern about unfairness or arbitrariness *as between these two offenders* above the settled principles of s. 11(i) — namely that an offender should not be “ambushed” by a subsequent aggravation of the applicable punishment and that an offender should not be subjected to an outdated harsher punishment. Proportionality looks in part to “the gravity of the offence” (*Criminal Code*, s. 718.1). Apart from the time of commission, it does not look to Parliament’s former sense of the gravity of the offence, merely because it had once been more favourable to the offender.

[94] It is worth noting that, in the above hypothetical, both offenders receive a benefit. Both receive a punishment lower than the one in place at the time they committed the offence: A receives a Level 1, and B receives a Level 2, when the punishment they risked at the time of the offence was a Level 3. While s. 11(i) provides them with different lesser punishments from each other, they both receive the protection of a binary s. 11(i) right at their time of sentencing. They both face, as a *maximum* punishment, the punishment applicable at the time of their offence.

[95] Second, and more fatally to the logic of their position, a global approach to s. 11(i) would not, in fact, ensure identical results for two offenders who committed their offences at the same time. This is

Un régime de détermination des peines différent constitue visiblement une circonstance qui justifie une peine différente. Pour en revenir à l’exemple hypothétique présenté plus haut, la différence entre les peines infligées à A et à B [TRADUCTION] « peut s’expliquer rationnellement » par la modification législative (*R. c. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134, par. 46).

[93] En insistant pour dire que les deux contrevenants présentés dans l’exemple hypothétique devraient tous deux bénéficier de la même peine la moins sévère, M. Poulin, la CLA et l’AQAAD font passer leur préoccupation mal placée quant au caractère injuste ou arbitraire de la situation *entre ces deux contrevenants* devant les principes établis par l’al. 11*i* — à savoir qu’un contrevenant ne devrait pas se trouver « pris au piège » par l’aggravation ultérieure de la peine prévue et qu’il ne devrait pas se voir infliger une peine plus sévère et dépassée. La proportionnalité tient en partie à « la gravité de l’infraction » (*Code criminel*, art. 718.1). À part le moment où l’infraction est commise, elle ne tient pas à l’ancienne perception du législateur quant à la gravité de l’infraction simplement parce qu’elle a déjà été plus favorable au contrevenant.

[94] Il vaut la peine de noter que, dans l’exemple hypothétique donné plus haut, les deux contrevenants sont avantagés. Ils bénéficient tous deux d’une peine moins sévère que celle qui s’appliquait au moment où ils ont commis leur infraction : A reçoit une peine de niveau 1 et B, une peine de niveau 2, alors que la peine à laquelle ils s’exposaient au moment où ils ont commis leur infraction était de niveau 3. Même s’ils bénéficient de peines moins sévères différentes au titre de l’al. 11*i*, ils bénéficient tous deux de la protection offerte par le droit binaire garanti à l’al. 11*i* au moment de leur sentence. Ils sont tous deux passibles, en guise de peine *maximale*, de la peine applicable au moment où ils ont commis leur infraction.

[95] Deuxièmement, la logique de la position de ces parties est fortement sapée par le fait qu’une interprétation globale de l’al. 11*i* ne garantirait pas, en réalité, un résultat identique pour deux contrevenants ayant

illustrated by the following hypothetical, which, incidentally, was raised by the CLA:

- “A” and “B” commit an offence together. The punishment is a mandatory minimum sentence.
- A and B are tried separately.
- A is found guilty and sentenced to the mandatory minimum.
- B’s trial ends in a mistrial. B undergoes a second trial.
- The mandatory minimum is abolished.
- B is found guilty and sentenced, without the mandatory minimum.

Notably, a global approach to s. 11(i) would not assist A here. Unlike in our previous hypothetical, this offender did not lose out on a lesser, intermediary sentence because of the timing of his sentencing. Rather, it just so happened that B’s proceedings took longer, and lasted until a more favourable punishment was enacted. In essence, all that the CLA’s hypothetical serves to illustrate is that individual offenders’ proceedings can, inevitably, progress at different paces. As this hypothetical reveals, a global approach to s. 11(i) cannot prevent or counteract differences in treatment that flow from different proceedings progressing at their own paces.

[96] I offer a second hypothetical to demonstrate that a global interpretation of s. 11(i) could not succeed in ensuring that like offenders receive the same punishment:

- “A” commits an offence. The punishment for the offence is at “Level 2”.
- The punishment for the offence temporarily drops to “Level 1”.
- The punishment for the offence is quickly restored to “Level 2”.
- “B” commits the same offence.

commis leur infraction au même moment. L’exemple hypothétique qui suit, lequel a d’ailleurs été donné par la CLA, l’illustre bien :

- « A » et « B » commettent une infraction ensemble. La peine prévue est une peine minimale obligatoire.
- A et B sont jugés séparément.
- A est déclaré coupable et est condamné à la peine minimale obligatoire.
- Le procès de B se solde par une annulation. B subit un deuxième procès.
- La peine minimale obligatoire est abolie.
- B est déclaré coupable et est condamné, mais ne se voit pas infliger la peine obligatoire.

Dans cet exemple, une interprétation globale de l’al. 11*i*) ne favoriserait en rien A. Contrairement à l’exemple précédent, ce contrevenant n’a pas été privé d’une peine intermédiaire moins sévère en raison du moment de sa sentence. Le fait est que les procédures engagées contre B ont pris plus de temps et ont duré jusqu’à ce qu’une peine plus clémente soit adoptée. En somme, tout ce que l’exemple hypothétique de la CLA arrive à démontrer est que les procédures engagées contre divers contrevenants peuvent, inévitablement, se dérouler à des rythmes différents. Comme le révèle l’exemple, une interprétation globale de l’al. 11*i*) ne peut ni empêcher ni contrebalancer les différences dans le traitement qui découlent du fait que chaque procédure se déroule à son propre rythme.

[96] Je propose un autre exemple hypothétique pour démontrer qu’une interprétation globale de l’al. 11*i*) ne permettrait pas de garantir que la même peine sera infligée à des contrevenants semblables :

- « A » commet une infraction. La peine prévue pour l’infraction est de « niveau 2 ».
- La peine prévue pour l’infraction est temporairement ramenée au « niveau 1 ».
- La peine prévue pour l’infraction est rapidement rétablie au « niveau 2 ».
- « B » commet la même infraction.

- The punishment for the offence is increased to “Level 3”.
- A and B are both found guilty of the offence and are sentenced on the same day.

Under a global approach to s. 11(i), A would receive the benefit of a Level 1 punishment, as it was in place — albeit temporarily — between A’s offence and sentencing. Meanwhile, B would only receive the benefit of a Level 2 sentence, even though the offenders both offended when the applicable punishment was at Level 2 and were both sentenced when the applicable punishment was at Level 3. Despite their identical positions, a global interpretation of s. 11(i) arbitrarily bestows a greater benefit upon A. I therefore do not see how a global approach to s. 11(i) can be championed on the basis that it meaningfully counteracts a certain inherent arbitrariness in the timing of one offender’s sentencing as compared to another’s. To the contrary, and as this hypothetical illustrates, a global approach to s. 11(i) can confer arbitrary benefits. While a binary approach to s. 11(i) will not ensure that like offenders receive *the same result*, it will ensure that like offenders are treated *fairly*; they each receive protections which are connected to them and their proceedings.

[97] Third, there are countervailing fairness considerations that militate against a global approach to s. 11(i). Recall that those offenders who stand to benefit most from a global approach to s. 11(i) are those who have gone unprosecuted or unsentenced long enough for the punishments in place for their offences to have changed multiple times. In my view, any perceived unfairness or arbitrariness flowing from a binary approach to s. 11(i) is outweighed by the unfairness or arbitrariness that would result from according greater constitutional protections to those offenders who are sentenced long after their offences, compared to those offenders who are promptly brought to justice. In simpler terms, a global approach to s. 11(i) would disproportionately

- La peine pour l’infraction est élevée au « niveau 3 ».
- A et B sont tous deux déclarés coupables et reçoivent leur sentence le même jour.

Selon une interprétation globale de l’al. 11*i*), A bénéficierait d’une peine de niveau 1, puisque cette peine s’appliquait — quoique temporairement — entre le moment où il a commis l’infraction et le moment de sa sentence. B, quant à lui, recevrait une peine de niveau 2, même si les deux contrevenants ont commis leur infraction alors que la peine applicable était de niveau 2 et qu’ils ont tous deux été condamnés alors que la peine applicable était de niveau 3. En dépit de leurs situations identiques, une interprétation globale de l’al. 11*i*) confère, de façon arbitraire, un plus grand avantage à A. Par conséquent, je ne vois pas comment on pourrait défendre une interprétation globale de l’al. 11*i*) au motif qu’elle permettrait de contrebalancer adéquatement un certain caractère arbitraire inhérent au moment de la sentence d’un contrevenant par rapport à celle d’un autre contrevenant. Au contraire, et l’exemple hypothétique ci-dessus le démontre, une interprétation globale de l’al. 11*i*) peut conférer des bénéfices arbitraires. Bien qu’une interprétation binaire de l’al. 11*i*) ne puisse pas garantir que des contrevenants semblables obtiendront *le même résultat*, elle garantit que des contrevenants semblables seront traités de façon *équitable*; chacun bénéficiera de la protection qui se rattache à lui et à la poursuite engagée contre lui.

[97] Troisièmement, il existe des considérations en matière d’équité qui militent contre une interprétation globale de l’al. 11*i*). Rappelons que les contrevenants qui sont susceptibles de bénéficier le plus d’une interprétation globale de l’al. 11*i*) sont ceux pour qui la poursuite ou la condamnation ont tardé suffisamment pour que les peines prévues pour leurs infractions aient le temps de changer de multiples fois. À mon avis, toute perception de caractère injuste ou arbitraire susceptible de découler d’une interprétation binaire de l’al. 11*i*) est supplantée par le caractère injuste ou arbitraire qui résulterait du fait d’accorder une meilleure protection constitutionnelle aux contrevenants condamnés longtemps après avoir commis leurs infractions

benefit those who are sentenced years, or even decades, after their offences, such as Mr. Poulin himself. It bears repeating that Mr. Poulin went over three decades before being held to account for his sexual offences. As this Court has observed, sexual offences like Mr. Poulin's often go long unreported. Survivors of sexual trauma commonly delay in disclosing abuse for reasons such as "embarrassment, fear, guilt, or a lack of understanding and knowledge" (*R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 65). There should be no additional gain to an offender under s. 11(i) when a victim is traumatized to the point of requiring significant time to overcome any reluctance to report the offence. Offenders whose crimes go long unreported should not have access to a greater number of possible punishments under s. 11(i) by virtue of their own offending conduct.

[98] For these reasons, I reject the contention that the principle of fairness animating s. 11(i) supports a global interpretation of that provision. To the contrary, a global interpretation of s. 11(i) would unfairly and arbitrarily benefit certain offenders by granting them the right to a punishment which is utterly disconnected from their conduct or proceedings. It is sufficiently and amply fair for s. 11(i) to guarantee to the offender the lesser of the punishments under the laws in force at the time of commission and the time of sentencing.

[99] In addition, I find that a global interpretation of s. 11(i) would have at least two other unwarranted consequences.

[100] First, a global s. 11(i) right would have the effect of resurrecting punishments which Parliament has, by repealing or amending them, expressly

que les contrevenants traduits rapidement en justice. En termes plus simples, une interprétation globale de l'al. 11*i*) avantagerait démesurément les contrevenants condamnés des années, voire des décennies, après avoir commis leurs infractions, comme M. Poulin lui-même. Il vaut la peine de répéter que M. Poulin a passé plus de trois décennies avant de rendre des comptes pour les infractions d'ordre sexuel qu'il a commises. Ainsi que notre Cour l'a fait remarquer, les infractions d'ordre sexuel comme celles de M. Poulin demeurent souvent cachées durant de longues périodes. Il arrive fréquemment que des survivants de traumatismes sexuels tardent à révéler les agressions pour diverses raisons comme « la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance » (*R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 65). Un contrevenant ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un avantage supplémentaire au titre de l'al. 11*i*) lorsqu'une victime est traumatisée au point d'avoir besoin d'un délai considérable pour surmonter sa réticence à dénoncer l'infraction. Les contrevenants dont les crimes sont gardés sous silence pendant longtemps ne devraient pas avoir accès au plus grand nombre de peines possibles, au titre de l'al. 11*i*), en raison de leur propre conduite fautive.

[98] Pour ces motifs, je rejette la prétention selon laquelle le principe de l'équité qui sous-tend l'al. 11*i*) appuie une interprétation globale de cette disposition. Au contraire, une interprétation globale de l'al. 11*i*) profiterait de façon injuste et arbitraire à certains contrevenants en leur accordant le droit de bénéficier d'une peine qui n'a rien à voir avec leur conduite ou la poursuite engagée contre eux. Il est suffisamment et amplement équitable que l'al. 11*i*) garantisse au contrevenant la moins sévère des peines prévues par les lois en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction et à celui de la sentence.

[99] En outre, je suis d'avis qu'une interprétation globale de l'al. 11*i*) aurait au moins deux autres conséquences injustifiées.

[100] Tout d'abord, une interprétation globale du droit garanti à l'al. 11*i*) aurait pour effet de faire renaître des peines que le législateur a expressément

rejected — even where such a result is not justified by the principle of legality. As set out above, s. 11(i) does not merely provide the sentencing court with additional options; it entitles the offender to the lesser punishment. I see no reason why the *Charter* would enshrine the constitutional right to access, in all cases, an array of punishments which Parliament has since deemed unsuitable. It is one thing for s. 11(i) to resurrect for the offender the lesser punishment under the laws in force when the offender committed the offence. It is quite another thing for s. 11(i) to resurrect any temporary reductions in punishment which came after the offence and bear no connection whatsoever to the offender's conduct or to contemporary sentencing norms (see *Docherty*, at para. 45). An interpretation of s. 11(i) that entitles an offender to the most favourable punishment in the array of past punishments would not only overshoot the purposes of this constitutional right, it would unduly undermine Parliament's general and exclusive authority to enact and amend the criminal law.

[101] Moreover, as the Supreme Court of the United Kingdom observed in *Docherty*, there remains the possibility of legislative oversight or error. A global s. 11(i) right would entitle offenders to the benefit of any intervening oversights or errors in past sentencing provisions, even those not in force during the commission of the offence or at sentencing. But in my view, there is no principled basis to grant an offender the right to that benefit. As that Supreme Court held:

Sentencing legislation and practice may well go up and down as public policy is held by legislators to change, or current responsible views on particular offending are perceived by courts to develop. But there is no injustice to a defendant to be sentenced according either to the law as it existed at the time of his offence or, if more lenient, according to the law as it exists when he is convicted and

rejetées en les abrogeant ou en les modifiant, même si ce résultat n'est pas justifié par le principe de la légalité. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'al. 11*i*) ne fait pas qu'offrir des possibilités supplémentaires au tribunal qui détermine la peine; il donne au contrevenant le droit au bénéfice de la peine la moins sévère. Je ne vois pas pourquoi la *Charte* enchâsserait le droit constitutionnel de bénéficier, dans toutes les affaires, d'un éventail de peines que le législateur a depuis jugées inadéquates. C'est une chose d'invoquer l'al. 11*i*) pour faire renaître, au profit du contrevenant, la peine la moins sévère prévue par les lois en vigueur au moment où le contrevenant a commis l'infraction. C'en est une autre de faire renaître tous les adoucissements de peine temporaires qui sont survenus après la perpétration de l'infraction et qui n'ont aucun lien avec la conduite du contrevenant ou les normes actuelles de détermination de la peine (voir *Docherty*, par. 45). Non seulement une interprétation de l'al. 11*i*) qui accorderait au contrevenant le droit au bénéfice de la peine la plus favorable parmi toutes les peines qui se sont appliquées par le passé irait au-delà des objets de ce droit constitutionnel, mais elle saperait indûment le pouvoir général et exclusif du législateur d'adopter et de modifier les règles du droit criminel.

[101] En outre, comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Royaume-Uni dans *Docherty*, le risque d'omission ou d'erreur de la part du législateur subsiste. Une interprétation globale du droit garanti à l'al. 11*i*) permettrait aux contrevenants de bénéficier d'omissions ou d'erreurs contenues dans les dispositions antérieures sur la détermination de la peine, même celles qui n'étaient pas en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction ou au moment de la sentence. À mon avis, il n'y a aucune raison de principe d'accorder à un contrevenant le droit à cet avantage. Comme l'a statué cette cour suprême :

[TRADUCTION] La législation et les pratiques en matière de détermination de la peine peuvent très bien fluctuer puisque, d'un côté, il revient aux législateurs de modifier les politiques publiques et, de l'autre côté, il revient aux tribunaux de déterminer de quelle façon ils perçoivent certaines infractions. Cependant, il n'est pas injuste pour un défendeur de recevoir une sentence conforme à la loi

sentenced. To insist that a defendant should not be sentenced on a basis now authoritatively regarded as excessive is one thing. It is quite another to say that he should be sentenced according to a practice which did not obtain when he committed the offence and does not obtain now, merely because for some time in the interim, however short, a different practice was adopted which has now been abandoned as wrong.

(*Docherty*, at para. 45)

[102] Second, and on a more practical level, I have difficulty accepting that the vision for s. 11(i) was for counsel and the court to have to identify and then compare and contrast *every* sentencing provision that has applied to the offence since the offender committed it. As set out above (under the heading “Context: How Section 11(i) Operates”), a global approach to s. 11(i) would require just this. I fail to see what would justify this exercise. An offender does not suffer any injustice by not having access to *all* punishments that have come and gone through valid legislative change, especially those punishments that are completely disconnected from any step taken by the state against the offender or any step taken by the offender in reliance on the contemporaneous punishment. By claiming the right to a conditional sentence, Mr. Poulin asks for the benefit of a punishment which had no bearing on his conduct, case or sentencing. There is no unfairness in not having access to a sentencing regime which was unknown at the time of the offence and not relied upon when it was in force.

[103] In closing — and in response to Mr. Poulin’s position that s. 11(i) should be read in a manner that provides sentencing courts with enhanced sentencing options — I reiterate that it is inaccurate to say that a global s. 11(i) would normally increase options and discretion in sentencing. As explained above, the

telle qu’elle existait au moment où il a commis son infraction ou, si elle est plus clémentaire, à la loi telle qu’elle est au moment où il est condamné. Insister pour dire qu’un défendeur ne devrait pas se voir infliger une peine fondée sur une disposition maintenant formellement considérée comme démesurée est une chose. Il en est une autre de dire qu’il devrait se voir infliger une peine conformément à une pratique à laquelle il n’avait pas droit au moment où il a commis son infraction et à laquelle il n’a pas droit maintenant, et ce, simplement parce que durant une brève période dans l’intervalle, une pratique différente avait été adoptée, laquelle pratique a maintenant été abandonnée parce qu’elle était mauvaise.

(*Docherty*, par. 45)

[102] Deuxièmement, sur un plan plus pratique, j’ai du mal à accepter que la vision pour l’al. 11*i*) était d’obliger l’avocat et le tribunal à cerner puis à comparer et à mettre en opposition *chaque* disposition sur la détermination de la peine s’étant appliquée à l’infraction depuis la perpétration de celle-ci par le contrevenant. Comme je l’ai indiqué précédemment (sous la rubrique « Contexte : Application de l’al. 11*i*) », c’est exactement ce qu’exigerait une interprétation globale de l’al. 11*i*). Je ne vois pas ce qui pourrait justifier cet exercice. Ne constitue pas une injustice pour un contrevenant le fait de ne pas avoir accès à *toutes* les peines qui ont été mises en vigueur puis écartées dans le cadre de modifications législatives légitimes, surtout les peines qui ne sont aucunement liées aux mesures prises par l’État contre le contrevenant ou aux mesures prises par le contrevenant en s’appuyant sur la peine actuelle. En revendiquant le droit à une peine d’emprisonnement avec sursis, M. Poulin demande à bénéficier d’une peine qui n’avait rien à voir avec sa conduite, sa cause ou sa sentence. Il n’est pas injuste qu’il n’ait pas accès à un régime de détermination de la peine qui était inconnu au moment de la perpétration de l’infraction et sur lequel il ne s’est pas appuyé pendant qu’il était en vigueur.

[103] Pour conclure — et en réponse à la position de M. Poulin suivant laquelle l’al. 11*i*) devrait être interprété de manière à offrir davantage de possibilités aux tribunaux qui déterminent les peines — je réitère qu’il est inexact de dire qu’une interprétation globale de l’al. 11*i*) offrirait normalement un

effect of s. 11(i) is to confine the sentencing court to sentencing the offender according to the lesser punishment. It is appropriate for s. 11(i) to confine the court to the lesser of the two sentencing regimes mentioned in s. 11(i). For the reasons given, it is *not* appropriate for s. 11(i) to require the court to impose what is, from the offender's perspective, a random baseline punishment plucked from the past. I agree wholeheartedly with Mr. Poulin that discretion in sentencing enhances justice in sentencing. I part company with Mr. Poulin in his view that a global approach to s. 11(i) generally serves discretion; it demonstrably does not.

[104] For these reasons, I conclude that the principled interpretation of s. 11(i) is a binary one. Reading s. 11(i) in a manner that would require the court to impose the most favourable punishment identifiable in the interval between the offence and sentencing does not reflect the kind of generous interpretation that *Charter* rights should receive. Rather, it reflects an unduly generous interpretation, disconnected from the purposes of the right.

(e) *Addressing the Contrary Jurisprudence*

[105] In coming to the conclusion that s. 11(i) confers a binary right, I am cognizant that Canadian courts have consistently assumed that s. 11(i) confers a global right (with perhaps one exception: see *R. v. Dubois*, Que. Sup. Ct., December 8, 1982, cited in R. M. McLeod, J. D. Takach, H. F. Morton, and M. D. Segal, *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (2019 (loose-leaf)), vol. 4, at p. 20-10.12). However, as stated above, I do not find these authorities to be based upon a complete or compelling purposive analysis of s. 11(i). Had they properly examined and weighed the functioning of s. 11(i), its language and origins, and the implications of a global right, they should, in my view,

nombre accru de possibilités et une plus grande latitude en matière de détermination de la peine. Comme il a été expliqué plus haut, l'al. 11*i*) a pour effet d'obliger le tribunal qui détermine la peine à s'en tenir à condamner le contrevenant à la peine la moins sévère. Il est approprié que l'al. 11*i*) oblige le tribunal à s'en tenir au moins sévère des deux régimes de détermination de la peine prévus par celui-ci. Pour les motifs exposés, il *n'est pas* approprié que l'al. 11*i*) oblige le tribunal à infliger une peine qui, du point de vue du contrevenant, constitue une peine de base quelconque tout droit sortie du passé. Je partage entièrement l'avis de M. Poulin que le pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine favorise la justice. Je ne suis toutefois pas de son avis lorsqu'il affirme qu'une interprétation globale de l'al. 11*i*) favorise habituellement le pouvoir discrétionnaire; ce n'est manifestement pas le cas.

[104] Pour ces motifs, je conclus que, rationnellement, l'al. 11*i*) doit être interprété de façon binaire. Une interprétation qui obligerait le tribunal à infliger la peine la plus favorable parmi celles qui se sont appliquées dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et le moment de la sentence ne correspond pas au type d'interprétation libérale qui devrait être faite des droits garantis par la *Charte*. Il s'agit plutôt d'une interprétation excessivement libérale, sans rapport avec les objets du droit.

e) *Analyse de la jurisprudence contraire*

[105] Même si j'en suis arrivée à la conclusion que l'al. 11*i*) confère un droit binaire, je suis consciente que les tribunaux canadiens ont toujours présumé que l'al. 11*i*) conférerait un droit global (sauf peut-être dans un cas : voir *R. c. Dubois*, C.S. Qc, 8 décembre 1982, cité dans R. M. McLeod, J. D. Takach, H. F. Morton et M. D. Segal, *The Canadian Charter of Rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (2019 (feuilles mobiles)), vol. 4, p. 20-10.12). Cependant, comme il a été mentionné précédemment, je suis d'avis que cette jurisprudence n'est pas fondée sur une analyse téléologique complète ou convaincante de l'al. 11*i*). Si les tribunaux avaient correctement examiné et soupesé l'application de l'al. 11*i*), son libellé et ses origines,

have concluded that there is no purposive basis to interpret s. 11(i) in a global manner. The purposes of s. 11(i) — including fairness — do not support a global s. 11(i) right; to the contrary, they reject it.

[106] Similarly, I find that the European Court of Human Rights' majority decision in *Scoppola* does not provide a persuasive basis for reading s. 11(i) in a global manner. As the U.K. Supreme Court noted, the majority reasons in *Scoppola* do not appear to recognize the crucial distinction between the binary and global versions of the right to a decrease in punishment. In fact, the majority relied on the justification for a *binary* right in concluding that art. 7(1) of the *ECHR* should be *global*; it stated that art. 7(1) should not allow the imposition of a punishment “which the State — and the community it represents — now consider excessive” (para. 108 (emphasis added)). I echo the Supreme Court of the United Kingdom's statement in *Docherty* that:

There is a very clear difference between (1) a principle which prevents a court from imposing a penalty above and outside the range currently provided for by the state as appropriate to the crime and (2) a principle which requires the court to seek out and apply the most favourable rule which has existed at any intervening time since the offence was committed, even if it has since been abandoned. The first would fall within the rationale of confining the court to a range currently considered appropriate for the offence; the latter would not. The difference between the two is not adverted to, still less explored, in the judgment in *Scoppola*. It is, accordingly, by no means clear that the court intended to expand its incorporation of *lex mitior* into art. 7 by including the latter proposition. [para. 40]

[107] I further agree with the Supreme Court that the majority decision in *Scoppola* must be read in context. First, it is crucial to note that *Scoppola*'s treatment of art. 7(1) was informed by a provision

ainsi que les répercussions d'un droit global, ils auraient dû, selon moi, conclure qu'il n'existe aucun fondement téléologique justifiant une interprétation globale de l'al. 11*i*). Les objectifs de l'al. 11*i*) — y compris l'équité — n'appuient pas une interprétation globale du droit garanti par cet alinéa; au contraire, ils la rejettent.

[106] De même, je conclus que la décision des juges majoritaires de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Scoppola* ne constitue pas une raison persuasive d'interpréter l'al. 11*i*) d'une façon globale. Comme l'a signalé la Cour suprême du R.-U., les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Scoppola* ne semblent pas reconnaître la distinction cruciale entre les interprétations binaire et globale du droit à un adoucissement de peine. En fait, les juges majoritaires se sont appuyés sur la justification d'un droit *binaire* pour conclure que le par. 7(1) de la *CEDH* devrait être interprété de façon *globale*; ils ont déclaré que le par. 7(1) ne devrait pas permettre l'infliction de peines « que l'État, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives » (par. 108 (je souligne)). Je fais mienne la déclaration faite par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt *Docherty* :

[TRANSDUCTION] Il existe une différence très claire entre (1) un principe qui empêche un tribunal d'infliger une peine allant au-delà de l'éventail des peines actuellement jugées appropriées pour le crime par l'État et (2) un principe qui exige d'un tribunal qu'il cible et applique la règle la plus favorable ayant existé à n'importe quel moment depuis la perpétration de l'infraction, même si elle a été abandonnée depuis. Le premier s'inscrirait dans le cadre du raisonnement justifiant d'obliger les tribunaux à s'en tenir à un éventail de peines actuellement considérées comme étant appropriées pour l'infraction; ce ne serait pas le cas du deuxième. La différence entre les deux n'est pas mentionnée, encore moins étudiée, dans l'arrêt *Scoppola*. Par conséquent, il est loin d'être clair que le tribunal avait l'intention d'étendre la portée du principe de la *lex mitior* à l'art. 7 en s'appuyant sur la deuxième proposition. [par. 40]

[107] Je conviens aussi avec la Cour suprême que la décision des juges majoritaires dans l'arrêt *Scoppola* doit être lue dans son contexte. D'abord, il est crucial de souligner que l'analyse du par. 7(1) faite

of Italy’s criminal legislation that appeared to confer a global right:

Article 2 of the 1930 Criminal Code, entitled “Succession of criminal laws”, reads as follows:

...

3. If the law in force at the time when the offence was committed and later [laws] differ, the law to be applied is the one whose provisions are most favourable to the defendant, except where a final sentence has already been imposed. [Emphasis added.]

(*Scoppola*, at para. 32; see also paras. 106 and 108)

Second, the facts of *Scoppola* were such that a global interpretation of art. 7(1) entitled Mr. Scoppola to a lesser punishment on which he had expressly *relied* in conducting his defence. At the time he committed his offences, the offences were punishable by life imprisonment and were not eligible for trial by summary procedure. A few months after Mr. Scoppola’s offences (in January 2000), a legislative change made the summary procedure available for Mr. Scoppola’s offences and stipulated that a person convicted of such offences through the summary procedure would be liable to face 30 years’ imprisonment, not life. The summary procedure represented a trade-off for the accused who elected it; it entailed a reduction in sentence upon conviction, but came at the expense of important procedural safeguards — such as the ability to present evidence in response to the prosecution’s case (para. 134). In reliance on that change, Mr. Scoppola elected to be tried by summary procedure. But a few months after that, on the very day he was convicted and sentenced, yet another legislative amendment entered into force, reverting the punishment for Mr. Scoppola’s offences back to life imprisonment. It was in these circumstances that the European Court of Human Rights agreed that Mr. Scoppola’s sentence of life imprisonment breached art. 7.

dans l’arrêt *Scoppola* s’appuyait sur une disposition de la législation pénale italienne qui semblait conférer un droit global :

L’article 2 du code pénal [...] de 1930, intitulé « Succession des lois pénales », se lit comme suit :

...

3. Si la loi en vigueur au moment où l’infraction a été commise et les [lois] postérieures sont différentes, on applique celle dont les dispositions sont les plus favorables à l’accusé, sauf s’il y a eu prononcé d’un jugement définitif. [Je souligne.]

(*Scoppola*, par. 32; voir aussi les par. 106 et 108.)

Ensuite, les faits de l’affaire *Scoppola* étaient tels qu’une interprétation globale du par. 7(1) accordait à M. Scoppola le droit au bénéfice de la peine la moins sévère sur laquelle il s’était expressément appuyé pour assurer sa défense. Au moment où il a commis ses infractions, celles-ci étaient passibles de l’emprisonnement à perpétuité et inadmissibles à un procès sommaire. Quelques mois après que M. Scoppola eut commis ses infractions (en janvier 2000), une modification législative a rendu possible le recours à la procédure sommaire dans le cas des infractions de M. Scoppola. Cette modification prévoyait qu’une personne reconnue coupable de ces infractions par suite d’une procédure sommaire devenait passible d’une peine d’emprisonnement de 30 ans, mais pas d’une peine d’emprisonnement à perpétuité. La procédure sommaire représentait un compromis pour l’accusé qui la choisissait; elle entraînait une réduction de peine au moment de la condamnation, mais cette réduction était offerte au détriment d’importantes garanties procédurales, notamment la possibilité de présenter des éléments de preuve en réponse à la preuve de la poursuite (par. 134). S’appuyant sur cette modification, M. Scoppola a choisi de subir un procès sommaire. Mais quelques mois plus tard, le jour même où il a été reconnu coupable et condamné, une autre modification législative est entrée en vigueur, ramenant la peine prévue pour les infractions commises par M. Scoppola à l’emprisonnement à perpétuité. C’est dans ces circonstances que la Cour européenne des droits de l’homme a reconnu que la peine d’emprisonnement à perpétuité infligée à M. Scoppola violait l’art. 7.

[108] In my view, it is significant that the European Court of Human Rights appeared to endorse a global right on such facts. The Court did not adopt a global approach in order to give an offender access to a punishment bearing no connection to the offender's conduct or proceedings. It adopted a global approach in response to a situation in which the offender had reasonably and detrimentally relied on an intervening provision.

[109] Given the legal and factual context in which *Scoppola* was decided, and the absence of any treatment of the distinction between a binary and a global interpretation in the majority's reasons, I do not find that the majority decision lends support to a global interpretation of s. 11(i).

(f) *Beyond the Section 11(i) Binary*

[110] While *Scoppola* does not justify recognizing a global right under s. 11(i) of the *Charter*, it does illustrate a potentially attractive feature of the global approach to s. 11(i): the global approach ensures that the offender will have access to lesser, past punishments on which the offender relied in making decisions implicating their liberty. On a strict binary approach to s. 11(i), an offender is only entitled to the lesser of the punishments under the laws in force at the time of commission and the time of sentencing. Such an approach prevents the offender from accessing a lesser punishment that was applicable when the offender cooperated with the police or entered a plea, for example.

[111] Concerned with this prospect, the Crown in this case is prepared to accept that, in addition to being entitled to the lesser of the two punishments mentioned in s. 11(i), an offender should also be entitled to benefit from any lesser punishment in place from the time of charge to the time of sentencing. In the Crown's view, it would prejudice offenders not to have access to lesser sentences on which they

[108] À mon avis, il est significatif que la Cour européenne des droits de l'homme ait semblé donner son aval à un droit global au vu des faits relatés ci-dessus. La Cour n'a pas adopté une interprétation globale dans le but de donner à un contrevenant l'accès à une peine n'ayant aucun rapport avec sa conduite ou la poursuite engagée contre lui. Elle a adopté une interprétation globale en réponse à une situation où le contrevenant s'était raisonnablement fondé, à son détriment, sur une disposition entrée en vigueur dans l'intervalle.

[109] Étant donné le contexte juridique et factuel dans lequel l'arrêt *Scoppola* a été rendu, et vu l'absence de tout examen de la distinction entre une interprétation binaire et une interprétation globale dans les motifs des juges majoritaires, j'estime que la décision des juges majoritaires n'appuie pas une interprétation globale de l'al. 11i).

f) *Au-delà de l'interprétation binaire de l'al. 11i)*

[110] Bien que l'arrêt *Scoppola* ne justifie pas de reconnaître que l'al. 11i) de la *Charte* confère un droit global, il fait ressortir une caractéristique potentiellement attrayante de la conception globale de l'al. 11i) : cette conception garantit que le contrevenant aura accès aux peines les moins sévères qui se sont appliquées antérieurement et sur lesquelles il s'est appuyé pour prendre des décisions ayant une incidence sur sa liberté. Selon une interprétation strictement binaire de l'al. 11i), le contrevenant n'a droit qu'à la moins sévère des peines prévues par les lois en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction et à celui de la sentence. Une telle interprétation empêche le contrevenant de bénéficier d'une peine moins sévère qui s'appliquait, par exemple, au moment où il a coopéré avec la police ou au moment où il a enregistré un plaidoyer.

[111] En l'espèce, soucieux de cette possibilité, le ministère public est disposé à accepter qu'en plus d'avoir le droit de bénéficier de la moins sévère des deux peines mentionnées à l'al. 11i), un contrevenant devrait aussi pouvoir bénéficier de toute peine moins sévère qui se serait appliquée entre le moment de l'inculpation et le moment de la sentence. De l'avis du ministère public, il serait préjudiciable aux

(detrimentally) relied in conducting their defences. While the Crown is only prepared to extend “time of sentencing” to “time of charge”, it seems to me that, on the Crown’s logic, offenders should also be entitled to benefit from any lesser punishment in place when they turned themselves in to the police, confessed, or otherwise detrimentally relied on the law in inculcating themselves — even pre-charge.

[112] Whether there is, or ought to be, a rule that offenders are entitled to the benefit of lesser sentences on which they *relied* in conducting their defences or inculcating themselves — either as a matter of s. 11(i), another section of the *Charter*, or common law principles — is a question best left for another case. The question does not arise in this case; there is no indication from the record, nor did the parties suggest, that during the time a conditional sentence was applicable to his offences, Mr. Poulin made decisions engaging his liberty in reliance on that sentence. As the facts of this case do not raise this question, the parties have not made the submissions required for this Court to address it judiciously.

[113] What is clear is that s. 11(i) does not guarantee to every offender the benefit of *every* change in punishment in the interval between the commission of the offence and sentencing. An offender is not entitled to lesser punishments which are wholly unconnected to significant legal events in the proceedings against them. A legitimate concern for granting the offender access to a punishment on which the offender relied does not justify a global interpretation of s. 11(i). As explained throughout these reasons, a global s. 11(i) would vastly overshoot the purposes of s. 11(i). Every single offender should not enjoy the constitutional right to the lowest punishment that has ever applied to their offence since they committed it so that those few offenders who relied on particular lesser punishments can gain access to those

contrevenants de ne pas pouvoir bénéficier des peines les moins sévères sur lesquelles ils se sont appuyés (à leur détriment) pour assurer leur défense. Bien que le ministère public ne soit disposé qu’à étendre la portée de l’expression « moment de la sentence » jusqu’au « moment de l’inculpation », il me semble que, selon la logique du ministère public, les contrevenants devraient aussi pouvoir bénéficier de toute peine moins sévère qui s’appliquait au moment où ils se sont rendus à la police, au moment où ils ont avoué ou à tout autre moment où ils se sont, à leur détriment, appuyés sur la loi pour s’incriminer — même avant l’inculpation.

[112] La question de savoir s’il existe, ou s’il devrait exister, une règle autorisant les contrevenants à bénéficier des peines les moins sévères sur lesquelles ils se sont *appuyés* pour assurer leur défense ou pour s’incriminer — que ce soit au titre de l’al. 11*i*), d’un autre article de la *Charte* ou de principes de common law — en est une qu’il vaudrait mieux traiter dans une autre affaire. Cette question ne se pose pas en l’espèce; rien dans le dossier n’indique, et les parties ne l’ont pas laissé entendre, que durant la période où une peine d’emprisonnement avec sursis s’appliquait à ses infractions, M. Poulin se soit appuyé sur cette peine pour prendre des décisions mettant en jeu sa liberté. Puisque les faits de l’espèce ne soulèvent pas cette question, les parties n’ont pas formulé les observations nécessaires pour permettre à notre Cour de l’examiner judicieusement.

[113] Ce qui est clair, c’est que l’al. 11*i*) ne garantit pas à chaque contrevenant le bénéfice de *chaque* modification apportée à la peine dans l’intervalle entre la perpétration de l’infraction et la sentence. Un contrevenant n’a pas droit au bénéfice des peines les moins sévères qui sont complètement sans rapport avec les principaux événements juridiques de la poursuite engagée contre lui. Une préoccupation légitime concernant le fait d’accorder à un contrevenant l’accès à une peine sur laquelle il s’est appuyé ne justifie pas une interprétation globale de l’al. 11*i*). Comme il a été expliqué tout au long des présents motifs, une interprétation globale de l’al. 11*i*) irait largement au-delà des objets de cet alinéa. Ce ne sont pas tous les contrevenants qui devraient jouir du droit constitutionnel à la peine la moins sévère

punishments. To read s. 11(i) globally for the benefit of those few offenders would be to use a cleaver where a scalpel suffices. The situation of those few offenders may, in a subsequent case, require a tailored response. It does not, in this case, call for an unjustified and non-purposive interpretation of s. 11(i).

[114] I therefore leave for another, more suitable, case the question of whether an offender has any legal entitlement to the benefit of a lesser punishment on which the offender actually relied. The rule of law and fairness considerations of such a case may give rise to a right and remedy under this, or another, section of the *Charter*.

[115] In leaving this question for another case, I am aware that, in *K.R.J.*, a majority of the Court made the following statement:

Relatedly, retrospective laws implicate fairness. “It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 754). For example, an accused who declines to consider a plea and is prepared to take the risk of going to trial should not be subsequently ambushed by an increase in the minimum or maximum penalty for the offence. A retrospective law such as this could not only cause unfairness in specific cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system. Instead, fairness in criminal punishment requires rules that are clear and certain. . . . [Emphasis added; para. 25.]

[116] I do not take this statement to have said anything conclusive about the binary/global debate, or about whether offenders are entitled to the benefit of punishments on which they relied. This is for two reasons. First, *K.R.J.* was not contemplating

s’étant appliquée à leur infraction depuis qu’ils l’ont commise de sorte que les quelques contrevenants qui se sont appuyés sur ces peines les moins sévères puissent en bénéficier. Interpréter l’al. 11i) de façon globale au profit de ces quelques contrevenants reviendrait à utiliser un couperet alors qu’un simple scalpel suffirait. La situation de ces quelques contrevenants pourrait, dans une affaire subséquente, nécessiter une réponse adaptée, mais en l’espèce, elle ne commande pas une interprétation de l’al. 11i) qui ne serait ni justifiée ni téléologique.

[114] Par conséquent, je vais laisser à un autre juge, dans une affaire qui s’y prêtera mieux, le soin de trancher la question de savoir si un contrevenant a légalement droit au bénéfice de la peine la moins sévère sur laquelle il s’est réellement appuyé. Dans une telle affaire, les principes de la primauté du droit et de l’équité pourraient donner naissance à un droit et à un recours au titre de cette disposition, ou de toute autre disposition, de la *Charte*.

[115] J’estime certes que cette question doit être tranchée dans une autre affaire, mais je suis consciente que, dans l’arrêt *K.R.J.*, les juges majoritaires de la Cour ont déclaré ce qui suit :

Dans le même ordre d’idées, la disposition d’application rétrospective met en cause l’équité. [TRADUCTION] « Il est injuste de fixer des règles, d’inviter les gens à s’y fier puis de les modifier en cours de route, surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 754). Par exemple, l’accusé qui refuse d’inscrire un plaidoyer de culpabilité et qui est disposé à courir le risque de subir un procès ne devrait pas ensuite se trouver pris au piège par l’accroissement de la peine minimale ou maximale dont est passible l’auteur de l’infraction. Un tel effet rétrospectif pourrait non seulement causer une injustice dans certains cas, mais aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle. L’équité de la sanction pénale commande plutôt que les règles soient claires et certaines . . . [Je souligne; par. 25.]

[116] Or, je ne crois pas que cet énoncé ait indiqué quoi que ce soit de concluant au sujet du débat entourant l’interprétation binaire ou globale, ni sur la question de savoir si les contrevenants ont droit au bénéfice des peines sur lesquelles ils se sont appuyés,

intermediary punishments under the laws in force in the interval between the offence and sentencing. The Court was merely comparing consecutive sentencing provisions (see paras. 9-11). The Court in *K.R.J.* was therefore not addressing the binary/global debate, or the question of reliance. Second, and most tellingly, the Court made this statement in the context of explaining why s. 11(i) entitles offenders to the lower punishment applicable when they committed their offence. The statement envisages the situation in which the punishment remains the same from the time of the offence through to the time of the offender's plea, but increases thereafter. As such, the statement does not speak to changes in punishment between the time of commission and sentencing, and whether offenders ought to have access to any of these.

(g) *Summary of Purposive Analysis*

[117] A purposive analysis of s. 11(i) leads me to conclude that it confers a binary right, not a global one. In particular, I find that the language and origins of s. 11(i) both confirm the purposes set out in *K.R.J.* — namely the rule of law and fairness — and indicate that s. 11(i) is intended to confer a binary right consistent with these purposes. It would not respect the purposes of s. 11(i) to read the right globally. Nor would it respect Parliament's role in adapting sentencing provisions, or the courts' role in crafting proportionate sentences under those provisions. While s. 11(i) embraces a degree of retrospectivity (in allowing the lesser current punishment to replace the harsher punishment at the time of the offence), this principled, purposive retrospectivity does not support an interpretation of s. 11(i) that embraces retrospectivity writ large.

et ce, pour deux raisons. D'abord, l'arrêt *K.R.J.* ne portait pas sur les peines intermédiaires prévues par les lois en vigueur dans l'intervalle entre la perpétration de l'infraction et la sentence. Dans cet arrêt, la Cour a simplement comparé des dispositions consécutives sur la détermination de la peine (voir par. 9-11). Elle ne s'est penchée ni sur le débat entourant l'interprétation binaire ou globale ni sur la question de savoir si le contrevenant s'est appuyé sur une disposition particulière. Ensuite, et c'est ce qui est le plus révélateur, la Cour a fait cette affirmation en expliquant pourquoi l'al. 11*i*) accorde aux contrevenants le bénéfice de la peine la moins sévère applicable au moment où ils ont commis leur infraction. L'énoncé envisage une situation où la peine demeurerait la même du moment de la perpétration de l'infraction jusqu'au moment du plaidoyer du contrevenant, mais s'aggraverait par la suite. Ainsi, l'énoncé ne porte pas sur les diverses peines qui se sont appliquées entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence, ni sur la question de savoir si les contrevenants devraient pouvoir bénéficier de l'une ou l'autre de ces peines.

g) *Résumé de l'analyse téléologique*

[117] Une analyse téléologique de l'al. 11*i*) m'amène à conclure que celui-ci confère un droit binaire et non un droit global. Plus particulièrement, j'estime que tant le libellé que les origines de l'al. 11*i*) confirment les objectifs qui le sous-tendent, lesquels sont énoncés dans l'arrêt *K.R.J.* — soit la primauté du droit et l'équité — et indiquent que l'al. 11*i*) vise à conférer un droit binaire qui s'accorde avec ces objectifs. Une interprétation globale du droit en question ne respecterait pas les objectifs de l'al. 11*i*). Elle ne respecterait pas non plus le rôle du législateur d'adapter les dispositions sur la détermination de la peine, ni le rôle des tribunaux de fixer des peines proportionnelles au titre de ces dispositions. Bien que l'al. 11*i*) prévoit un certain degré de rétrospectivité (en permettant que la peine actuelle moins sévère remplace la peine plus sévère applicable au moment de la perpétration de l'infraction), cette rétrospectivité téléologique, fondée sur des principes, n'appuie pas une interprétation de l'al. 11*i*) qui prévoit une rétrospectivité en termes larges.

(3) Application of Section 11(i) to the Respondent, Mr. Poulin

[118] In light of the parties' agreement that a conditional sentence was not applicable under the sentencing provisions in force either at the time of Mr. Poulin's acts of gross indecency (1979 to 1983) or at the time of his sentencing (May 2017), Mr. Poulin did not have the right to this sentence under s. 11(i) of the *Charter*. The courts below therefore erred in imposing it.

[119] The sentencing court was required to impose a sentence in accordance with the lesser punishment as between the punishment applicable at the time of the offence and the punishment applicable at the time of sentencing. In this regard, I note that the sentencing provision in force at the time of Mr. Poulin's gross indecencies would have offered the sentencing judge significant discretion to impose a sentence that would achieve the same objectives as the conditional sentence he ordered. At the time of Mr. Poulin's offences, the sentence for gross indecency was a maximum of five years' imprisonment (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C 34, s. 157).

[120] Given that he is now deceased, it is no longer necessary to sentence Mr. Poulin anew. There is no utility in passing a new sentence which the offender cannot serve (see, likewise, *R. v. R.N.S.*, 2000 SCC 7, [2000] 1 S.C.R. 149, at para. 22; *R.A.R.*, at para. 34).

V. Conclusion

[121] An offender is not entitled to the benefit of a temporary reduction in punishment which occurred in the interval between the time of commission and the time of sentencing. Both the sentencing judge and the Court of Appeal erred in sentencing Mr. Poulin to a punishment applicable under the laws in force only in that interval and upon which Mr. Poulin placed no reliance. I would therefore allow the appeal. However, given Mr. Poulin's recent death, I would decline

(3) Application de l'al. 11i) à l'intimé, M. Poulin

[118] Étant donné que les parties conviennent qu'une peine d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait pas suivant les dispositions sur la détermination de la peine en vigueur au moment où M. Poulin a commis ses actes de grossière indécence (de 1979 à 1983) ou au moment de sa sentence (mai 2017), M. Poulin n'avait pas droit à cette peine au titre de l'al. 11i) de la *Charte*. Les juridictions inférieures ont donc erré en l'infligeant.

[119] Le tribunal était tenu d'infliger une peine correspondant à la peine la moins sévère entre celle qui s'appliquait au moment de la perpétration de l'infraction et celle qui s'appliquait au moment de la sentence. À cet égard, je souligne que la disposition sur la détermination de la peine qui était en vigueur au moment où M. Poulin a commis ses actes de grossière indécence aurait offert au juge qui déterminait la peine toute la latitude voulue pour infliger une peine qui aurait permis d'atteindre les mêmes objectifs que la peine d'emprisonnement avec sursis qu'il a ordonnée. Au moment où M. Poulin a commis ses infractions, la peine applicable à une infraction de grossière indécence était une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement (*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 157).

[120] Puisque M. Poulin est maintenant décédé, il n'est plus nécessaire de le condamner de nouveau. Il est inutile de déterminer une nouvelle peine que le contrevenant ne peut purger (voir, dans la même veine, *R. c. R.N.S.*, 2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149, par. 22; *R.A.R.*, par. 34).

V. Conclusion

[121] Un contrevenant n'a pas droit au bénéfice d'un adoucissement temporaire de la peine survenu dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. Le juge qui a déterminé la peine et la Cour d'appel ont commis une erreur en condamnant M. Poulin à une peine applicable selon les lois en vigueur uniquement au cours de cet intervalle et sur laquelle M. Poulin ne s'est pas appuyé. J'accueillerai donc le pourvoi.

to remit the matter to the sentencing court or to pass a different sentence. The parties do not seek costs and I would not order any.

English version of the reasons of Abella, Karakatsanis and Brown JJ. delivered by

[122] KARAKATSANIS J. (dissenting) — Section 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees that any person found guilty of an offence has the right, if the punishment for the offence “has been varied between the time of commission and the time of sentencing”, to the benefit of the lesser punishment.

[123] The conditional sentence did not exist at the time when the respondent committed the criminal acts in this case. This type of punishment was introduced by Parliament almost a decade after the last of the impugned acts. It continued to be available for crimes of this nature for some time, but was revoked before he was charged. Did the respondent accordingly have a right to the benefit of this type of punishment? Canadian courts have consistently answered this question in the affirmative. Unlike my colleagues, I see no reason to authorize the continuation of the appeal despite the fact that it is now moot given the respondent’s death, or to depart from this consistent line of authority. I explain this below.

I. Facts and Proceedings

[124] Between 1979 and 1987, the respondent committed acts of a sexual nature against a young relative. These acts, which began with touching the young child’s genitals, escalated to sodomy when the child reached adolescence. The respondent was charged for the acts in 2014 and was convicted for them only in 2016, before being sentenced in 2017. During the almost 40 years that passed between the commission of the first offence and his sentencing, the legal framework for this type of crime underwent significant changes.

Toutefois, vu le récent décès de M. Poulin, je m’abstiendrais de renvoyer l’affaire au tribunal chargé de la détermination de la peine ou d’infliger une peine différente. Les parties n’ont pas demandé les dépens, et je n’en adjugerais aucuns.

Les motifs des juges Abella, Karakatsanis et Brown ont été rendus par

[122] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — L’alinéa 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à toute personne déclarée coupable d’une infraction le droit de bénéficier de la peine la moins sévère lorsque la peine qui sanctionne l’infraction « est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence ».

[123] En l’espèce, l’emprisonnement avec sursis n’existait pas lors de la perpétration par l’intimé des gestes criminels concernés. En effet, ce type de peine sera introduit par le Parlement un peu moins d’une dizaine d’années après les derniers gestes reprochés. Elle restera applicable à ce genre de crimes pendant une certaine période, puis sera abrogée pour ce genre de crimes avant que l’intimé ne soit inculpé. En conséquence, l’intimé avait-il le droit de bénéficier de ce type de peine? La jurisprudence canadienne répond de façon constante par l’affirmative à cette question. Contrairement à mes collègues, je ne vois aucune raison d’autoriser la poursuite de l’instance malgré son caractère théorique vu le décès de l’intimé, ou de nous écarter de cette jurisprudence constante. Voici pourquoi.

I. Faits et procédures

[124] Entre 1979 et 1987, l’intimé s’est livré à des gestes à caractère sexuel sur la personne de son jeune parent. Ces gestes, qui ont d’abord commencé par des attouchements aux parties génitales du jeune enfant, ont progressé jusqu’à la sodomie quand ce dernier est devenu un adolescent. L’intimé est inculpé de ces gestes en 2014, dont il n’est déclaré coupable qu’en 2016, avant de recevoir sa peine en 2017. Dans l’intervalle de presque 40 ans qui sépare la perpétration de la première infraction reprochée et le prononcé de la peine, le cadre juridique applicable à ce genre de crimes évolue de façon considérable.

[125] At the time of commission, the respondent's criminal acts fell under the offence of gross indecency: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 157. That offence did not entail a minimum sentence. The conditional sentence (also known as the "community sentence") did not exist.

[126] In the late 1980s, the offence of gross indecency was abolished, and it was eventually replaced with equivalent present-day offences, such as sexual assault and sexual interference: *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 4; see also *R. v. L. (J.-J.)*, [1998] R.J.Q. 971 (Que. C.A.).

[127] In 1996, Parliament introduced the conditional sentence: *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22, s. 6. The new s. 742.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which governed the conditional sentence, provided that this type of sentence could be imposed for any offence that was not punishable by a minimum term of imprisonment, which at that time included the offences of sexual assault and sexual interference.

[128] In 2005, Parliament imposed, for the first time, a minimum term of imprisonment for the offence of sexual interference: *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, s. 3. Seven years later, Parliament amended s. 742.1 such that it would no longer apply to the offence of sexual assault: *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 34. When the respondent was charged in 2014, therefore, and when he was convicted in 2016 and sentenced in 2017, the conditional sentence was no longer available as a punishment for the offences corresponding to the ones he had committed.

[129] At the sentencing hearing in 2017, Crown counsel suggested that the appropriate sentence would be a term of imprisonment for three and a half to five years. Defence counsel agreed that a sentence of three

[125] Au moment de la perpétration des infractions, les gestes criminels de l'intimé étaient visés par l'infraction de grossière indécence : *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 157. Cette infraction ne comportait aucune peine minimale. L'emprisonnement avec sursis (aussi appelé « emprisonnement dans la collectivité ») n'existait pas.

[126] Vers la fin des années 1980, l'infraction de grossière indécence est abrogée et, éventuellement, elle est remplacée par des infractions équivalentes contemporaines, telles que l'agression sexuelle et le contact sexuel illicite : *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.), art. 4; voir aussi : *R. c. L. (J.-J.)*, [1998] R.J.Q. 971 (C.A. Qc).

[127] En 1996, le Parlement instaure des peines d'emprisonnement avec sursis : *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22, art. 6. Le nouvel art. 742.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui régit l'emprisonnement avec sursis, prévoit alors que ce type de peine peut être appliqué à l'égard de toute infraction qui ne comporte pas de peine minimale, ce qui comprend alors l'agression sexuelle et le contact sexuel illicite.

[128] En 2005, le Parlement impose pour la première fois une peine minimale d'emprisonnement à l'égard de l'infraction de contact sexuel illicite : *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, art. 3. Sept ans plus tard, il modifie l'art. 742.1 afin de soustraire à son application l'infraction d'agression sexuelle : *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 34. Ainsi, lors de l'inculpation de l'intimé en 2014, puis de sa déclaration de culpabilité en 2016 et du prononcé de sa peine en 2017, l'emprisonnement avec sursis ne fait plus partie des peines possibles à l'égard des infractions qui correspondent à celles commises par l'intimé.

[129] En 2017, à l'audience de détermination de la peine, la procureure de la Couronne suggère que la peine appropriée est une peine d'emprisonnement de trois ans et demi à cinq ans. Le procureur de la

and a half years would be appropriate. Because the respondent was in poor health, however, he asked, on an exceptional basis, for a community sentence. In support of this request, he filed a medical report to the effect that he had a variety of physical ailments as well as a degenerative neurological disorder. The judge found that the respondent, who was no longer really autonomous, faced the cessation of treatment and death in either the short- or the medium-term future.

[130] While acknowledging that an offender's poor health is not in itself a decisive sentencing factor, the judge noted that in this case, the respondent would represent a very heavy burden for the penitentiary system. Although prison officials said that they would be able to assume that responsibility, the judge pointed out that the respondent's situation would be [TRANSLATION] "exactly the same" in a penitentiary hospital as in the extended care facility where he was then living.

[131] The judge recognized that the conditional sentence had not existed at the time when the offences were committed. At the hearing, he asked counsel questions about the possibility of imposing such a sentence, which, everyone agreed, is not one that could be imposed without the protection of s. 11(i). In their submissions, both counsel avoided the question of the temporal aspect of the application of s. 11(i), focusing instead on the various forms taken by the offences and by s. 742.1 itself.

[132] In the end, the judge ruled in the respondent's favour. He found that any offender has a right to the benefit of the lesser punishment that applied between the time of commission of the offence and the time of sentencing, which meant that the conditional sentence was one of the sentences that could be imposed. Being of the view that the exceptional case before him called for an exceptional solution, the judge sentenced the respondent to a term of two years less a day to be served in the community.

[133] The Court of Appeal unanimously affirmed that decision. Dutil J.A. rightly pointed to the great

défense est d'accord pour dire qu'une peine de trois ans et demi serait appropriée. Or, comme son état de santé est précaire, l'intimé demande, à titre de mesure exceptionnelle, une peine d'emprisonnement dans la collectivité. Au soutien de sa demande, il dépose un rapport médical indiquant qu'il souffre de diverses difficultés physiques ainsi que d'une maladie dégénérative neurologique. Le juge conclut que l'intimé, qui n'a plus de réelle autonomie, se dirige vers une cessation des traitements et la mort à court ou à moyen terme.

[130] Tout en reconnaissant que le mauvais état de santé d'un délinquant ne constitue pas en soi un facteur décisif pour déterminer la peine à lui infliger, le juge constate qu'en l'espèce l'intimé représentera un très lourd fardeau pour les institutions pénitentiaires. Quoique les autorités carcérales se disent capables d'assumer cette charge, le juge fait observer que la situation de l'intimé sera « exactement la même », qu'il soit à l'infirmerie du pénitencier ou dans le centre de soins qui l'héberge alors.

[131] Le juge reconnaît que l'emprisonnement avec sursis n'existait pas au moment de la perpétration des infractions. Lors de l'audience, il pose des questions aux procureurs quant à la possibilité d'infliger une telle peine qui, de l'aveu de tous, n'est pas une peine qui pourrait être imposée sans la protection qu'offre l'al. 11*i*). De part et d'autre, les procureurs esquivent dans leurs observations la question de l'aspect temporel de l'application de l'al. 11*i*), et s'attachent plutôt aux multiples moutures des infractions et de l'art. 742.1 lui-même.

[132] Finalement, le juge tranche en faveur de l'intimé. Il estime que tout contrevenant a le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui ait été applicable entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de l'infliction de la peine. En conséquence, l'emprisonnement avec sursis fait partie des peines pouvant être infligées. Étant d'avis que le cas exceptionnel dont il est saisi appelle une solution exceptionnelle, le juge condamne l'intimé à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à être purgée dans la collectivité.

[133] La Cour d'appel confirme ce jugement à l'unanimité. La juge Dutil souligne avec justesse la

deference shown by appellate courts to the decisions of sentencing judges. She acknowledged that the evidence did not justify the sentencing judge's conclusion regarding the respondent's health, but held that this was not an overriding error. Citing *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (Que. C.A.), Dutil J.A. rejected Crown counsel's argument that s. 11(i) guarantees the benefit only of the sentences that applied at two specific times, that of commission of the offence and that of sentencing — a position that had not been thoroughly argued at the sentencing hearing. In her view, *Belzil* instead confirms the interpretation to the effect that s. 11(i) guarantees that the accused has a right to the benefit of any sentence that applied *between* those two times, [TRANSLATION] “even if there has been only a temporary reduction of the sentence between the time of the offence and that of sentencing”: 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, at para. 33. This meant that it had been open to the sentencing judge to impose a conditional sentence.

[134] This Court granted the Crown's application for leave to appeal in October 2018. The respondent died on February 22, 2019 without having filed his factum. At that time, part of his sentence remained to be served, as a motion to suspend the sentence had been dismissed by Doyon J.A. in July 2017: 2017 QCCA 1137, at para. 12 (CanLII).

[135] A week later, Crown counsel filed a motion for authorization to proceed with the appeal despite the respondent's death. Although he recognized that this Court has a discretion to refuse to hear the case, Crown counsel argued that proceeding with the appeal was in the interests of justice. In his opinion, the question of law in this case is one that is often evasive of appellate review and one that transcends the individual case of the respondent. He submitted that to decline to proceed with the appeal would just postpone this Court's inevitable consideration of the question and would at the same time waste the judicial resources that the Court had already expended on this appeal.

grande déférence dont font montre les cours d'appel envers les décisions sur la peine prononcées en première instance. Elle reconnaît que le juge de première instance a conclu au-delà de ce que lui permettait la preuve quant à l'état de santé de l'intimé. Toutefois, selon elle, cette erreur n'est pas déterminante. Citant l'arrêt *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (C.A. Qc), la juge Dutil rejette l'argument du procureur de la Couronne voulant que l'al. 11*i* ne garantisse que le bénéfice des peines applicables à deux moments précis, soit celui de la perpétration de l'infraction et celui du prononcé de la peine — un argument qui n'avait pas fait l'objet d'un débat approfondi en première instance. De l'avis de la juge Dutil, l'arrêt *Belzil* confirme plutôt l'interprétation selon laquelle l'al. 11*i* garantit à l'accusé le droit de bénéficier de toute peine applicable *entre* ces deux moments, « même s'il n'y a eu qu'un adoucissement temporaire de la peine survenu entre le moment de l'infraction et celui de l'imposition de la peine » : 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, par. 33. Par conséquent, il était loisible au premier juge d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis.

[134] En octobre 2018, notre Cour accueille la demande d'autorisation d'appel de la Couronne. L'intimé décède le 22 février 2019, sans avoir déposé son mémoire. Il lui reste toujours une partie de sa peine à purger, la requête sollicitant la suspension de l'exécution de sa peine ayant été rejetée par le juge Doyon de la Cour d'appel en juillet 2017 : 2017 QCCA 1137, par. 12 (CanLII).

[135] Une semaine plus tard, le procureur de la Couronne dépose une requête en autorisation de poursuivre l'instance malgré le décès de l'intimé. Bien qu'il reconnaisse que la Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de statuer sur la présente affaire, le procureur de la Couronne prétend que l'intérêt de la justice commande la poursuite de l'instance. À son avis, la question de droit en litige échappe souvent à l'examen des tribunaux d'appel et transcende le cas individuel de l'intimé. Selon lui, refuser la poursuite de l'instance ne ferait que repousser à plus tard l'inévitable examen de la question par notre Cour, tout en gaspillant les ressources judiciaires déjà affectées par celle-ci au présent pourvoi.

[136] A few days after that, counsel for the respondent filed their response to the appellant’s motion. In it, they indicated that the executor of the deceased respondent, his daughter, did not wish to proceed with the appeal, but that she had nonetheless instructed them to defend the position the respondent had advanced while still alive should the Court decide to hear the case.

II. Issues

[137] There are two issues in this appeal. First, should the Court exercise its discretion and hear this appeal that has become moot as a result of the respondent’s death? Second, should the Court overturn 30 years of consistent case law on the interpretation of s. 11(i) of the *Charter*? I would answer both these questions in the negative.

III. Mootness of the Appeal

[138] The Court noted in *Smith* that “cases in which it will be proper to exercise jurisdiction to hear a moot criminal appeal will be rare and exceptional”: *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, at para. 10. In that case, it listed five “helpful rather than exhaustive” factors that can be considered in deciding whether there are special circumstances that make it in “the interests of justice” to proceed with an appeal that has been rendered moot: para. 50. These five factors are as follows:

1. whether the appeal will proceed in a proper adversarial context;
2. the strength of the grounds of the appeal;
3. whether there are special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, including:
 - (a) a legal issue of general public importance, particularly if it is otherwise evasive of appellate review;
 - (b) a systemic issue related to the administration of justice;

[136] Quelques jours plus tard, les procureurs de l’intimé déposent leur réponse à la requête de l’appellante. Ils y indiquent que l’exécutrice testamentaire du défunt intimé, sa fille, ne souhaite pas poursuivre l’instance, mais leur a néanmoins confié le mandat de défendre la position avancée par l’intimé de son vivant, advenant que la Cour accepte d’entendre l’affaire.

II. Questions en litige

[137] Il y a deux questions en litige dans le présent appel. Premièrement, la Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et accepter d’entendre cet appel, devenu théorique par suite du décès de l’intimé? Deuxièmement, la Cour devrait-elle renverser 30 ans de jurisprudence constante sur l’interprétation de l’al. 11i) de la *Charte*? Je réponds à ces deux questions par la négative.

III. Le caractère théorique de l’appel

[138] Dans l’arrêt *Smith*, la Cour souligne que « [c]e n’est que rarement et à titre exceptionnel qu’il sera opportun d’exercer le pouvoir d’entendre un appel théorique en matière criminelle » : *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, par. 10. Elle y dresse une liste de cinq facteurs « plutôt utiles qu’exhaustifs » qui peuvent être pris en considération afin de décider si des circonstances spéciales font en sorte qu’il est dans « l’intérêt de la justice » de poursuivre une instance devenue théorique : par. 50. Ces cinq facteurs sont les suivants :

1. l’existence d’un débat contradictoire approprié à la poursuite de l’instance en appel;
2. le sérieux des motifs d’appel;
3. l’existence de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l’appelant ou de l’intimé, dont :
 - a) une question de droit d’intérêt général, particulièrement s’il s’agit d’une question qui échappe ordinairement à l’examen en appel;
 - b) une question de nature systémique ayant trait à l’administration de la justice;

- | | |
|---|---|
| <p>(c) collateral consequences to the family of the deceased or to other interested persons or to the public;</p> <p>4. whether the nature of the order which could be made by the appellate court justifies the expenditure of limited judicial (or court) resources to resolve a moot appeal;</p> <p>5. whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the court in free-standing, legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself. [para. 50]</p> | <p>c) les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public;</p> <p>4. la question de savoir si la nature de l'ordonnance que pourrait rendre la cour d'appel justifie l'affectation de ses ressources limitées au règlement d'un appel théorique;</p> <p>5. la question de savoir si, en poursuivant l'instance en appel, la cour n'excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu'il vaut mieux laisser au législateur. [par. 50]</p> |
|---|---|

[139] In my view, this case is one of the “overwhelming number of cases” in which proceeding with the appeal would not be in the “interests of justice”: *Smith*, at para. 46.

[139] Je suis d'avis que la présente affaire fait partie de la « très grande majorité des cas » dans lesquels la poursuite de l'instance ne serait pas dans l'« intérêt de la justice » : *Smith*, par. 46.

[140] First, I find it hard to conclude that a real adversarial context exists. Although the sentencing judge did raise the question of the application of s. 11(i), the temporal aspect of the application of this paragraph was not argued at the sentencing hearing. The judge's reasons on this point were particularly brief and cited no authorities. And although the Court of Appeal also touched on the question of the interpretation of this *Charter* right at the end of its reasons, it did not discuss this question in detail either.

[140] Premièrement, j'ai de la difficulté à conclure à l'existence d'un véritable débat contradictoire. Bien que le juge de première instance ait soulevé la question de l'application de l'al. 11*i*), l'aspect temporel de l'application de cette disposition n'a pas été débattu lors de l'audience de détermination de la peine. Les motifs du premier juge sur cette question sont des plus brefs et ne font état d'aucune source faisant autorité. Pour sa part, la Cour d'appel effleure elle aussi la question de l'interprétation de ce droit garanti par la *Charte* à la fin de son jugement, mais elle ne se livre pas elle non plus à une analyse fouillée de cette question.

[141] Moreover, this is hardly surprising given that there have since 1989 been some 15 judicial decisions — including five from courts of appeal — in which a single interpretation of s. 11(i) — the one adopted by the Quebec courts in the instant case — has been applied. Where the courts below have followed what is not just a majority but a unanimous line of cases, it seems to me that deference is in order on appeal. As I will explain below, the strength of Crown counsel's grounds of appeal is undermined by the solid reasoning that supports that jurisprudence.

[141] D'ailleurs, ceci n'est guère surprenant si l'on considère qu'environ une quinzaine de décisions judiciaires rendues depuis 1989 — dont cinq qui émanent de cours d'appel — ont appliqué une seule interprétation de l'al. 11*i*), soit celle retenue par les tribunaux québécois dans la présente instance. Lorsque les tribunaux inférieurs ont suivi un courant jurisprudentiel non seulement majoritaire, mais unanime, il me semble que la déférence est de mise en appel. Pour les raisons que j'expose plus loin, le sérieux des motifs d'appel invoqués par le procureur de la Couronne est affaibli par le solide raisonnement qui étaye cette jurisprudence.

[142] Second, while it is true that any issue concerning the interpretation of a *Charter* provision is always of great importance, there are no special circumstances in this case that transcend the death of the respondent. This Court has frequently exercised its discretion and agreed to hear a moot appeal on an issue that is ordinarily evasive of review by courts or on which there is uncertainty in the case law: see, e.g., *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 360-61. But in light of 30 years of consistent case law on this issue, I cannot accept the argument that we are facing conflicting lines of cases or the argument that the issue before us is one that is ordinarily evasive of appellate review. It became clear that there is no difference of opinion between courts when the only intervener who supports the appellant's interpretation — the only attorney general who saw fit to intervene — was unable to identify a single Canadian authority in support of that interpretation.

[143] Finally, the inequity of proceeding with an appeal against a deceased offender despite opposition from his family seems obvious to me. That doing so is excessive is clear from the conclusions being sought by the Crown in its motion. Rather than seeking a declaration with respect to the interpretation of s. 11(i), the Crown asks the Court to set aside a sentence imposed on a deceased man and to substitute for it the sentence the Court considers appropriate before simply staying the new sentence. This appeal should not have been heard.

[144] For the foregoing reasons, I would dismiss the motion to proceed with the appeal.

IV. Interpretation of Section 11(i) of the *Charter*

[145] The Crown submits that the Court of Appeal erred in interpreting s. 11(i). In the Crown's opinion, s. 11(i) provides that any offender has the right to the benefit of the lesser punishment, but *only* between two punishments: the one that applied at the time of commission and the one that applied at the time of sentencing. It argues that the interpretation

[142] Deuxièmement, bien qu'une question portant sur l'interprétation d'une disposition de la *Charte* soit toujours d'une grande importance, il n'existe pas en l'espèce de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l'intimé. Notre Cour a fréquemment exercé son pouvoir discrétionnaire et accepté d'entendre un appel théorique lorsque la question en litige échappe ordinairement à l'examen des tribunaux ou fait l'objet d'une incertitude dans la jurisprudence : voir, p. ex., *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 360-361. Or, face à 30 ans de jurisprudence constante sur la question en litige, je ne peux pas me rallier aux arguments selon lesquels nous serions en présence d'une controverse jurisprudentielle ou d'une question qui échappe ordinairement à l'examen des tribunaux d'appel. L'absence de toute controverse jurisprudentielle est devenue évidente lorsque le seul intervenant qui appuie l'interprétation de l'appelante — à savoir le seul procureur général qui a jugé bon d'intervenir — s'est avéré incapable de faire état d'une seule autorité canadienne au soutien de l'interprétation proposée par l'appelante.

[143] Enfin, l'inéquité du fait de poursuivre une instance contre un délinquant décédé, malgré l'opposition de sa famille, me semble évidente. Le caractère démesuré de cette démarche ressort clairement des conclusions recherchées dans la requête de la Couronne. Au lieu de solliciter une déclaration quant à l'interprétation de l'al. 11*i*), cette dernière demande à la Cour d'infirmer la peine qui a été infligée à un homme décédé et d'y substituer la peine qu'elle estime appropriée seulement pour surseoir à cette dernière. Le présent appel n'aurait pas dû être entendu.

[144] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais la requête en poursuite de l'instance.

IV. Interprétation de l'al. 11*i* de la *Charte*

[145] La Couronne prétend que la Cour d'appel a mal interprété l'al. 11*i*). Selon la Couronne, cet alinéa signifie que tout contrevenant a droit au bénéfice de la peine la moins sévère, mais *seulement* parmi deux peines, soit la peine applicable au moment de la perpétration de l'infraction et celle qui s'appliquait au moment du prononcé de la sentence. À son

adopted by the courts is contrary to the three objects of s. 11(i): (1) protection from the retrospective imposition of a harsher punishment than the one that applied at the time of commission of the offence; (2) preservation of the principle of fairness that enables an accused to make decisions in relation to his or her criminal liability in light of the existing law, which the Crown limits to the times of commission of the offence, of the laying of charges and of sentencing; and (3) the principle that Canadian courts impose punishments that correspond to the stigma that contemporary society associates with the offence.

[146] The respondent contends that the interpretation adopted unanimously by the Canadian courts is the right one. In his opinion, the words of s. 11(i) are perfectly clear: an offender is guaranteed the mildest punishment that applied during the period *between* (“*entre*”) the time of commission and the time of sentencing. Its wording suggests no limit in the number of variations in punishments that there might be over that period, which could easily have been indicated by replacing the word “between” with “or”: the punishment available “at the time of commission of the offence or at the time of sentencing” (R.F., at para. 49 (emphasis in original)). The respondent argues that the interpretation proposed by the appellant, the effect of which would be to unjustifiably separate the various stages of the criminal process for the purpose of applying s. 11(i), is impractical.

[147] For 30 years, the Canadian courts have interpreted s. 11(i) consistently, holding that it guarantees any offender the benefit of the lesser sentence that applied between the time of commission of the offence and the time of sentencing. This conclusion has been reached in five cases in which courts had directly addressed the question raised in this appeal, that is, the possibility of imposing a conditional sentence for what is described as a “historical” sexual assault: see *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. G.C.D.*, 2011 MBQB 235, 271 Man. R. (2d) 41; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d)

avis, l’interprétation adoptée par la jurisprudence est contraire aux trois objets de l’al. 11*i*), à savoir : (1) la protection contre l’infliction rétrospective d’une peine plus sévère que celle qui était applicable au moment de la perpétration de l’infraction; (2) la préservation du principe d’équité qui permet à l’inculpé de prendre des décisions concernant sa responsabilité criminelle sur la foi du droit en vigueur — que la Couronne limite aux moments de la perpétration de l’infraction, de l’inculpation et de la sentence; et (3) le principe selon lequel les tribunaux canadiens infligent des peines qui correspondent au degré de réprobation sociale contemporaine associé à l’infraction.

[146] L’intimé avance que l’interprétation retenue par l’ensemble de la jurisprudence canadienne est la bonne. Selon lui, le texte de l’alinéa est limpide : c’est la peine la plus clémente qui ait été applicable dans l’intervalle *entre* (« *between* ») le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence qui est garantie au contrevenant. Le libellé ne suggère aucune limite quant au nombre de variations de la peine pouvant survenir dans cet intervalle — ce qui aurait été facile à indiquer en remplaçant le mot « *entre* » par le mot « *ou* » : « la peine en vigueur au moment de la commission de l’infraction ou celle en vigueur au moment de l’imposition de la peine » (m.i., par. 49 (souligné dans l’original)). L’intimé qualifie de peu pratique l’interprétation proposée par l’appelante, qui a pour effet de morceler de manière injustifiée les différentes étapes du processus pénal pour l’application de l’al. 11*i*).

[147] Pendant 30 ans, les tribunaux canadiens ont interprété l’al. 11*i*) de façon constante, concluant que cette disposition garantit à tout contrevenant le bénéfice de la peine la moins sévère qui ait été applicable entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence. Dans cinq décisions, le tribunal est arrivé à cette conclusion après s’être penché directement sur la question soulevée par le présent appel, soit celle de la possibilité d’infliger une peine d’emprisonnement avec sursis pour une agression sexuelle dite « historique » : voir *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. G.C.D.*, 2011 MBQB 235,

271. In some cases, the same reasoning has been adopted implicitly: *R. v. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. v. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. v. Palacios*, 2012 ONCJ 195. In other cases, the *same* interpretation has been applied in contexts as varied as eligibility for parole after being convicted of murder (*Belzil*), effect of new rules for “faint hope” applications (*R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88) and changes to the rules applicable to dangerous offenders (*R. v. F.C.*, 2018 ONSC 561). Not to mention, finally, that there have been a series of Ontario cases in which Crown counsel have *conceded* the opposite interpretation to the one the Crown is advancing here: *R. v. Boudreau*, 2012 ONCJ 322, at para. 50 (CanLII); *R. v. D.P.*, 2014 ONSC 386, at para. 10 (CanLII); *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161, at para. 47.

[148] The approach taken in the above decisions finds ample support in the words of s. 11(i), which suggest a continuum *between* the time of commission and the time of sentencing: see, e.g., *Cadman*, at paras. 31-46. See also: M. Vauclair and T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (26th ed. 2019), at para. 2743. In my opinion, this interpretation is dictated by both the English and the French versions of s. 11(i):

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

11. Tout inculpé a le droit :

...

271 Man. R. (2d) 41; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271. Dans certaines décisions, le tribunal a adopté le même raisonnement de façon implicite : *R. c. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. c. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. c. Palacios*, 2012 ONCJ 195. Dans d’autres encore, le tribunal a appliqué la *même* interprétation dans des contextes aussi variés que l’admissibilité à une libération conditionnelle suivant une déclaration de culpabilité pour meurtre : *Belzil*; l’application de nouvelles règles à des demandes dites [TRADUCTION] « du faible espoir » : *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88; et la modification des règles applicables aux délinquants dangereux : *R. c. F.C.*, 2018 ONSC 561. Sans compter, enfin, une série de décisions ontariennes dans lesquelles les procureurs de la Couronne ont *concedé* l’interprétation opposée à celle avancée par la Couronne dans la présente instance : *R. c. Boudreau*, 2012 ONCJ 322, par. 50 (CanLII); *R. c. D.P.*, 2014 ONSC 386, par. 10 (CanLII); *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161, par. 47.

[148] L’approche adoptée dans les décisions précitées est amplement appuyée par le texte de l’al. 11*i*), dont la formulation suggère un continuum *entre* le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence : voir, notamment, *Cadman*, par. 31-46. Voir aussi : M. Vauclair et T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (26^e éd. 2019), par. 2743. À mon avis, tant la version anglaise que la version française de l’al. 11*i*) exigent cette interprétation :

11. Tout inculpé a le droit :

...

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

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

[149] I am not convinced that the English word “lesser” dictates a “binary” interpretation: see, e.g., *Collins Canadian Dictionary* (2010), definition of “lesser”, “not as great in quantity, size, or worth”; *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), definition of “lesser”, “not so great or much as the other or the rest” (emphasis added). A non-binary interpretation of “lesser” corresponds to the French version — “*la peine la moins sévère*” — which is in no way limited to a dual comparison: *Le Petit Robert* (new ed. 2012), definition of “*le moins*”, [TRANSLATION] “superlative of *peu* (little, not much)”.

[150] If the legislature had intended to codify the restrictive interpretation proposed by the appellant, a more precise wording would have been necessary. The appellant’s submissions clearly show that there was no shortage of examples of such wordings: see, e.g., *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, at paras. 29 et seq.

[151] A technical construction such as the one proposed by the appellant is contrary to this Court’s conclusion that a generous *and* purposive approach must be taken to the interpretation of *Charter* rights: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 17. Moreover, the Court has held that the meaning of a *Charter* provision cannot be limited to rights and freedoms that existed before the enactment of the *Charter*, whether by virtue of the common law, international law or otherwise: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 360; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 123; *Big M Drug Mart Ltd.*

[152] The interpretation adopted by other Canadian courts reflects two objects of s. 11(i) identified by this Court, namely the rule of law and ensuring

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

[149] Je ne suis pas convaincue que le mot anglais « *lesser* » commande une interprétation dite « binaire » : voir, p. ex., *Collins Canadian Dictionary* (2010), *sub verbo* « *lesser* » : « *not as great in quantity, size, or worth* »; *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004), *sub verbo* « *lesser* » : « *not so great or much as the other or the rest* » (je souligne). Une interprétation non binaire de « *lesser* » correspond à la version française, « *la peine la moins sévère* » qui n’est aucunement limitée à une comparaison duale : *Le Petit Robert* (nouvelle éd. 2012), *sub verbo* « *le moins* », « superlatif de *peu* ».

[150] Si le législateur avait voulu codifier l’interprétation restreinte proposée par l’appelante, une formulation plus précise aurait été nécessaire. Les observations de l’appelante montrent bien que les exemples de formulations plus précises ne manquaient pas : voir, p. ex., *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, par. 29 et suiv.

[151] L’application d’une interprétation formaliste comme celle avancée par l’appelante va à l’encontre des enseignements de notre Cour voulant que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon libérale *et* en fonction de l’objet visé : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17. De plus, la Cour a déjà statué que le sens d’une disposition de la *Charte* ne saurait être limité aux droits et libertés qui existaient antérieurement à l’édiction de la *Charte*, que ce soit en vertu de la common law, du droit international ou autrement : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 360; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 123; *Big M Drug Mart Ltd.*

[152] L’interprétation adoptée par les autres cours canadiennes reflète deux objets de l’al. 11i) dégagés par notre Cour : la primauté du droit et la garantie

fairness in criminal proceedings (*R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 27). As Lord Diplock put it, “acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it” (*Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 638). A change in the possible consequences of such a course of action could not only cause unfairness in certain cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system: *K.R.J.*, at paras. 23 and 25.

[153] The interpretation proposed by the appellant would limit the application of these objects to two steps in the criminal process. In my view, there is no principled argument that would justify such a limitation, which is undermined by, among other things, the appellant’s concession that the time of sentencing includes — possibly — the period after the charge is laid. The example given in *K.R.J.* — of an accused who, on the strength of an existing punishment, declines to enter a guilty plea and is prepared to take the risk of going to trial — was in no way limiting. On the contrary, there are *several* points in the course of a criminal investigation and prosecution — before the time of sentencing — at which an individual might be required to make choices in light of punishments then applicable. Some choices might include, among others, the decision whether to cooperate in an investigation, whether to exercise the right to remain silent, whether to enter a plea or whether to submit a joint submission to the sentencing judge. With respect, it seems artificial to fix at only two specific points in time the moment when knowledge of the applicable rules would be more important for a person who has been or may be charged. In fact, this right is grounded in the very possibility that an accused will be required to make choices in light of the existing law at various points in the criminal process. The protection of s. 11(i) cannot be contingent on evidence that the accused relied on the existing law.

[154] Nor am I convinced that the possibility that the interpretation adopted by the courts will

de l’équité des procédures criminelles (*R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 27). Comme le dit lord Diplock, [TRADUCTION] « l’acceptation de la primauté du droit en tant que principe constitutionnel exige qu’un citoyen, avant d’adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l’avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » (*Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638). Un changement aux conséquences qui découleraient d’une telle ligne de conduite pourrait non seulement donner lieu à une injustice dans certains cas, mais pourrait aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle : *K.R.J.*, par. 23 et 25.

[153] L’interprétation préconisée par l’appelante restreindrait l’application de ces objets à deux étapes du processus pénal. À mon avis, aucun argument fondé sur des principes ne justifie une telle restriction, qui est affaiblie, entre autres, par la concession de l’appelante portant que le moment de la sentence comprend — possiblement — la période qui suit l’inculpation. L’exemple fourni dans *K.R.J.* — celui de l’accusé qui, sur la foi d’une peine existante, refuse d’inscrire un plaidoyer de culpabilité et est prêt à courir le risque de subir un procès — n’était aucunement limitatif. Au contraire, il y a, au cours des enquêtes et poursuites pénales — avant l’infliction de la peine —, *plusieurs* moments où un individu peut être appelé à faire des choix sur la foi des peines alors applicables. À titre d’exemple, on peut penser à la décision de coopérer ou non lors d’une enquête, d’exercer ou non son droit de garder le silence, d’inscrire ou non un plaidoyer, de soumettre ou non une suggestion commune au juge de la peine, et j’en passe. Avec égards, il m’apparaît artificiel de fixer à deux points précis dans le temps le moment où la connaissance des règles du jeu serait plus importante pour une personne inculpée ou susceptible de l’être. Car, en effet, c’est précisément la possibilité qu’un inculpé ait, à plusieurs moments du processus pénal, à effectuer des choix sur la foi du droit en vigueur qui est à la base de ce droit. La protection de l’al. 11*i*) ne saurait être conditionnelle à une preuve que l’inculpé s’est fié au droit en vigueur.

[154] Je ne suis pas davantage persuadée que la possibilité que l’interprétation retenue par la

complicate the analysis of the applicable punishments should weigh against it. First, counsel for the intervenor the Attorney General of Ontario was unaware of any problems arising from the law as it now stands with respect to the interpretation of s. 11(i), which has applied for at least 30 years. Second, Canadian courts habitually consider the possibility of less restrictive sanctions — indeed, they are required to by the *Criminal Code*: s. 718.2(d) and (e). All things considered, the time of commission of the offence and the time of sentencing will in most cases not be as far apart as in historical sexual assault cases. The possibility that a punishment will be varied several times in the intervening period is therefore also more remote. I think it would be imprudent to rule out an interpretation that provides offenders with more substantial protection where there is no evidence that there are real difficulties, especially in light of the actual wording of the provision.

[155] Finally, the appellant argues that s. 11(i) has a third object: to ensure that the imposed punishment corresponds to the social stigma associated with the offence at the time of sentencing. With respect, this proposal seems to confuse the *availability* of a punishment with its fairness and appropriateness. Crafting a fair and appropriate punishment is a highly individualized exercise that involves a variety of factors, including the gravity of the offence, the extent of the offender's responsibility and the specific circumstances of each case: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 58. But the fact that a punishment is available in no way means that it will, if imposed, be fair and appropriate in the case in question. In a case involving multiple incidents in which serious acts of sexual abuse were committed against a young relative, it may be that the conditional sentence was not a fair and appropriate punishment. But that is not the question before the Court.

[156] For these reasons, I would dismiss the appeal on the merits.

Appeal allowed, ABELLA, KARAKATSANIS and BROWN JJ. dissenting.

jurisprudence alourdisse l'analyse des peines applicables devrait militer contre celle-ci. D'une part, l'avocat de l'intervenant le procureur général de l'Ontario n'était au fait d'aucun problème que soulève le droit actuel concernant l'interprétation de l'al. 11i), interprétation qui s'applique depuis au moins 30 ans. D'autre part, les tribunaux canadiens sont habitués à examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes — en effet, c'est ce que leur exige le *Code criminel* : al. 718.2d) et e). Au demeurant, dans la plupart des cas, le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence seront moins éloignés dans le temps que dans les affaires d'agressions sexuelles historiques. La possibilité qu'une peine soit modifiée plusieurs fois dans l'intervalle s'en trouve donc aussi amoindrie. Il me semble téméraire d'écarter une interprétation qui offre une protection plus importante aux contrevenants en l'absence de toute preuve de l'existence des difficultés, surtout à la lumière du libellé exprès de la disposition.

[155] Enfin, suivant l'appelante, l'al. 11i) a un troisième objet, garantir que la peine infligée corresponde au degré de réprobation sociale associé à l'infraction au moment où la peine est infligée. Avec égards, cette proposition semble confondre la question de la *disponibilité* d'une peine et la nature juste et appropriée de celle-ci. La détermination d'une peine juste et appropriée est un exercice éminemment individualisé, qui fait appel à une panoplie de facteurs dont la gravité de l'infraction, le degré de responsabilité du délinquant et les circonstances particulières de chaque cas : *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 58. Cependant, la disponibilité d'une peine n'indique aucunement que son infliction sera juste et appropriée dans le cas en question. Dans une affaire concernant de multiples abus sexuels sérieux contre un jeune parent, il se peut que l'emprisonnement avec sursis ne soit pas une peine juste et appropriée. Or, ceci n'est pas la question dont nous sommes saisis.

[156] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel sur le fond.

Pourvoi accueilli, les juges ABELLA, KARAKATSANIS et BROWN sont dissidents.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Poitras, Fournier, Cossette, Granby; Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

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

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Carette Desjardins, Montréal.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Rusonik, O'Connor, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Edward Royle & Partners, Toronto.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Longueuil.

Procureurs de l'intimé : Poitras, Fournier, Cossette, Granby; Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Carette Desjardins, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Rusonik, O'Connor, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Edward Royle & Partners, Toronto.

Nicholas Gregory Kernaz *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KERNAZ

2019 SCC 48

File No.: 38642.

2019: October 18.

Present: Abella, Moldaver, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Criminal law — Controlled drugs and substances — Possession of controlled substances for purpose of trafficking — Accused charged with possession of methamphetamine and cocaine for purpose of trafficking — Trial judge acquitting accused on trafficking charges but convicting accused of lesser included offence of simple possession — Court of Appeal finding trial judge applied wrong legal test as to possession for purpose of trafficking and entering conviction on trafficking charges — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Caldwell, Shwann and Barrington-Foote JJ.A.), 2019 SKCA 37, 377 C.C.C. (3d) 150, 439 D.L.R. (4th) 92, [2019] 7 W.W.R. 101, [2019] S.J. No. 153 (QL), 2019 CarswellSask 199 (WL Can.), setting aside the accused's acquittal for possession of methamphetamine and cocaine for the purpose of trafficking and entering a conviction. Appeal dismissed.

Thomas Hynes, for the appellant.

Wade McBride, Q.C., and *Kevin Wilson*, for the respondent.

Nicholas Gregory Kernaz *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KERNAZ

2019 CSC 48

N° du greffe : 38642.

2019 : 18 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Drogues et substances désignées — Possession de substances désignées en vue d'en faire le trafic — Accusé inculpé de possession de méthamphetamine et de cocaïne en vue d'en faire le trafic — Accusé acquitté par la juge du procès des accusations de trafic mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse de possession simple — Conclusion de la Cour d'appel portant que la juge du procès n'a pas appliqué la bonne analyse juridique à l'égard de la possession aux fins de trafic et inscription par la Cour d'appel d'une déclaration de culpabilité à l'égard des accusations de trafic — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Caldwell, Schwann et Barrington-Foote), 2019 SKCA 37, 377 C.C.C. (3d) 150, 439 D.L.R. (4th) 92, [2019] 7 W.W.R. 101, [2019] S.J. No. 153 (QL), 2019 CarswellSask 199 (WL Can.), qui a annulé l'acquiescement de l'accusé à l'égard de la possession de métamphétamine et de cocaïne en vue d'en faire le trafic et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Thomas Hynes, pour l'appelant.

Wade McBride, c.r., et *Kevin R. Wilson*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] ABELLA J. — The appeal is dismissed substantially for the reasons of the Court of Appeal.

[1] LA JUGE ABELLA — Le pourvoi est rejeté, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d'appel.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Gerrand Rath Johnson, Regina.

Procureurs de l'appelant : Gerrand Rath Johnson, Regina.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca