Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2013 Vol. 3

Cited as [2013] 3 S.C.R. { i-lxvi, 949-1239

4e cahier, 2013 Vol. 3

Renvoi [2013] 3 R.C.S. { i-lxvi, 949-1239

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN
AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2013.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2013.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xiii

Table of Cases Cited xvii

Statutes and Regulations Cited liii

Authors Cited lvii

Index 1227

AIC Limited *v.* Fischer 949

Civil procedure — Class actions — Certification — Market timing — Investors suing mutual fund managers for breaching fiduciary duties to investors and negligence for failing to curb market timing activities — Investors seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether proposed investor class action meets preferability requirement for certification given settlement payments made to investors following proceedings conducted by Ontario Securities Commission — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d).

Canada (Attorney General) *v.* Bedford 1101

Constitutional law — Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person right by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guarantee — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

Courts — Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xv

Table de la jurisprudence xxxv

Lois et règlements cités lv

Doctrine citée lvii

Index 1233

AIC Limitée *c.* Fischer 949

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l'instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l'indemnité versée aux investisseurs par suite de l'instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).

Canada (Procureur général) *c.* Bedford 1101

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la sécurité de la personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1)j), 213(1)c).

Suite à la page suivante

circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge's findings on social and legislative facts.

Cinar Corporation *v.* Robinson 1168

Intellectual property — Copyright — Infringement — Reproduction of a substantial part of an original work — Whether trial judge failed to follow correct approach in assessing whether a "substantial part" of a work was reproduced — Whether trial judge failed to give sufficient weight to differences between works at issue — Whether trial judge erred in finding that features of original work are protected by the Copyright Act — Whether trial judge erred by relying on inadmissible expert evidence.

Intellectual property — Copyright — Infringement — Damages — Quantum — Disgorgement of profits — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of profits — Whether liability for disgorgement of profits may be imposed on a solidary basis — Whether Andrews trilogy cap applies to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of punitive damages — Whether punitive damages may be awarded on a solidary basis — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 35 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

IBM Canada Limited *v.* Waterman 985

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Compensating advantage — Dismissed employee drawing pension benefits upon dismissal — Trial judge establishing appropriate notice period at 20 months without deduction for pension benefits — Whether pension benefits constitute compensating advantage — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal.

Wood *v.* Schaeffer 1053

Police — Investigations — Special Investigations Unit — Right to counsel — Duty to make notes — Whether police officers have right to consult with counsel before making notes on incident — Whether police officers are entitled to basic legal advice as to nature of rights and obligations in connection with incident — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15, s. 113 — Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 7, 9.

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides? — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

Cinar Corporation *c.* Robinson 1168

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale — Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d'une œuvre avait été reproduite? — Le juge de première instance a-t-il omis d'accorder suffisamment de poids aux différences entre les œuvres en cause? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de l'œuvre originale sont protégés par la Loi sur le droit d'auteur? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d'expert inadmissible?

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Dommages-intérêts — Quantum — Restitution des profits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des profits faite par le juge de première instance? — La responsabilité quant à la restitution des profits peut-elle être solidaire? — Le plafond fixé dans la trilogie Andrews s'applique-t-il aux dommages-intérêts non pécuniaires ne découlant pas d'un préjudice corporel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance? — Des dommages-intérêts punitifs peuvent-ils être octroyés sur une base solidaire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 35 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

IBM Canada Limitée *c.* Waterman 985

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Avantage compensatoire — Employé congédié touchant des prestations de retraite à compter de son congédiement — Juge de première instance estimant approprié un préavis de 20 mois sans déduction des prestations de retraite reçues — Les prestations de retraite constituent-elles un avantage

Suite à la page suivante

compensatoire? — Les prestations de retraite devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?

Wood *c.* Schaeffer 1053

Police — Enquêtes — Unité des enquêtes spéciales — Droit à l'avocat — Obligation de rédiger des notes — L'agent de police a-t-il le droit de consulter un avocat avant de rédiger ses notes au sujet d'un incident? — L'agent de police a-t-il le droit d'obtenir des conseils juridiques de base quant à la nature de ses droits et de ses obligations relativement à l'incident? — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 113 — Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10, art. 7, 9.

2013 Volume 3

Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN
AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

© HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA, OTTAWA, 2013 / © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA, OTTAWA, 2013
ISSN 0045-4230

JUDGES OF THE
SUPREME COURT OF CANADA
PARTICIPATING IN DECISIONS
PUBLISHED IN THIS VOLUME

The Right Honourable Beverley McLachlin, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable Louis LeBel

The Honourable Morris Fish*

The Honourable Rosalie Silberman Abella

The Honourable Marshall Rothstein

The Honourable Thomas Albert Cromwell

The Honourable Michael J. Moldaver

The Honourable Andromache Karakatsanis

The Honourable Richard Wagner

* On the 31st day of August 2013, the Honourable Morris Fish, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

JUGES DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA
AYANT PARTICIPÉ AUX DÉCISIONS
PUBLIÉES DANS CE VOLUME

La très honorable Beverley McLachlin, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable Louis LeBel

L'honorable Morris Fish*

L'honorable Rosalie Silberman Abella

L'honorable Marshall Rothstein

L'honorable Thomas Albert Cromwell

L'honorable Michael J. Moldaver

L'honorable Andromache Karakatsanis

L'honorable Richard Wagner

* L'honorable Morris Fish, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 31 août 2013.

ERRATA

[1994] 2 S.C.R., p. 60, line i-4 of the French version. Read “jour même de la ratification” instead of “jour même de sa ratification”.

[2000] 2 S.C.R., p. 600, line 12 of the first paragraph of the headnote of the French version. Read “une absence de prédisposition générale et n’était pas sauvegardée” instead of “une absence de prédisposition générale disposition et n’était pas sauvegardée”.

[1994] 2 R.C.S., p. 60, ligne i-4 de la version française. Lire « jour même de la ratification » au lieu de « jour même de sa ratification ».

[2000] 2 R.C.S., p. 600, ligne 12 du premier paragraphe du sommaire de la version française. Lire « une absence de prédisposition générale et n’était pas sauvegardée » au lieu de « une absence de prédisposition générale disposition et n’était pas sauvegardée ».

MOTIONS — REQUÊTES

(August 1 to December 31, 2013 — 1er août au 31 décembre 2013)

1654776 Ontario Limited v. Stewart, (Ont.), 35394, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Adamkiewicz v. Adamkiewicz, (Que.), 35521, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

AGC Flat Glass North America Ltd. v. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada), (Que.), 35340, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Agence du revenu du Québec c. Pratt & Whitney Canada Cie, (Qc), 35414, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Air Canada v. Unlu, (B.C.), 35370, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alberta Union of Provincial Employees v. The Queen in Right of Alberta, (Alta.), 35507, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Alexopoulos v. City of Montréal, (Que.), 35505, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.

Argue v. Corporation of the Township of Tay, (Ont.), 35409, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aristilde c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35442, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Askin v. Law Society of British Columbia, (B.C.), 35463, leave to appeal refused with costs, 7.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association pour la protection des automobilistes (APA) c. Pétro-Canada, (Qc), 35335, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada v. Federation of Law Societies of Canada, (B.C.), 35399, leave to appeal granted, 10.10.13, autorisation d'appel accordée.

Autorité des marchés financiers c. Groupe SNC-Lavalin inc., (Qc), 35311, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.S. c. A.M., (Qc), 35428, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Barbuscio v. Ontario Lottery and Gaming Corporation, (Ont.), 35346, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baxter v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 35391, leave to appeal refused, 12.9.13, autorisation d'appel refusée.

Beck v. Wilson, (Ont.), 35466, leave to appeal refused with costs, 31.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Becker v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal, (Ont.), 35363, leave to appeal refused, 22.8.13, autorisation d'appel refusée.

Bernier c. Gestion 11275 inc., (Qc), 35511, leave to appeal refused with costs, 12.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bhasin v. Hrynew, (Alta.), 35380, leave to appeal granted with costs in the cause, 22.8.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

BO10 v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 35388, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boehme v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35523, leave to appeal refused, 14.11.13, autorisation d'appel refusée.

Boudreau v. Bank of Montreal, (Ont.), 35400, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boudreau v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35493, leave to appeal refused, 7.11.13, autorisation d'appel refusée.

Boutin c. Air Canada, (C.F.), 35371, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boyce v. Co-operators General Insurance Company, (Ont.), 35459, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

British American Tobacco p.l.c. v. The Queen in Right of Ontario, (Ont.), 35497, leave to appeal refused with costs, 19.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bronson v. Hewitt, (B.C.), 35579, notice of discontinuance filed, 18.12.13, avis de désistement produit.

Bullen v. Kingsway General Insurance Company, (Ont.), 35478, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

C.D. v. N.D., (Que.), 35413, leave to appeal refused with costs, 28.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Camiran c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35404, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens v. National Gallery of Canada, (F.C.), 35353, leave to appeal granted with costs in the cause, 15.8.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Charbonneau v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35308, leave to appeal refused, 15.8.13, autorisation d'appel refusée.

Chase c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35434, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Chief Sheldon Taypotat v. Taypotat, (F.C.), 35518, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.12.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

City of Whitehorse v. The Queen, (F.C.), 35458, leave to appeal refused with costs, 10.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Clarke v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35487, leave to appeal granted, 17.10.13, autorisation d'appel accordée.

Cloutier c. Rahmi, (Qc), 35328, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

C-Map USA Inc. v. Nautical Data International, Inc., (F.C.), 35345, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Commission des normes du travail c. Asphalte Desjardins Inc., (Qc), 35375, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Cordeau c. Claude Leblanc, Avocats inc., (Qc), 35313, leave to appeal refused, 5.9.13, autorisation d'appel refusée.

Corporation of the City of Windsor v. Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County, (Ont.), 35425, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cusack v. Royal Bank of Canada, (Ont.), 35465, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

D.B. v. M.B., (Que.), 35419, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

D.L. v. Director (Child, Youth and Family Enhancement Act), (Alta.), 34975, leave to appeal refused, 28.11.13, autorisation d'appel refusée.

D.T. v. L.T., (Que.), 35464, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

David J. Gillespie Professional Corporation v. Frank Cowan Company Limited, (Ont.), 35387, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Delisle c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35491, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

Deraspe c. Zinc Électrolytique du Canada Ltée, (Qc), 35393, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deutsche Lufthansa Aktiengesellschaft v. Unlu, (B.C.), 35369, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dhillon v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35451, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for British Columbia, 17.10.13, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Direkoglu v. Information and Privacy Commissioner/Ontario, (Ont.), 35376, leave to appeal refused, 5.9.13, autorisation d'appel refusée.

Dupuis Paquin, avocats et conseillers d'affaires inc. c. Agence du revenu du Québec, (Qc), 35401, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Engel v. Allen, (Alta.), 35500, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Entreprise A & S Tuckpointing Inc. c. Construction Argus inc., (Qc), 35433, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Enterprise Cape Breton Corporation v. Hogan, (N.S.), 35358, leave to appeal refused, 15.8.13, autorisation d'appel refusée.

Erdmann v. Complaints Inquiry Committee of the Institute of Chartered Accountants of Alberta, (Alta.), 35403, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fazekas v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35319, leave to appeal refused, 15.8.13, autorisation d'appel refusée.

Finley v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 35431, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.

Forsyth v. Coast Mountain Bus Company, (B.C.), 35501, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fowler c. Ministre de la Justice du Canada, (Qc) (Crim.), 35427, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Frieburg v. The Queen, (Man.) (Crim.), 35490, leave to appeal refused, 14.11.13, autorisation d'appel refusée.

Gelber v. Van Damme, (Ont.), 35517, leave to appeal refused with costs, 12.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Government of Saskatchewan v. Precision Contractors Ltd., (Sask.), 35470, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Government of Yukon v. Ross River Dena Council, (Y.T.), 35236, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Greenbaum v. Public Curator of Quebec, (Que.), 35450, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grenier c. Procureur général du Québec, (Qc), 35526, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

Halmo v. Manary, (Ont.), 35468, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hammerschmid v. Nadon Corriveau, (Que.), 35410, leave to appeal refused, 28.11.13, autorisation d'appel refusée.

Hawkes v. Attorney General of Canada, (P.E.I.), 35457, leave to appeal refused, 31.10.13, autorisation d'appel refusée.

Hawkes v. Government of Prince Edward Island, (P.E.I.), 35444, leave to appeal refused, 26.9.13, autorisation d'appel refusée.

Hill v. Hill, (Alta.), 35435, leave to appeal refused with costs, 7.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Illes v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35415, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.

J.C. Akin Architect Ltd. v. Rosenberg, (Sask.), 35477, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

J.C.K. v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 35440, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.

J.W. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35447, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Jetha v. Chancery Estate Holdings Corp., (B.C.), 35398, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jones' Masonry Ltd. v. Labourers' International Union of North America, Local 900, (N.B.), 35513, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jordan v. Nation, (Alta.), 35405, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kapelus v. Hu, (B.C.), 35347, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kassa v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35439, leave to appeal refused, 3.10.13, autorisation d'appel refusée.

Kaziuk v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35460, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.

Keewatin v. Minister of Natural Resources, (Ont.), 35379, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Klippenstein v. Attorney General of Canada, (F.C.), 35436, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Labossière c. Université de Montréal, (Qc), 35525, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.

Laferrière c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35446, leave to appeal refused, 31.10.13, autorisation d'appel refusée.

Laus Holdings Ltd. v. Pacifica Mortgage Investment Corporation, (B.C.), 35357, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lebel c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35352, leave to appeal refused, 22.8.13, autorisation d'appel refusée.

Lee v. Minister of National Revenue, (F.C.), 35430, leave to appeal refused with costs, 7.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lessard v. The Queen, (F.C.), 35307, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Liu v. McGill University Non-Academic Certified Association, (Que.), 35453, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lombard General Insurance Company of Canada c. Factory Mutual Insurance Company, (Qc), 35366, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lortie c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35445, leave to appeal refused, 28.11.13, autorisation d'appel refusée.

Los Angeles Salad Company Inc. v. Canadian Food Inspection Agency, (B.C.), 35293, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lu v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35384, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

M.F. v. Family and Children's Services of Lanark, Leeds and Grenville, (Ont.), 35467, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.

M.V. c. C.G., (Qc), 35378, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

MacNeil c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35420, leave to appeal refused, 24.10.13, autorisation d'appel refusée.

MacNeil v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35407, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.

Malka v. Vasiliadis, (Ont.), 35395, leave to appeal refused, 3.10.13, autorisation d'appel refusée.

Mantley v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 35362, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Martin v. Certas Direct Insurance Company, (Ont.), 35355, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mazhero v. Bell Canada, (Que.), 35262, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Mazhero v. Bell Canada, (Que.), 35571, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.

McFarlane v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35377, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.

McIntyre v. Ontario College of Teachers, (Ont.), 35437, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McLeod v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 35365, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Meredith v. Attorney General of Canada, (F.C.), 35424, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Millette c. Ville de Laval, (Qc), 35449, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Moreira v. Ontario Lottery and Gaming Corporation, (Ont.), 35344, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

N.L.W. v. R.J.P., (B.C.), 35469, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Newfoundland Power Inc. v. City of St. John's, (N.L.), 35386, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Odale v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America, (Alta.) (Crim.), 35482, leave to appeal refused, 24.10.13, autorisation d'appel refusée.

Oleynik v. University of Calgary, (Alta.), 35332, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Onex Corporation v. American Home Assurance Company, (Ont.), 35341, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Oppenheim v. 2963-0456 Québec Inc., (Que.), 35306, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pankiw v. Chiropractors' Association of Saskatchewan, (Sask.), 35381, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Parent c. Schnob, (Qc), 35481, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Perry c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35288, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Pinnock v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35537, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Commission, (N.B.), 35422, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.10.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Prescient Foundation v. Minister of National Revenue, (F.C.), 35456, leave to appeal refused with costs, 28.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada, (Qc), 35448, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.11.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Q.J.K. v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 35530, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

R. v. Cockell, (Alta.) (Crim.), 35474, leave to appeal refused, 24.10.13, autorisation d'appel refusée.

R. v. Kokopenace, (Ont.) (Crim.), 35475, notice of discontinuance filed, 28.11.13, avis de désistement produit.

R. v. Melville Steele, (Man.) (Crim.), 35364, leave to appeal granted, 22.8.13, autorisation d'appel accordée.

R. v. Quesnelle, (Ont.) (Crim.), 35390, leave to appeal granted, 22.8.13, autorisation d'appel accordée.

R. v. Summers, (Ont.) (Crim.), 35339, leave to appeal granted, 15.8.13, autorisation d'appel accordée.

Ramsden v. Arnault Thibault Cléroux, (Que.), 35349, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Reilly v. Priest, (Ont.), 35508, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.

Reliance Comfort Limited Partnership v. Commissioner of Competition, (F.C.), 35412, leave to appeal refused with costs, 31.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Robbins v. Law Society of British Columbia, (B.C.), 35302, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Robinson v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35535, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

Romanuk v. The Queen, (F.C.), 35480, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ross v. Rubin, (Sask.), 35343, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ryder v. Minister of National Revenue, (F.C.), 35570, leave to appeal refused with costs, 19.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

S.L. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35385, leave to appeal refused, 5.9.13, autorisation d'appel refusée.

Salo v. Gossling, (Ont.), 35330, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Saskatchewan Federation of Labour v. The Queen, in Right of the Province of Saskatchewan, (Sask.), 35423, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.10.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Saskatchewan Government and General Employee's Union v. Government of Saskatchewan, (Sask.), 35512, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.

Savu c. Ministre de la Justice du Canada, (Qc) (Crim.), 35316, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Sga'nisim Sim'augit (Chief Mountain) v. Attorney General of Canada, (B.C.), 35301, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Singh Brar v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35432, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Sipos v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35310, leave to appeal granted, 5.9.13, autorisation d'appel accordée.

Slattery v. Pacific Academy Private School, (B.C.), 35418, leave to appeal refused with costs, 10.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Smith v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35416, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Société en commandite Place Mullins 139612 Canada inc. c. Services immobiliers Diane Bisson inc., (Qc), 35461, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.12.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Spearhead Management Canada Ltd. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35417, leave to appeal refused, 3.10.13, autorisation d'appel refusée.

St-Pierre c. Cruz, (Qc), 35441, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Stubicar v. Deputy Prime Minister, (F.C.), 35368, leave to appeal refused with costs, 12.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sunshine v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35336, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Syndicat du personnel enseignant du collège Ahuntsic c. Collège Ahuntsic, (Qc), 35429, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

T.L.L.L. v. J.J.L., (Man.), 35452, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.

Taylor v. The Queen, (F.C.), 35374, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

The Queen v. Rich, (N.L.), 35406, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tommasone v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35498, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Tous les usagers de la Société de transport de Montréal (STM) c. Syndicat du transport de Montréal (employés des services d'entretien) CSN, (Qc), 35443, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Town of Okotoks v. Municipal District of Foothills No. 31, (Alta.), 35515, leave to appeal refused with costs, 19.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Trial Lawyers Association of British Columbia v. Attorney General of British Columbia, (B.C.), 35315, leave to appeal granted with costs in the cause, 12.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Turcotte c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île, (Qc), 35524, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.

Twerd v. Criminal Injuries Review Board, (Alta.), 35567, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.

United Food and Commercial Workers, Local 1400 v. Wal-Mart Canada Corp., (Sask.), 35155, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vallée c. Thibault, (Qc), 35383, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vargas-Fano v. Moore, (Que.), 35367, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vesuna v. Drysdale, (B.C.), 35323, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Montréal c. Audigé, (Qc), 35291, leave to appeal refused with costs, 31.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Montréal c. Biondi, (Qc), 35351, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

Ville de Québec c. Société immobilière du Québec, (Qc), 35324, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Walia v. University of Manitoba, (Man.), 35536, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wang v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35539, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.

Welsh v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 35533, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

Weyerhaeuser Company Limited v. Lacey, (B.C.), 35494, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Company Limited, (N.S.), 35492, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.11.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Willier v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35502, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Wilson v. Attorney General of Canada, (N.S.), 35426, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Wilson v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35237, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.

X v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35538, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

Zefferino v. Meloche Monnex Insurance Company, (Ont.), 35333, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

A

AIC Limited v. Fischer 949
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401 733
Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization 866
Archer Daniels Midland Company, Sun-Rype Products Ltd. v. 545
Autorité des marchés financiers, La Souveraine, Compagnie d'assurance générale v. 756

B

Bedford, Canada (Attorney General) v. 1101
British Columbia (Forests) v. Teal Cedar Products Ltd. 301
British Columbia (Securities Commission), McLean v. 895

C

Cairney, R. v. 420
Canada, Envision Credit Union v. 191
Canada (Attorney General) v. Bedford 1101
Canada Bread Company Ltd., Régie des rentes du Québec v. 125
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), Divito v. 157
Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment) 323
Chehil, R. v. 220
Cinar Corporation v. Robinson 1168
Criminal Lawyers' Association of Ontario, Ontario v. 3
Cuthbertson v. Rasouli 341

PAGE

D

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

E

Envision Credit Union v. Canada 191

F

Fischer, AIC Limited v. 949

G

Guay inc., Payette v. 95

H

Hay, R. v. 694

I

IBM Canada Limited v. Waterman 985
Infineon Technologies AG v. Option consommateurs 600

K

Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care) 810

L

La Souveraine, Compagnie d'assurance générale v. Autorité des marchés financiers 756

M

MacKenzie, R. v. 250
Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate 53

PAGE

McLean v. British Columbia (Securities Commission) 895
McRae, R. v. 931
Microsoft Corporation, Pro-Sys Consultants Ltd. v. 477

N

Northwest Atlantic Fisheries Organization, Amaratunga v. 866

O

Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario 3
Ontario (Environment), Castonguay Blasting Ltd. v. 323
Ontario (Health and Long-Term Care), Katz Group Canada Inc. v. 810
Option consommateurs, Infineon Technologies AG v. 600

P

Pappas, R. v. 452
Payette v. Guay inc. 95
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation 477

Q

Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc. 838

R

R. v. Cairney 420
R. v. Chehil 220
R. v. Hay 694
R. v. MacKenzie 250
R. v. McRae 931
R. v. Pappas 452
R. v. R.L. 418
R. v. Vu 657
R.L., R. v. 418
Rasouli, Cuthbertson v. 341
Robinson, Cinar Corporation v. 1168

PAGE

Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd. 125
Ryan Estate, Marine Services International Ltd. v. 53

S

Schaeffer, Wood v. 1053
Services Environnementaux AES inc., Quebec (Agence du revenu) v. 838
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company 545

T

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

U

United Food and Commercial Workers, Local 401, Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. 733

V

Vu, R. v. 657

W

Waterman, IBM Canada Limited v. 985
Wood v. Schaeffer 1053

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertorié » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

A

AIC Limitée c. Fischer 949
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 733
Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest 866
Archer Daniels Midland Company, Sun-Rype Products Ltd. c. 545
Autorité des marchés financiers, La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. 756

B

Bedford, Canada (Procureur général) c. 1101

C

Cairney, R. c. 420
Canada, Envision Credit Union c. 191
Canada Bread Company Ltd., Régie des rentes du Québec c. 125
Canada (Procureur général) c. Bedford 1101
Canada (Sécurité publique et Protection civile), Divito c. 157
Chehil, R. c. 220
Cinar Corporation c. Robinson 1168
Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd. 301
Colombie-Britannique (Securities Commission), McLean c. 895
Criminal Lawyers' Association of Ontario, Ontario c. 3
Cuthbertson c. Rasouli 341

D

Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) 157
Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement) 323

PAGE

E

Envision Credit Union c. Canada 191

F

Fischer, AIC Limitée c. 949

G

Guay inc., Payette c. 95

H

Hay, R. c. 694

I

IBM Canada Limitée c. Waterman 985
Infineon Technologies AG c. Option consommateurs 600

K

Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée) 810

L

La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers 756

M

MacKenzie, R. c. 250
Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession) 53
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission) 895
McRae, R. c. 931
Microsoft Corporation, Pro-Sys Consultants Ltd. c. 477

PAGE

O

Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario 3
Ontario (Environnement), Dynamitage Castonguay Ltée c. 323
Ontario (Santé et Soins de longue durée), Katz Group Canada Inc. c. 810
Option consommateurs, Infineon Technologies AG c. 600
Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest, Amaratunga c. 866

P

Pappas, R. c. 452
Payette c. Guay inc. 95
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation 477

Q

Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc. 838

R

R. c. Cairney 420
R. c. Chehil 220
R. c. Hay 694
R. c. MacKenzie 250
R. c. McRae 931
R. c. Pappas 452
R. c. R.L. 418
R. c. Vu 657
R.L., R. c. 418
Rasouli, Cuthbertson c. 341
Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd. 125
Robinson, Cinar Corporation c. 1168
Ryan (Succession), Marine Services International Ltd. c. 53

PAGE

S

Schaeffer, Wood c. 1053
Services Environnementaux AES inc., Québec (Agence du revenu) c. 838
Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company 545

T

Teal Cedar Products Ltd., Colombie-Britannique (Forêts) c. 301
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401, Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. ... 733

V

Vu, R. c. 657

W

Waterman, IBM Canada Limitée c. 985
Wood c. Schaeffer 1053

TABLE OF CASES CITED

Name of Case	Where Reported	Page
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241	333
1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.	(2002), 62 O.R. (3d) 535	972
2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's-Canada Restaurant Corp.	2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721	536
65302 British Columbia Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 804	90
A		
A.K. (Re)	2011 CanLII 82907	371
Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)	2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267	182
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	927
Airedale N.H.S. Trust v. Bland	[1993] A.C. 789	405
Al Rawi v. Security Service	[2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531	18
Alaska Trainship Corp. v. Pacific Pilotage Authority	[1981] 1 S.C.R. 261	827
Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society	2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261	510, 566
Alberta v. Jarvis	2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154	241
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	909
Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG	(2002), 16 C.P.C. (5th) 301	590
Allard v. Cloutier	(1919), 29 B.R. 565	119
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1988] 1 S.C.R. 897	72
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	1184
Arbique v. Gabriele	[1998] J.Q. nº 3794 (QL)	1196
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	1184
Association des résidents riverains de la Lièvre inc. v. Canada (Procureur général)	2006 QCCS 5661 (CanLII)	654
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140	917
Attorney General v. Blake	[2001] 1 A.C. 268	1004
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	16, 86
Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association	[1983] 1 S.C.R. 498	72
Auckland Harbour Board v. The King	[1924] A.C. 318	29, 47
Authorson v. Canada (Attorney General)	2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40	892
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	357
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 214	17
Baigent v. The Random House Group Ltd.	[2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24	1189

Name of Case	Where Reported	Page
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	883
Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.	2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601	1004, 1051
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	85
Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 59	854
Banque de Montréal v. Européenne de Condiments S.A.	[1989] R.J.Q. 246	854
Banque de Montréal v. Hydro Aluminum Wells Inc.	2004 CanLII 12052	611
Barbour v. University of British Columbia	2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270	148
Batistatos v. Roads and Traffic Authority of New South Wales	[2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425	18
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	70
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	88, 883, 915
Berdah v. Nolisair International Inc.	[1991] R.D.J. 417	624
BGI Atlantic Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206	675
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	85
Black v. Place Bonaventure inc.	(2004), 41 C.C.P.B. 181	653
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	1138
Bonavista Cold Storage Co. v. Walters	(1959), 20 D.L.R. (2d) 744	83
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	179
Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214	642
Bouchard v. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	653
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	23
Bourgoin v. Bell Canada inc.	2007 QCCS 6087 (CanLII)	653
Bradburn v. Great Western Railway Co.	(1874), L.R. 10 Ex. 1	1012
Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.	2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215	517
Breslaw v. Montreal (City)	2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131	625
Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533	882, 1070
British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.	2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74	495, 638
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	148
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263	571
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.	2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86	82
British Columbia Securities Commission v. Bapty	2006 BCSC 638 (CanLII)	911
British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works	[1980] 2 S.C.R. 283	318
Burnac Corp. v. Les Entreprises Ludco Ltée	[1991] R.D.I. 304	117
Bywater v. Toronto Transit Commission	(1998), 27 C.P.C. (4th) 172	574

C

California v. ARC America Corp.	490 U.S. 93 (1989)	505
Canada v. Addison & Leyen Ltd.	2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793	859
Canada v. Craig	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489	1129
Canada (Attorney General) v. Juliar	(2000), 50 O.R. (3d) 728	851
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	178, 1124
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	910
Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.	[1983] 1 S.C.R. 452	514

Name of Case	Where Reported	Page
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	915
Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.	2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529	145
Canada (House of Commons) v. Vaid	2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667	20, 876
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net	[1998] 1 S.C.R. 626	43
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	20, 1138
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	169
Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)	2003 FCA 86, 301 N.R. 321	1009
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.	[1993] 3 S.C.R. 724	916
Canadian Pacific Ltd. v. Gill	[1973] S.C.R. 654	1006, 1046
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	77
Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.	(2004), 236 D.L.R. (4th) 348	976
Cassano v. Toronto-Dominion Bank	2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401	983
Cassano v. Toronto-Dominion Bank	(2009), 98 O.R. (3d) 543	589
CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada	2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339	1187
Chadha v. Bayer Inc.	(2003), 63 O.R. (3d) 22	501, 973
Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.	(1992), 2 C.C.P.B. 101	1008, 1039
Chaoulli v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791	1144
Château v. Placements Germarich Inc.	[1990] R.D.J. 625	623
Child and Family Services of Central Manitoba v. R.L.	(1997), 123 Man. R. (2d) 135	407
Child and Family Services of Winnipeg v. J. A.	2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161	32
Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. C. (M.)	(2008), 301 D.L.R. (4th) 194	368
Cholmondeley v. Clinton	(1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527	924
City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission	133 S. Ct. 1863 (2013)	910
CKOY Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 2	827
Cloud v. Canada (Attorney General)	(2004), 73 O.R. (3d) 401	524, 966
Club Resorts Ltd. v. Van Breda	2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572	571
CNG Producing Co. v. Alberta (Provincial Treasurer)	2002 ABCA 207, 317 A.R. 171	149
Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) v. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît	2011 QCCA 826 (CanLII)	626
Comité d'environnement de La Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée	[1990] R.J.Q. 655	623
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission	[1981] 1 S.C.R. 424	623
Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. v. Société financière Manuvie	2011 QCCS 3446 (CanLII)	653
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767	72
Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.	(1994), 182 C.L.R. 51	495
Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)	2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132	903, 977
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.	2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458	910
Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.	982 F.2d 693 (1992)	1190
Construction Denis Desjardins inc. v. Jeanson	2010 QCCA 1287 (CanLII)	1214
Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.	2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405	913
Contino v. Leonelli-Contino	2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217	882

Name of Case	Where Reported	Page
Conway v. Jacques	(2002), 59 O.R. (3d) 737	377
Copiscope Inc. v. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.	1998 CanLII 12603	118
Correia v. Canac Kitchens	2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353	517
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	913
Crits v. Sylvester	(1956), 1 D.L.R (2d) 502	386
Croteau v. Air Transat A.T. inc.	2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175	653
Cunningham v. Wheeler	[1994] 1 S.C.R. 359	999, 1036

D

D.D. (Re)	2013 CanLII 18799	377
D.W. (Re)	2011 CanLII 18217	383
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	184
Dagg v. Canada (Minister of Finance)	[1997] 2 S.C.R. 403	747
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.	2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460	139
de Montigny v. Brossard (Succession)	2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64	1218
Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc.	(2002), 58 O.R. (3d) 339	1189
Demers v. Autorité des marchés financiers	2013 QCCA 323 (CanLII)	777, 796
Dennis (Re)	2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL)	917
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	683
Designers Guild Ltd. v. Russell Williams (Textiles) Ltd.	[2001] 1 All E.R. 700	1188
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	21
Divito v. Canada (Ministre de la Justice)	2004 CanLII 39111	164
Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.	[1980] 2 S.C.R. 865	109
Doré v. Barreau du Québec	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395	178, 189
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	20
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226	908
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	76, 147, 908

E

E. (Mrs.) v. Eve	[1986] 2 S.C.R. 388	357
E. (Re)	2009 CanLII 28625	378
E.B. (Re)	2006 CanLII 46624	378
E.J.G. (Re)	2007 CanLII 44704	370
Edwards v. The Queen	[1973] A.C. 648	438
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	168
Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 916	100
Emery v. Royal Oak Mines Inc.	(1995), 24 O.R. (3d) 302	1008
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231	1186
États-Unis d'Amérique v. Divito	(2004), 194 C.C.C. (3d) 148	164

F

Fairhurst v. Anglo American PLC	2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45	571
Federal Sugar Refining Co. v. United States Sugar Equalization Board, Inc.	268 F. 575 (1920)	522
Ferneyhough v. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.)	2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76	91

Name of Case	Where Reported	Page
Fleming v. Reid	(1991), 4 O.R. (3d) 74	357
Florida v. Harris	133 S.Ct. 1050 (2013)	241
Florida v. Jardines	133 S.Ct. 1409 (2013)	268
Ford v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 758	590
Forget v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 90	835
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	19
Friedland (Re)	2010 BCSECCOM 654 (CanLII)	924

G

G. (Re)	2009 CanLII 25289	370
Garland v. Consumers' Gas Co.	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629	518
Gauthier v. Beaumont	[1998] 2 S.C.R. 3	1212
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	78
Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	1217
Gilbert v. Attorney-General	[2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72	1014
Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(2004), 3 C.P.C. (6th) 35	589
Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc.	(1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1	1035
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494	920, 929
Glykis v. Hydro-Québec	2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285	826, 882
Golden Capital Securities Ltd. v. Holmes	2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54	514
Golubchuk v. Salvation Army Grace General Hospital	2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274	368, 406
Graat v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 819	290
Graham v. Baker	(1961), 106 C.L.R. 340	1014
Grand Trunk Railway v. Beckett	(1887), 16 S.C.R. 713	1007
Great Atlantic & Pacific Co. of Canada	[1994] O.L.R.B. Rep. March 303	752
Grollo v. Palmer	(1995), 184 C.L.R. 348	35
Groupe Québécor Inc. v. Grégoire	(1988), 15 Q.A.C. 113	115
Guilbert v. Vacances sans Frontière Ltée	[1991] R.D.J. 513	627
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	624
Guy v. Trizec Equities Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 756	1007, 1046

H

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)	2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441	747
H.J. (Re)	2003 CanLII 49837	378
H.L. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401	1132
Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.	(2004), 13 C.P.C. (6th) 1	525, 971
Halabi v. Becker Milk Co.	(1998), 39 O.R. (3d) 153	969
Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.	392 U.S. 481 (1968)	493, 638
Harmegnies v. Toyota Canada inc.	2008 QCCA 380 (CanLII)	626
Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391	169
Heidary (Re)	2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959	905
Henderson v. The King	[1948] S.C.R. 226	468

Name of Case	Where Reported	Page
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	1209
Hollick v. Toronto (City)	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158	510, 566, 585, 644, 956
Hongkong Bank of Can. v. Touche Ross & Co.	(1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381	311
Hopkins v. Norcross plc	[1993] 1 All E.R. 565	1014
Hopp v. Lepp	[1980] 2 S.C.R. 192	356, 393
Hornby Island Trust Ctee. v. Stormwell	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383	152
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	1129, 1189
Hubert v. Merck & Co. Inc.	2007 QCCS 3291 (CanLII)	650
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	510, 566
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	168, 180, 230, 272, 669
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	72

I

I.H.V., Re	2008 ABQB 250, 449 A.R. 211	406
Illinois Brick Co. v. Illinois	431 U.S. 720 (1977)	497, 639
In re Criminal Code	(1910), 43 S.C.R. 434	22
In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation	552 F.3d 305 (2008)	525
In Re: Linerboard Antitrust Litigation	305 F.3d 145 (2002)	530
In Re: The Conservatorship of Helga M. Wanglie	No. PX-91-283 (1991)	409
In the Matter of Baby "K"	16 F.3d 590 (1994)	409
Infineon Technologies AG v. Option consommateurs	2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600	491, 561
Inglewood Pulp and Paper Co. v. New Brunswick Electric Power Commission	[1928] A.C. 492	318
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)	[1987] 1 S.C.R. 181	1098
Irving Oil Co. v. The King	[1946] S.C.R. 551	318
Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.	(2009), 99 O.R. (3d) 358	525, 971
Islamic Republic of Iran v. Hashemi	2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567	892

J

Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson	[1980] 1 S.C.R. 812	1006, 1047
Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1995] 2 F.C. 595	827
Jin v. Calgary Health Region	2007 ABQB 593, 428 A.R. 161	407
Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)	I.C.J. (February 3, 2012)	879

K

K.M.S. (Re)	2007 CanLII 29956	377
Kamel v. Canada (Attorney General)	2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59	182
Kamel v. Canada (Attorney General)	2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449	182
Kerr v. Baranow	2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269	518, 569
Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)	2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3	494, 563, 638
Klay v. Humana, Inc.	382 F.3d 1241 (2004)	964
Knapton v. ECC Card Clothing Ltd.	[2006] I.C.R. 1084	1014
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	49

Name of Case	Where Reported	Page
Kuwait Airways Corp. v. Iraq	2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571	880

L

L.E.L. Marketing Ltée v. Otis	[1989] Q.J. No. 1229 (QL)	123
Laboucane v. Brooks	2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20	83
Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.	[1964] 1 All E.R. 465	1187
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	178, 189
Landry v. Audet	2011 QCCA 535 (CanLII)	1211
Lau v. Bayview Landmark Inc.	(1999), 40 C.P.C. (4th) 301	574, 585
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209	683
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773	747
Law Society of British Columbia v. Mangat	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113	86
Lévis (City) v. Tétreault	2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420	772, 801
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	947
Lindal v. Lindal	[1981] 2 S.C.R. 629	1209
Lines v. British Columbia (Securities Commission)	2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281	925
Longpré v. Thériault	[1979] C.A. 258	1199
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.	[1997] 2 F.C. 3	1204

M

M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	186
M. (A.) v. Benes	(1999), 46 O.R. (3d) 271	382
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	924
MacKinnon v. National Money Mart Co.	2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214	592
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	[1995] 4 S.C.R. 725	16, 43
Mahesan v. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.	[1979] A.C. 374	522
Maitland Capital Ltd. (Re)	2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729	924
Malette v. Shulman	(1990), 72 O.R. (2d) 417	357
Manco Home Systems Ltd., Re	1989 CanLII 2819	210
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623	925
Marcotte v. Longueuil (City)	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65	623
Markarian v. Marchés mondiaux CIBC inc.	2006 QCCS 3314 (CanLII)	1215
Markson v. MBNA Canada Bank	2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321	983
Marston v. Autorité des marchés financiers	2009 QCCA 2178 (CanLII)	773
Martin v. Telus Communications Co.	2010 QCCA 2376 (CanLII)	624
Mason's Case	(1756), Fost. 132, 168 E.R. 66	433
Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau Ltd.	[1940] S.C.R. 218	1186
Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.	2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387	1196
McCracken v. Canadian National Railway Co.	2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745	972
McInerney v. MacDonald	[1992] 2 S.C.R. 138	386, 404
McKay v. The Queen	[1965] S.C.R. 798	186
McKechnie v. McKechnie	2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228	306
McLean (Re)	2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734	903
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484	723

Name of Case	Where Reported	Page
Mentmore Manufacturing Co. v. National Merchandising Manufacturing Co.	(1978), 89 D.L.R. (3d) 195	1199
Molis v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 356	785
Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser	2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902	1204
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141	917
Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners	[1926] A.C. 299	82
Moore Corp. v. Charette	(1987), 19 C.C.E.L. 277	123
Morriss v. British Columbia	2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1	306
Mulcahy v. The Queen	(1868), L.R. 3 H.L. 306	514
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	85, 500
Municipal Corporation of City of Toronto v. Virgo	[1896] A.C. 88	834
Murphy v. Welsh	[1993] 2 S.C.R. 1069	926

N

N., Re	2009 CarswellOnt 4748	383
Nadon v. Ville d'Anjou	[1994] R.J.Q. 1823	623
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	913
National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne	(1961), 105 C.L.R. 569	1014
National Trust Co. v. Gleason	77 N.Y. 400 (1879)	522
Nault v. Canadian Consumer Co. Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 553	623
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170	23
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	[1993] 1 S.C.R. 319	20
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	31, 1142
Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.	2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381	20
Nichols v. Universal Pictures Corporation	45 F.2d 119 (1930)	1188
Nielsen (Re)	2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478	924
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226	386, 411
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616	910
Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) v. Workers' Compensation Appeals Tribunal	2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390	91
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504	92
Novak v. Bond	[1999] 1 S.C.R. 808	923

O

OBG Ltd. v. Allan	[2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1	517
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031	329
Ontario v. Figueroa	(2003), 64 O.R. (3d) 321	32, 48
Ontario (Attorney General) v. Fraser	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3	751
Ontario Federation of Anglers & Hunters v. Ontario (Ministry of Natural Resources)	(2002), 211 D.L.R. (4th) 741	827
Option Consommateurs v. British Airways PLC	2010 QCCS 140 (CanLII)	618
Option Consommateurs v. Infineon Technologies AG	2011 QCCA 2116 (CanLII)	561

Name of Case	Where Reported	Page
Option Consommateurs v. Novopharm Ltd.	2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350	625
Order P2010-003		745
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	63

P

P. (D.), Re	2010 CarswellOnt 7848	378
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	700
Papeterie L'Écriteau inc. v. Barbier	[1998] J.Q. nº 5090 (QL)	119
Paré v. Rail & Water Terminal (Quebec) Inc.	[1978] 1 F.C. 23	83
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449	472
Parry v. Cleaver	[1970] A.C. 1	1001, 1046
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 S.C.R. 890	71
Pearson v. Inco Ltd.	(2006), 78 O.R. (3d) 641	969
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762	518, 567
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678	864
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	918
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	518
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	908
Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs	2005 QCCA 437 (CanLII)	624
Phillips v. Western Company of North America	953 F.2d 923 (1992)	1000, 1048
Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.	(1990), 33 C.P.R. (3d) 242	1196
Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. v. Favreau	(1999), 177 D.L.R. (4th) 568	1194
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG	2008 BCSC 575 (CanLII)	537
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG	2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272	524, 561
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corp.	2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90	559
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation	2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477	555, 585, 638, 971

Q

Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536	78
Québec (Procureur général) v. C. (R.)	(2003), 13 C.R. (6th) 1	42
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	1209
Quebec Workmen's Compensation Commission v. Lachance	[1973] S.C.R. 428	1007
Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.	[2001] R.J.Q. 966	611
Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson	(1883), 10 S.C.R. 222	82

R

R. v. 974649 Ontario Inc.	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575	43
R. v. A.M.	2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569	224, 257
R. v. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	1131
R. v. Allain	(1998), 205 N.B.R. (2d) 201	668
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	668
R. v. Arcuri	2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828	461, 712
R. v. Aucoin	2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408	270

Name of Case	Where Reported	Page
R. v. Audet	[1996] 2 S.C.R. 171	947
R. v. Avetysan	2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745	715
R. v. Bailey	2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128	1080
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91	46
R. v. Barrow	(2001), 54 O.R. (3d) 417	1136
R. v. Batista	2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376	939
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	267
R. v. Beyo	(2000), 47 O.R. (3d) 712	940
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	168, 180
R. v. Black and Decker Manufacturing Co.	[1975] 1 S.C.R. 411	200
R. v. Borden	[1994] 3 S.C.R. 145	241
R. v. Boudreau-Fontaine	2010 QCCA 1108 (CanLII)	682
R. v. Bramley	2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286	233, 292
R. v. Briscoe	2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411	775
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	298
R. v. Buzizi	2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248	430, 470
R. v. Cairenius	(2008), 232 C.C.C. (3d) 13	45
R. v. Cairney	2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420	460, 474
R. v. Calderon	(2004), 188 C.C.C. (3d) 481	246
R. v. Candir	2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119	715
R. v. Canning	[1986] 1 S.C.R. 991	712
R. v. Caron	2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78	17, 43
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	231
R. v. Chan	2002 ABCA 299, 317 A.R. 240	31
R. v. Charles	2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33	675
R. v. Chehil	2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220	257, 288
R. v. Chemama	2008 ONCJ 140 (CanLII)	50
R. v. Cinous	2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3	430, 445, 461, 470
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	769, 800
R. v. Clay	2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735	1149
R. v. Clemente	[1994] 2 S.C.R. 758	936
R. v. Cole	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34	675
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	229, 272
R. v. Comeau	2010 QCCQ 20939 (CanLII)	935
R. v. Côté	2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215	688
R. v. Cunningham	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331	17, 26, 43
R. v. Demers	2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489	1145
R. v. Dinardo	2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788	292
R. v. Dow Chemical Canada Inc.	(2000), 47 O.R. (3d) 577	329
R. v. Downey	[1992] 2 S.C.R. 10	1136
R. v. E. Star International Inc.	2009 ONCJ 576 (CanLII)	675
R. v. Earle	2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123	241
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	188
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	268
R. v. F. W. Woolworth Co. Ltd.	(1974), 3 O.R. (2d) 629	774
R. v. Faid	[1983] 1 S.C.R. 265	471
R. v. Felawka	[1993] 4 S.C.R. 199	85

Name of Case	Where Reported	Page
R. v. Felteau	2010 ONCA 821 (CanLII)	937
R. v. Fontaine	2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702	461, 470
R. v. Frieburg	2013 MBCA 40 (CanLII)	242
R. v. G.D.B.	2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520	722
R. v. Gagnon	2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621	292
R. v. Gagnon	2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200	33
R. v. Gauthier	2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403	461, 470
R. v. Gauvin	(1997), 187 N.B.R. (2d) 262	164
R. v. Gibson	2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61	440
R. v. Golub	(1997), 34 O.R. (3d) 743	234
R. v. Gowing	2012 ABPC 38, 532 A.R. 312	241
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	298, 689
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609	945
R. v. Grilo	(1991), 2 O.R. (3d) 514	1136
R. v. Hall	2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309	1096
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	169, 883
R. v. Hay	2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206	710
R. v. Head	(1987), 59 C.R. (3d) 80	1136
R. v. Heaney	2013 BCCA 177 (CanLII)	940
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761	1145
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	776
R. v. Hibbert	2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445	712
R. v. Hinse	[1995] 4 S.C.R. 597	17
R. v. Hiscox	2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315	940
R. v. Ho	2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187	31
R. v. Hoang	2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127	241
R. v. Hoy	2010 ABQB 575, 534 A.R. 58	241
R. v. Hundal	[1993] 1 S.C.R. 867	940
R. v. Imani	[2012] N.B.J. No. 120 (QL)	241
R. v. Jaw	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26	714
R. v. Jorgensen	[1995] 4 S.C.R. 55	782, 802
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	224, 257, 287
R. v. Katigbak	2011 SCC 48, [2011] 3 S.C.R. 326	947
R. v. Keegstra	[1995] 2 S.C.R. 381	769
R. v. Khawaja	2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555	1147
R. v. Krafczyk	2011 ABQB 107, 511 A.R. 211	241
R. v. LeBlanc	(1988), 90 N.B.R. (2d) 63	938
R. v. LeBlanc	[1989] 1 S.C.R. 1583	938
R. v. Lee	(1998), 125 C.C.C. (3d) 363	45
R. v. Louison	(1975), 26 C.C.C. (2d) 266	439
R. v. Lozano	2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL)	241
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393	231
R. v. M. (P.S.)	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402	722
R. v. MacDonald	(2002), 166 O.A.C. 121	937
R. v. MacKenzie	2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250	225
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	1131

Name of Case	Where Reported	Page
R. v. Mann	2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59	231, 269, 298
R. v. Mayuran	2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162	430, 445, 460, 472
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	936
R. v. McNeil	2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66	179
R. v. Mezzo	[1986] 1 S.C.R. 802	712
R. v. Mohamad	(2004), 69 O.R. (3d) 481	676
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	1195
R. v. Monney	[1999] 1 S.C.R. 652	231
R. v. Morales	[1992] 3 S.C.R. 711	17
R. v. Morelli	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253	668
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	754, 1128
R. v. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	292
R. v. Neve	(1993), 145 A.R. 311	940
R. v. Nguyen	(1997), 119 C.C.C. (3d) 269	1096
R. v. Nguyen	2013 SKQB 36 (CanLII)	241
R. v. Nikolovski	[1996] 3 S.C.R. 1197	712
R. v. Noble	2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6	940
R. v. Noble	2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144	940
R. v. Nolet	2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851	268
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	631
R. v. O'Brien	2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144	941
R. v. O'Brien	2013 SCC 2, [2013] 1 S.C.R. 7	936
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	793
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	184
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	470
R. v. Pappas	2013 SCC 56, [2013] 3 S.C.R. 452	430
R. v. Parent	2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761	464
R. v. Park	[1995] 2 S.C.R. 836	461
R. v. Patrick	2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579	243
R. v. Payette	2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289	235
R. v. Peterman	(2004), 70 O.R. (3d) 481	22
R. v. Pickton	2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198	718
R. v. Pierce	(1982), 37 O.R. (2d) 721	1134
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	676
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	20, 793
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	314
R. v. R.E.M.	2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3	271
R. v. Reitsma	[1998] 1 S.C.R. 769	712
R. v. Rémy	(1993), 82 C.C.C. (3d) 176	938
R. v. Rockwood	(1989), 91 N.S.R. (2d) 305	32
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	17
R. v. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	22, 39
R. v. Rudnicki	[2004] R.J.Q. 2954	940
R. v. Rumbaut	1998 CanLII 9816	164
R. v. Ryan	2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161	33
R. v. Ryan	2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97	241

Name of Case	Where Reported	Page
R. v. S.S.C.	2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57	1147
R. v. Samra	(1998), 41 O.R. (3d) 434	45
R. v. Sanchez	(1994), 93 C.C.C. (3d) 357	668
R. v. Schrenk	2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12	269
R. v. Shepherd	2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527	244, 275
R. v. Shiers	2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196	668
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	231
R. v. Simpson	(1993), 12 O.R. (3d) 182	225
R. v. Spence	2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458	1131
R. v. Squire	[1977] 2 S.C.R. 13	439
R. v. Stewart	2012 ONCJ 298 (CanLII)	1080
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	298
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480	726
R. v. Storrey	[1990] 1 S.C.R. 241	241
R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy	[1924] 1 K.B. 256	1076
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	27
R. v. Thibert	[1996] 1 S.C.R. 37	435, 446, 472
R. v. Tran	2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109	279
R. v. Tran	2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350	430, 445, 463, 473
R. v. Tripodi	[1955] S.C.R. 438	437, 464
R. v. Tse	2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531	243
R. v. Turnbull	[1976] 3 All E.R. 549	712
R. v. Turpin	2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67	272
R. v. Upson	2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87	938
R. v. Vu	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657	1080
R. v. Welsh	(1869), 11 Cox C.C. 336	432
R. v. White	2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374	31, 50
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	788
R. v. Whyte	2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317	279
R. v. Wise	[1992] 1 S.C.R. 527	267
R. v. Wong	2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342	246
R. v. Worthington	(1972), 10 C.C.C. (2d) 311	1134
R. v. Yeh	2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1	269, 291
R. v. Zack	[1999] O.J. No. 5747 (QL)	1080
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	1155
R. v. Zurowski	2004 SCC 72, [2004] 3 S.C.R. 509	712
R. (Burke) v. General Medical Council	[2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132	374
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156	750
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	518
Ratych v. Bloomer	[1990] 1 S.C.R. 940	1002
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	1143
Re Canada Labour Code	[1992] 2 S.C.R. 50	890
Re Doctors Hospital and Minister of Health	(1976), 12 O.R. (2d) 164	827
Re J (a minor) (wardship: medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 614	408
Re R (a minor) (wardship: medical treatment)	[1991] 4 All E.R. 177	408
Re Residential Tenancies Act, 1979	[1981] 1 S.C.R. 714	21

Name of Case	Where Reported	Page
Re S.D.	[1983] 3 W.W.R. 618	358
Redpath v. Belfast and County Down Railway	(1947), N.I. 167	1005
Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)	[1996] 1 S.C.R. 186	16
Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168	2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489	90
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	169, 751
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	16, 47
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	19
Reference re Securities Act	2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837	929
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	1120
Reference re: Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.), ss. 32, 34	(1987), 44 D.L.R. (4th) 501	71
Regroupement des citoyens contre la pollution v. Alex Couture inc.	2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859	641
Reibl v. Hughes	[1980] 2 S.C.R. 880	356, 393
Reid v. Ford Motor Co.	2006 BCSC 712 (CanLII)	522
Reid v. Georgia	448 U.S. 438 (1980)	233
Richard v. Time Inc.	2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265	1218
Risorto v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	(2007), 38 C.P.C. (6th) 373	587
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	883, 1093
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	1131
Roberge v. Bolduc	[1991] 1 S.C.R. 374	149
Robinson (Re)	2013 LNABASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII)	924
Robitaille v. Gestion L. Jalbert inc.	2007 QCCA 1052 (CanLII)	121
Rockert v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 704	1154
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	413, 1139
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283	909, 1186
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	925
Rosso v. Autorité des marchés financiers	2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61	653
Rotaru v. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit	2008 BCSC 318 (CanLII)	407
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan	2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188	85
Royal Bank of Canada v. Capital Factors Inc.	[2004] Q.J. No. 11841 (QL)	618
Rumley v. British Columbia	2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184	966

S

S.S. (Re)	2011 CanLII 5000	383
Salamon v. The Queen	[1959] S.C.R. 404	438
Sauer v. Canada (Agriculture)	2008 CanLII 43774	575, 588
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)	2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519	171
Sawatzky v. Riverview Health Centre Inc.	(1998), 132 Man. R. (2d) 222	406
Scardoni v. Hawryluck	(2004), 69 O.R. (3d) 700	373
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	754, 1165
Schreiber v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269	1209
Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson	(2006), 85 O.R. (3d) 665	521
Seto (Re)	2006 BCSECCOM 569 (CanLII)	914

Name of Case	Where Reported	Page
Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157	109, 864
Shaw v. Director of Public Prosecutions	[1962] A.C. 220	1157
Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation	106 F.2d 45 (1939)	1204
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	827
Shuchuk v. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)	2012 ABCA 50, 522 A.R. 336	154
Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. v. Bruneau	[1924] S.C.R. 168	83
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	184
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	169
Sloas v. CSX Transportation, Inc.	616 F.3d 380 (2010)	1000
Smith v. National Money Mart Co.	(2006), 80 O.R. (3d) 81	516
Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority	[1991] 2 A.C. 502	1014
Snyder v. Montreal Gazette Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 494	1209
Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy	2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100	861
Société canadienne de métaux Reynolds ltée v. Québec (Sous-ministre du Revenu)	[2004] R.D.F.Q. 45	148
Société canadienne des postes v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles	[1999] R.J.Q. 957	72
Société canadienne des postes v. Commission de la santé et de la sécurité du travail	[1996] R.J.Q. 873	72
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch	[1986] 1 S.C.R. 549	17
Société Radio-Canada v. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.	[2002] R.J.Q. 2639	1213
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada	2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326	1186
Solomon v. Québec (Procureur général)	2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127	1217
Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.	245 U.S. 531 (1918)	496
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205	618
Sriskandarajah v. United States of America	2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609	178, 180
Starson v. Swayze	2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722	358
Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. v. M.A.	2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872	1212
Steele v. Toyota Canada Inc.	2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271	587
Steele v. Toyota Canada Inc.	2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389	536
Sterling Combustion inc. v. Roco Industrie inc.	2005 QCCA 662 (CanLII)	618
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.	2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55	491
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company	2010 BCSC 922 (CanLII)	653
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company	2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545	491, 638
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	1138
Sweiss v. Alberta Health Services	2009 ABQB 691, 483 A.R. 340	368, 406
Sylvester v. British Columbia	[1997] 2 S.C.R. 315	994, 1035
Synergen Housing Co-op Ltd.	2010 CanLII 98626	745

Name of Case	Where Reported	Page
T		
Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.	(1998), 40 O.R. (3d) 379	578
ter Neuzen v. Korn	[1995] 3 S.C.R. 674	411
Terry v. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	233
Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3	70
Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336	1186
Thompson v. Masson	[1993] R.J.Q. 69	617
Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 106	827
Thornton v. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 S.C.R. 267	1184
Tracy (Guardian ad litem of) v. Instaloans Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.	2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577	569
Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. v. Trans-Canada Thermographing Ltd.	SOQUIJ AZ-92021644	119
Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.	[1990] R.D.J. 500	623
U		
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	750
United Australia, Ltd. v. Barclays Bank, Ltd.	[1941] A.C. 1	521
United States v. Burgess	576 F.3d 1078 (2009)	684
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	169, 1138
United States v. Carey	172 F.3d 1268 (1999)	684
United States v. Christie	717 F.3d 1156 (2013)	684
United States v. Gooding	695 F.2d 78 (1982)	233
United States v. Price	288 F.2d 448 (1961)	1000, 1048
United States v. Sokolow	490 U.S. 1 (1989)	234
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	171, 180
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	712
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485	826
Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation	[1983] A.C. 366	522
V		
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	23
Vézeau v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 277	771
VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	(2002), 20 C.P.C. (5th) 351	571
W		
Waddell v. Governor in Council	(1983), 8 Admin. L.R. 266	826
Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes	131 S.Ct. 2541 (2011)	531
Webb v. K-Mart Canada Ltd.	(1999), 45 O.R. (3d) 389	966
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.	[2001] 2 F.C. 618	1204
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton	2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534	527, 573, 583, 627
Western Minerals Ltd. v. Gaumont	[1953] 1 S.C.R. 345	140, 149

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Whiten v. Pilot Insurance Co.	2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595	1222
Woods Manufacturing Co. v. The King	[1951] S.C.R. 504	152
Woods (Re)	1997 LNBCSC 11 (QL)	914
Workers' Compensation Appeal Board v. Penney	(1980), 38 N.S.R. (2d) 623	91
Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.	[1920] A.C. 184	70
World Wide Chemicals Inc. v. Bolduc	1991 CarswellQue 1157	123
Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 952	212

Y

Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée v. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée	[1992] R.J.Q. 2608	119

Z

Zadvorny v. Saskatchewan Government Insurance	(1985), 38 Sask. R. 59	142, 152
Zidaric v. Toshiba of Canada Ltd.	(2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61	522

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Intitulé de la cause	Renvoi	Page
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241	333
1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.	(2002), 62 O.R. (3d) 535	972
2038724 Ontario Ltd. c. Quizno's-Canada Restaurant Corp.	2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721	536
65302 British Columbia Ltd. c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 804	90

A

A.K. (Re)	2011 CanLII 82907	371
Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)	2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267	182
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	927
Airedale N.H.S. Trust c. Bland	[1993] A.C. 789	405
Al Rawi c. Security Service	[2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531	18
Alaska Trainship Corp. c. Administration de pilotage du Pacifique	[1981] 1 R.C.S. 261	827
Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society	2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261	510, 566
Alberta c. Jarvis	2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154	241
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	909
Alfresh Beverages Canada Corp. c. Hoechst AG	(2002), 16 C.P.C. (5th) 301	590
Allard c. Cloutier	(1919), 29 B.R. 565	119
Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1988] 1 R.C.S. 897	72
Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 229	1184
Arbique c. Gabriele	[1998] J.Q. nº 3794 (QL)	1196
Arnold c. Teno	[1978] 2 R.C.S. 287	1184
Association des résidents riverains de la Lièvre inc. c. Canada (Procureur général)	2006 QCCS 5661 (CanLII)	654
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140	917
Attorney General c. Blake	[2001] 1 A.C. 268	1004
Auckland Harbour Board c. The King	[1924] A.C. 318	29, 47
Authorson c. Canada (Procureur général)	2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40	892

B

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	358
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214	17
Baigent c. The Random House Group Ltd.	[2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24	1189
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	883
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	77
Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle	2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601	1004, 1051
Banque de Montréal c. Européenne de Condiments S.A.	[1989] R.J.Q. 246	854
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	85

Intitulé de la cause	Renvoi	Page
Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.	2004 CanLII 12052	611
Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 59	854
Barbour c. University of British Columbia	2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270	148
Batistatos c. Roads and Traffic Authority of New South Wales	[2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425	18
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749	70
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	88, 883, 915
Berdah c. Nolisair International Inc.	[1991] R.D.J. 417	624
BGI Atlantic Inc. c. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206	675
Bisaillon c. Keable	[1983] 2 R.C.S. 60	85
Black c. Place Bonaventure inc.	(2004), 41 C.C.P.B. 181	653
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	1138
Bonavista Cold Storage Co. c. Walters	(1959), 20 D.L.R. (2d) 744	83
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	179
Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214	642
Bouchard c. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	653
Boucher c. The Queen	[1955] R.C.S. 16	23
Bourgoin c. Bell Canada inc.	2007 QCCS 6087 (CanLII)	653
Bradburn c. Great Western Railway Co.	(1874), L.R. 10 Ex. 1	1012
Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.	2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2e) 215	517
Breslaw c. Montréal (Ville)	2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131	625
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533	882, 1070
British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263	571
British Columbia Securities Commission c. Bapty	2006 BCSC 638 (CanLII)	911
British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works	[1980] 2 R.C.S. 283	318
Burnac Corp. c. Les Entreprises Ludco Ltée	[1991] R.D.I. 304	117
Bywater c. Toronto Transit Commission	(1998), 27 C.P.C. (4th) 172	574

C

California c. ARC America Corp.	490 U.S. 93 (1989)	505
Canada c. Addison & Leyen Ltd.	2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793	859
Canada c. Craig	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489	1129
Canada (Attorney General) c. Juliar	(2000), 50 O.R. (3d) 728	851
Canada (Chambre des communes) c. Vaid	2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667	20, 876
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	915
Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.	2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529	145
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2003 CAF 86 (CanLII)	1009
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	910
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net	[1998] 1 R.C.S. 626	43
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	20, 1138
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	178, 1124

Intitulé de la cause	Renvoi	Page
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	169
Canadian Pacific Ltée c. Gill	[1973] R.C.S. 654	1006, 1046
Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.	(2004), 236 D.L.R. (4th) 348	976
Cassano c. Toronto-Dominion Bank	2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401	983
Cassano c. Toronto-Dominion Bank	(2009), 98 O.R. (3d) 543	589
CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada	2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339	1187
Chadha c. Bayer Inc.	(2003), 63 O.R. (3d) 22	501, 973
Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.	(1992), 2 C.C.P.B. 101	1008, 1039
Chaoulli c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791	1144
Château c. Placements Germarich Inc.	[1990] R.D.J. 625	623
Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.	(1997), 123 Man. R. (2d) 135	407
Child and Family Services of Winnipeg c. J. A.	2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161	32
Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. C. (M.)	(2008), 301 D.L.R. (4th) 194	368
Cholmondeley c. Clinton	(1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527	924
Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)	2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441	747
Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.	[1983] 1 R.C.S. 452	514
City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission	133 S. Ct. 1863 (2013)	910
CKOY Ltd. c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 2	827
Cloud c. Canada (Attorney General)	(2004), 73 O.R. (3d) 401	524, 966
Club Resorts Ltd. c. Van Breda	2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572	571
CNG Producing Co. c. Alberta (Provincial Treasurer)	2002 ABCA 207, 317 A.R. 171	149
Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît	2011 QCCA 826 (CanLII)	626
Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.	2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74	495, 638
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	148
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.	2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86	82
Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée	[1990] R.J.Q. 655	623
Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)	2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132	903, 977
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec	[1981] 1 R.C.S. 424	623
Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société financière Manuvie	2011 QCCS 3446 (CanLII)	653
Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance	[1973] R.C.S. 428	1007
Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] R.C.S. 767	72
Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.	(1994), 182 C.L.R. 51	495
Computer Associates International, Inc. c. Altai, Inc.	982 F.2d 693 (1992)	1190
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	913
Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson	2010 QCCA 1287, [2010] R.J.Q. 1600	1214
Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.	2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405	913

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Contino c. Leonelli-Contino	2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217	882
Conway c. Jacques	(2002), 59 O.R. (3d) 737	377
Copiscope Inc. c. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.	1998 CanLII 12603	118
Correia c. Canac Kitchens	2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353	516
Crits c. Sylvester	(1956), 1 D.L.R. (2d) 502	386
Croteau c. Air Transat A.T. inc.	2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175	652
Cunningham c. Wheeler	[1994] 1 R.C.S. 359	999, 1036
D		
D.D. (Re)	2013 CanLII 18799	378
D.W. (Re)	2011 CanLII 18217	383
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	184
Dagg c. Canada (Ministre des Finances)	[1997] 2 R.C.S. 403	747
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.	2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460	139
de Montigny c. Brossard (Succession)	2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64	1218
Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.	(2002), 58 O.R. (3d) 339	1189
Demers c. Autorité des marchés financiers	2013 QCCA 323 (CanLII)	777, 796
Dennis (Re)	2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL)	917
Descôteaux c. Mierzwinski	[1982] 1 R.C.S. 860	683
Designers Guild Ltd. c. Russell Williams (Textiles) Ltd.	[2001] 1 All E.R. 700	1188
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal	[1978] 1 R.C.S. 152	21
Divito c. Canada (Ministre de la Justice)	2004 CanLII 39111	164
Divito c. Canada (Ministre de la Justice)	2004 CanLII 46681	164
Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.	[1980] 2 R.C.S. 865	109
Doré c. Barreau du Québec	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395	178, 189
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	20
Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226	908
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	76, 147, 908
E		
E. (M^me^) c. Eve	[1986] 2 R.C.S. 388	358
E. (Re)	2009 CanLII 28625	378
E.B. (Re)	2006 CanLII 46624	378
E.J.G. (Re)	2007 CanLII 44704	370
Edwards c. The Queen	[1973] A.C. 648	438
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	168
Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 916	100
Emery c. Royal Oak Mines Inc.	(1995), 24 O.R. (3d) 302	1008
Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231	1186
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	169, 1138
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	171, 180
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	712

Intitulé de la cause	Renvoi	Page

F

Fairhurst c. Anglo American PLC	2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45	571
Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.	268 F. 575 (1920)	522
Ferneyhough c. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.)	2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76	91
Fleming c. Reid	(1991), 4 O.R. (3d) 74	357
Florida c. Harris	133 S.Ct. 1050 (2013)	241
Florida c. Jardines	133 S.Ct. 1409 (2013)	268
Ford c. F. Hoffmann-La Roche Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 758	590
Forget c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 90	835
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455	19
Friedland (Re)	2010 BCSECCOM 654 (CanLII)	924

G

G. (Re)	2009 CanLII 25289	370
Garland c. Consumers' Gas Co.	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629	518
Gauthier c. Beaumont	[1998] 2 R.C.S. 3	1212
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	78
Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	1217
Gilbert c. Attorney-General	[2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72	1014
Gilbert c. Canadian Imperial Bank of Commerce	(2004), 3 C.P.C. (6th) 35	589
Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc.	(1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1	1035
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494	919, 929
Glykis c. Hydro-Québec	2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285	826, 882
Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes	2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54	514
Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital	2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274	368, 406
Graat c. La Reine	[1982] 2 R.C.S. 819	290
Graham c. Baker	(1961), 106 C.L.R. 340	1014
Grand Trunk Railway c. Beckett	(1887), 16 R.C.S. 713	1007
Great Atlantic & Pacific Co. of Canada	[1994] O.L.R.B. Rep. March 303	752
Grollo c. Palmer	(1995), 184 C.L.R. 348	35
Groupe Québécor Inc. c. Grégoire	(1988), 15 Q.A.C. 113	115
Guilbert c. Vacances sans Frontière Ltée	[1991] R.D.J. 513	627
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	624
Guy c. Trizec Equities Ltd.	[1979] 2 R.C.S. 756	1007, 1046

H

H.J. (Re)	2003 CanLII 49837	378
H.L. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401	1132
Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.	(2004), 13 C.P.C. (6th) 1	525, 971
Halabi c. Becker Milk Co.	(1998), 39 O.R. (3d) 153	969
Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.	392 U.S. 481 (1968)	493, 638

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Harmegnies c. Toyota Canada inc.	2008 QCCA 380 (CanLII)	626
Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391	169
Heidary (Re)	2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959	905
Henderson c. The King	[1948] R.C.S. 226	468
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	1209
Hollick c. Toronto (Ville)	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158	510, 566, 585, 644, 956
Hongkong Bank of Can. c. Touche Ross & Co.	(1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381	311
Hopkins c. Norcross plc	[1993] 1 All E.R. 565	1014
Hopp c. Lepp	[1980] 2 R.C.S. 192	356, 393
Hornby Island Trust Ctee. c. Stormwell	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383	152
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	1129, 1189
Hubert c. Merck & Co. Inc.	2007 QCCS 3291 (CanLII)	650
Hunt c. Carey Canada Inc.	[1990] 2 R.C.S. 959	510, 566
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	168, 180, 230, 272, 670
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	72

I

I.H.V., Re	2008 ABQB 250, 449 A.R. 211	406
Illinois Brick Co. c. Illinois	431 U.S. 720 (1977)	497, 639
Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))	C.I.J. (3 février 2012)	879
In re Criminal Code	(1910), 43 R.C.S. 434	22
In re : Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation	552 F.3d 305 (2008)	525
In Re : Linerboard Antitrust Litigation	305 F.3d 145 (2002)	530
In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie	No. PX-91-283 (1991)	409
In the Matter of Baby "K"	16 F.3d 590 (1994)	409
Infineon Technologies AG c. Option consommateurs	2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600	491, 561
Inglewood Pulp and Paper Co. c. New Brunswick Electric Power Commission	[1928] A.C. 492	318
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1987] 1 R.C.S. 181	1098
Irving Oil Co. c. The King	[1946] R.C.S. 551	318
Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.	(2009), 99 O.R. (3d) 358	525, 971
Islamic Republic of Iran c. Hashemi	2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567	892

Intitulé de la cause	Renvoi	Page
J		
Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson	[1980] 1 R.C.S. 812	1006, 1047
Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1995] 2 C.F. 595	827
Jin c. Calgary Health Region	2007 ABQB 593, 428 A.R. 161	407
K		
K.M.S. (Re)	2007 CanLII 29956	377
Kamel c. Canada (Procureur général)	2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59	182
Kamel c. Canada (Procureur général)	2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449	182
Kerr c. Baranow	2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269	518, 569
Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)	2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3	494, 563, 638
Klay c. Humana, Inc.	382 F.3d 1241 (2004)	964
Knapton c. ECC Card Clothing Ltd.	[2006] I.C.R. 1084	1014
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	49
Kuwait Airways Corp. c. Irak	2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571	880
L		
L.E.L. Marketing Ltée c. Otis	[1989] Q.J. No. 1229 (QL)	123
Laboucane c. Brooks	2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20	83
Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football), Ltd.	[1964] 1 All E.R. 465	1187
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	178, 189
Landry c. Audet	2011 QCCA 535, [2011] R.J.Q. 570	1211
Lau c. Bayview Landmark Inc.	(1999), 40 C.P.C. (4th) 301	574, 585
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209	683
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773	747
Law Society of British Columbia c. Mangat	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113	86
Lévis (Ville) c. Tétreault	2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420	772, 801
Lewis c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 821	947
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes	[1993] 3 R.C.S. 724	916
Lindal c. Lindal	[1981] 2 R.C.S. 629	1209
Lines c. British Columbia (Securities Commission)	2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281	925
Longpré c. Thériault	[1979] C.A. 258	1199
Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée	[1997] 2 C.F. 3	1204
M		
M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba	[1999] 2 R.C.S. 961	186
M. (A.) c. Benes	(1999), 46 O.R. (3d) 271	382
M. (K.) c. M. (H.)	[1992] 3 R.C.S. 6	924
MacKinnon c. National Money Mart Co.	2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214	592
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson	[1995] 4 R.C.S. 725	16, 43
Mahesan c. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.	[1979] A.C. 374	522
Maitland Capital Ltd. (Re)	2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729	924

Intitulé de la cause	Renvoi	Page
Malette c. Shulman	(1990), 72 O.R. (2d) 417	357
Manco Home Systems Ltd., Re	1989 CanLII 2819	210
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)	2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623	926
Marcotte c. Longueuil (Ville)	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65	623
Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.	2006 QCCS 3314, [2006] R.J.Q. 2851	1215
Markson c. MBNA Canada Bank	2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321	983
Marston c. Autorité des marchés financiers	2009 QCCA 2178 (CanLII)	773
Martin c. Société Telus Communications	2010 QCCA 2376 (CanLII)	624
Mason's Case	(1756), Fost. 132, 168 E.R. 66	433
Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.	[1940] R.C.S. 218	1186
Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.	2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387	1196
McCracken c. Canadian National Railway Co.	2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745	972
McInerney c. MacDonald	[1992] 2 R.C.S. 138	386, 404
McKay c. The Queen	[1965] R.C.S. 798	186
McKechnie c. McKechnie	2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228	306
McLean (Re)	2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734	903
McMartin c. The Queen	[1964] R.C.S. 484	723
Mentmore Manufacturing Co. c. National Merchandising Manufacturing Co.	(1978), 89 D.L.R. (3d) 195	1199
Molis c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 356	785
Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser	2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902	1204
Montreal City c. Montreal Harbour Commissioners	[1926] A.C. 299	82
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141	917
Moore Corp. c. Charette	(1987), 19 C.C.E.L. 277	123
Morriss c. British Columbia	2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1	306
Mulcahy c. The Queen	(1868), L.R. 3 H.L. 306	514
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	85, 500
Municipal Corporation of City of Toronto c. Virgo	[1896] A.C. 88	834
Murphy c. Welsh	[1993] 2 R.C.S. 1069	926

N

N., Re	2009 CarswellOnt 4748	384
Nadon c. Ville d'Anjou	[1994] R.J.Q. 1823	623
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	913
National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne	(1961), 105 C.L.R. 569	1014
National Trust Co. c. Gleason	77 N.Y. 400 (1879)	522
Nault c. Canadian Consumer Co. Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 553	623
Nelles c. Ontario	[1989] 2 R.C.S. 170	23
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)	[1993] 1 R.C.S. 319	20
Nichols c. Universal Pictures Corporation	45 F.2d 119 (1930)	1188
Nielsen (Re)	2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478	924
Norberg c. Wynrib	[1992] 2 R.C.S. 226	386, 411
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616	910

Intitulé de la cause	Renvoi	Page
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	31, 1142
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	92
Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) c. Workers' Compensation Appeals Tribunal	2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390	91
Novak c. Bond	[1999] 1 R.C.S. 808	923

O

OBG Ltd. c. Allan	[2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1	517
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée	[1995] 2 R.C.S. 1031	329
Ontario c. Figueroa	(2003), 64 O.R. (3d) 321	32, 48
Ontario Federation of Anglers & Hunters c. Ontario (Ministry of Natural Resources)	(2002), 211 D.L.R. (4th) 741	827
Ontario (Procureur général) c. Fraser	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3	751
Option Consommateurs c. British Airways PLC	2010 QCCS 140 (CanLII)	618
Option consommateurs c. Infineon Technologies AG	2011 QCCA 2116 (CanLII)	561
Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.	2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350	625
Order P2010-003		745

P

P. (D.), Re	2010 CarswellOnt 7848	378
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	700
Papeterie L'Écriteau inc. c. Barbier	[1998] J.Q. nº 5090 (QL)	119
Paré c. Rail & Water Terminal (Quebec) Inc.	[1978] 1 C.F. 23	83
Parnerkar c. La Reine	[1974] R.C.S. 449	472
Parry c. Cleaver	[1970] A.C. 1	1002, 1046
Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 R.C.S. 890	71
Pearson c. Inco Ltd.	(2006), 78 O.R. (3d) 641	969
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762	518, 567
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678	864
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	918
Pettkus c. Becker	[1980] 2 R.C.S. 834	518
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	908
Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs	2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367	624
Phillips c. Western Company of North America	953 F.2d 923 (1992)	1000, 1048
Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.	(1990), 33 C.P.R. (3d) 242	1196
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	16, 86
Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association	[1983] 1 R.C.S. 498	72
Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau	[1999] R.J.Q. 1939	1194
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	827
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG	2008 BCSC 575 (CanLII)	537
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG	2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272	524, 561
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corp.	2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90	559

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation	2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477	555, 585, 638, 971

Q

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	1209
Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536	78
Québec (Procureur général) c. R.C.	[2003] R.J.Q. 2027	42
Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.	[2001] R.J.Q. 966	611
Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson	(1883), 10 R.C.S. 222	82

R

R. c. 974649 Ontario Inc.	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575	43
R. c. A.M.	2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569	224, 257
R. c. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	1131
R. c. Allain	(1998), 205 R.N.-B. (2e) 201	668
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	668
R. c. Arcuri	2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828	461, 712
R. c. Aucoin	2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408	270
R. c. Audet	[1996] 2 R.C.S. 171	947
R. c. Avetysan	2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745	715
R. c. Bailey	2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128	1080
R. c. Bain	[1992] 1 R.C.S. 91	46
R. c. Barrow	(2001), 54 O.R. (3d) 417	1136
R. c. Batista	2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376	939
R. c. Belnavis	[1997] 3 R.C.S. 341	267
R. c. Beyo	(2000), 47 O.R. (3d) 712	940
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	168, 180
R. c. Black and Decker Manufacturing Co.	[1975] 1 R.C.S. 411	200
R. c. Borden	[1994] 3 R.C.S. 145	241
R. c. Boudreau-Fontaine	2010 QCCA 1108 (CanLII)	682
R. c. Bramley	2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286	233, 292
R. c. Briscoe	2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411	775
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	298
R. c. Buzizi	2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248	430, 470
R. c. Cairenius	(2008), 232 C.C.C. (3d) 13	45
R. c. Cairney	2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420	460, 474
R. c. Calderon	(2004), 188 C.C.C. (3d) 481	246
R. c. Candir	2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119	715
R. c. Canning	[1986] 1 R.C.S. 991	712
R. c. Caron	2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78	17, 43
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	231
R. c. Chan	2002 ABCA 299, 317 A.R. 240	31
R. c. Charles	2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33	675
R. c. Chehil	2013 CSC 49. [2013] 2 R.C.S. 220	257, 288
R. c. Chemama	2008 ONCJ 140 (CanLII)	50

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Cinous	2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3	430, 445, 461, 470
R. c. Clay	2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735	1149
R. c. Clemente	[1994] 2 R.C.S. 758	936
R. c. Cole	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34	675
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	229, 272
R. c. Comeau	2010 QCCQ 20939 (CanLII)	935
R. c. Côté	2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215	688
R. c. Cunningham	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331	17, 43
R. c. Demers	2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489	1145
R. c. Dinardo	2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788	292
R. c. Dow Chemical Canada Inc.	(2000), 47 O.R. (3d) 577	329
R. c. Downey	[1992] 2 R.C.S. 10	1136
R. c. E. Star International Inc.	2009 ONCJ 576 (CanLII)	675
R. c. Earle	2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123	241
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	188
R. c. Evans	[1996] 1 R.C.S. 8	268
R. c. F. W. Woolworth Co. Ltd.	(1974), 3 O.R. (2d) 629	774
R. c. Faid	[1983] 1 R.C.S. 265	471
R. c. Felawka	[1993] 4 R.C.S. 199	85
R. c. Felteau	2010 ONCA 821 (CanLII)	937
R. c. Fontaine	2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702	461, 470
R. c. Frieburg	2013 MBCA 40 (CanLII)	242
R. c. G.D.B.	2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520	722
R. c. Gagnon	2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621	293
R. c. Gagnon	2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200	33
R. c. Gauthier	2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403	461, 470
R. c. Gauvin	(1997), 187 R.N.-B. (2e) 262	164
R. c. Gibson	2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61	440
R. c. Golub	(1997), 34 O.R. (3d) 743	234
R. c. Gowing	2012 ABPC 38, 532 A.R. 312	241
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	298, 689
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609	945
R. c. Grilo	(1991), 2 O.R. (3d) 514	1136
R. c. Hall	2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309	1096
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	169, 883
R. c. Hay	2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206	710
R. c. Head	(1987), 59 C.R. (3d) 80	1136
R. c. Heaney	2013 BCCA 177 (CanLII)	940
R. c. Heywood	[1994] 3 R.C.S. 761	1145
R. c. Hibbert	[1995] 2 R.C.S. 973	776
R. c. Hibbert	2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445	712
R. c. Hinse	[1995] 4 R.C.S. 597	17
R. c. Hiscox	2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315	940
R. c. Ho	2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187	31
R. c. Hoang	2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127	241
R. c. Hoy	2010 ABQB 575, 534 A.R. 58	241
R. c. Hundal	[1993] 1 R.C.S. 867	940

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Imani	[2012] N.B.J. No. 120 (QL)	241
R. c. Jaw	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26	714
R. c. Jorgensen	[1995] 4 R.C.S. 55	782, 802
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	224, 257, 287
R. c. Katigbak	2011 CSC 48, [2011] 3 R.C.S. 326	947
R. c. Keegstra	[1995] 2 R.C.S. 381	769
R. c. Khawaja	2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555	1147
R. c. Krafczyk	2011 ABQB 107, 511 A.R. 211	241
R. c. LeBlanc	(1988), 90 R.N.-B. (2e) 63	938
R. c. LeBlanc	[1989] 1 R.C.S. 1583	938
R. c. Lee	(1998), 125 C.C.C. (3d) 363	45
R. c. Louison	(1975), 26 C.C.C. (2d) 266	439
R. c. Lozano	2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL)	241
R. c. M. (M.R.)	[1998] 3 R.C.S. 393	231
R. c. M. (P.S.)	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402	722
R. c. MacDonald	(2002), 166 O.A.C. 121	937
R. c. MacKenzie	2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250	225
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	1131
R. c. Mann	2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59	231, 269, 298
R. c. Mayuran	2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162	430, 445, 460, 472
R. c. McCraw	[1991] 3 R.C.S. 72	936
R. c. McNeil	2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66	179
R. c. Mezzo	[1986] 1 R.C.S. 802	712
R. c. Mohamad	(2004), 69 O.R. (3d) 481	676
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9	1195
R. c. Monney	[1999] 1 R.C.S. 652	231
R. c. Morales	[1992] 3 R.C.S. 711	17
R. c. Morelli	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253	668
R. c. Morgentaler	[1988] 1 R.C.S. 30	754, 1128
R. c. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	292
R. c. Neve	(1993), 145 A.R. 311	940
R. c. Nguyen	(1997), 119 C.C.C. (3d) 269	1096
R. c. Nguyen	2013 SKQB 36 (CanLII)	241
R. c. Nikolovski	[1996] 3 R.C.S. 1197	712
R. c. Noble	2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6	940
R. c. Noble	2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144	940
R. c. Nolet	2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851	268
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 R.C.S. 606	631
R. c. O'Brien	2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144	941
R. c. O'Brien	2013 CSC 2, [2013] 1 R.C.S. 7	936
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	793
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	184
R. c. Osolin	[1993] 4 R.C.S. 595	470
R. c. Pappas	2013 CSC 56, [2013] 3 R.C.S. 452	430

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Parent	2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761	464
R. c. Park	[1995] 2 R.C.S. 836	461
R. c. Patrick	2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579	243
R. c. Payette	2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289	235
R. c. Peterman	(2004), 70 O.R. (3d) 481	22
R. c. Pickton	2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198	718
R. c. Pierce	(1982), 37 O.R. (2d) 721	1134
R. c. Plant	[1993] 3 R.C.S. 281	676
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	20, 793
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	314
R. c. R.E.M.	2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3	272
R. c. Reitsma	[1998] 1 R.C.S. 769	712
R. c. Rémy	[1993] R.J.Q. 1383	938
R. c. Rockwood	(1989), 91 N.S.R. (2d) 305	32
R. c. Rose	[1998] 3 R.C.S. 262	17
R. c. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	22, 39
R. c. Rudnicki	[2004] R.J.Q. 2954	940
R. c. Rumbaut	1998 CanLII 9816	164
R. c. Ryan	2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161	32
R. c. Ryan	2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97	241
R. c. S.S.C.	2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57	1147
R. c. Samra	(1998), 41 O.R. (3d) 434	45
R. c. Sanchez	(1994), 93 C.C.C. (3d) 357	668
R. c. Schrenk	2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12	269
R. c. Shepherd	2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527	244, 275
R. c. Shiers	2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196	668
R. c. Simmons	[1988] 2 R.C.S. 495	231
R. c. Simpson	(1993), 12 O.R. (3d) 182	225
R. c. Spence	2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458	1131
R. c. Squire	[1977] 2 R.C.S. 13	439
R. c. Stewart	2012 ONCJ 298 (CanLII)	1080
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	298
R. c. Stolar	[1988] 1 R.C.S. 480	726
R. c. Storrey	[1990] 1 R.C.S. 241	241
R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy	[1924] 1 K.B. 256	1076
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	27
R. c. Thibert	[1996] 1 R.C.S. 37	435, 446, 472
R. c. Tran	2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109	279
R. c. Tran	2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350	430, 445, 463, 473
R. c. Tripodi	[1955] R.C.S. 438	437, 464
R. c. Tse	2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531	243
R. c. Turnbull	[1976] 3 All E.R. 549	712
R. c. Turpin	2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67	272
R. c. Upson	2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87	938
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	769, 800
R. c. Vu	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657	1080
R. c. Welsh	(1869), 11 Cox C.C. 336	432

Intitulé de la cause	Renvoi Page
R. c. White	2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374 ..... 31, 50
R. c. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 R.C.S. 154 788
R. c. Whyte	2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317 279
R. c. Wise	[1992] 1 R.C.S. 527 267
R. c. Wong	2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342 246
R. c. Worthington	(1972), 10 C.C.C. (2d) 311 1134
R. c. Yeh	2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1 ..... 269, 291
R. c. Zack	[1999] O.J. No. 5747 (QL) 1080
R. c. Zundel	[1992] 2 R.C.S. 731 1155
R. c. Zurowski	2004 CSC 72, [2004] 3 R.C.S. 509 712
R. (Burke) c. General Medical Council	[2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132 374
Rathwell c. Rathwell	[1978] 2 R.C.S. 436 518
Ratych c. Bloomer	[1990] 1 R.C.S. 940 1002
Re Code canadien du travail	[1992] 2 R.C.S. 50 890
Re Doctors Hospital and Minister of Health	(1976), 12 O.R. (2d) 164 827
Re J (a minor) (wardship : medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 614 408
Re R (a minor) (wardship : medical treatment)	[1991] 4 All E.R. 177 408
Re S.D.	[1983] 3 W.W.R. 618 358
Redpath c. Belfast and County Down Railway	(1947), N.I. 167 1005
Reference re : Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.), ss. 32, 34	(1987), 44 D.L.R. (4th) 501 71
Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.	2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859 641
Reibl c. Hughes	[1980] 2 R.C.S. 880 ..... 356, 393
Reid c. Ford Motor Co.	2006 BCSC 712 (CanLII) 522
Reid c. Georgia	448 U.S. 438 (1980) 233
Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)	[1996] 1 R.C.S. 186 16
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123 1120
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières	2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 929
Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168	2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489 90
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313 ..... 169, 751
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3 ..... 16, 47
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217 19
Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714 21
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486 1143
Richard c. Time Inc.	2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265 1218
Risorto c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	(2007), 38 C.P.C. (6th) 373 587
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27 ..... 883, 1093
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199 1131
Roberge c. Bolduc	[1991] 1 R.C.S. 374 149
Robinson (Re)	2013 LNABASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII) 924
Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.	2007 QCCA 1052 (CanLII) 122
Rockert c. La Reine	[1978] 2 R.C.S. 704 1154
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519 ..... 413, 1139

Intitulé de la cause	Renvoi	Page
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283	909, 1186
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	925
Rosso c. Autorité des marchés financiers	2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61	653
Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit	2008 BCSC 318 (CanLII)	407
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan	2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188	85
Royal Bank of Canada c. Capital Factors Inc.	[2004] Q.J. No. 11841 (QL)	618
Rumley c. Colombie-Britannique	2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184	966

S

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156	750
S.S. (Re)	2011 CanLII 5000	383
Salamon c. The Queen	[1959] R.C.S. 404	438
Sauer c. Canada (Agriculture)	2008 CanLII 43774	575, 588
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)	2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519	171
Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.	(1998), 132 Man. R. (2d) 222	406
Scardoni c. Hawryluck	(2004), 69 O.R. (3d) 700	373
Schachter c. Canada	[1992] 2 R.C.S. 679	754, 1165
Schreiber c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269	1209
Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson	(2006), 85 O.R. (3d) 665	521
Seto (Re)	2006 BCSECCOM 569 (CanLII)	914
Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157	109, 864
Shaw c. Director of Public Prosecutions	[1962] A.C. 220	1157
Sheldon c. Metro-Goldwyn Pictures Corporation	106 F.2d 45 (1939)	1204
Shuchuk c. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)	2012 ABCA 50, 522 A.R. 336	154
Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. c. Bruneau	[1924] R.C.S. 168	83
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	184
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	169
Sloas c. CSX Transportation, Inc.	616 F.3d 380 (2010)	1000
Smith c. National Money Mart Co.	(2006), 80 O.R. (3d) 81	516
Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority	[1991] 2 A.C. 502	1014
Snyder c. Montreal Gazette Ltd.	[1988] 1 R.C.S. 494	1209
Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy	2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100	861
Société canadienne de métaux Reynolds ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)	[2004] R.D.F.Q. 45	148
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada	2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326	1186
Société canadienne des postes c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles	[1999] R.J.Q. 957	72
Société canadienne des postes c. Commission de la santé et de la sécurité du travail	[1996] R.J.Q. 873	72
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch	[1986] 1 R.C.S. 549	17

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.	[2002] R.J.Q. 2639	1213
Solomon c. Québec (Procureur général)	2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127	1217
Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.	245 U.S. 531 (1918)	496
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.	2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205	618
Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique	2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609	178, 180
Starson c. Swayze	2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722	358
Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. c. M.A.	2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872	1212
Steele c. Toyota Canada Inc.	2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271	587
Steele c. Toyota Canada Inc.	2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389	536
Sterling Combustion inc. c. Roco Industrie inc.	2005 QCCA 662 (CanLII)	618
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	63
Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.	2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55	491
Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company	2010 BCSC 922 (CanLII)	653
Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company	2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545	491, 638
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	1138
Sweiss c. Alberta Health Services	2009 ABQB 691, 483 A.R. 340	368, 406
Sylvester c. Colombie-Britannique	[1997] 2 R.C.S. 315	994, 1035
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée	2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458	911
Synergen Housing Co-op Ltd.	2010 CanLII 98626	745

T

T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 R.C.S. 1083	750
Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.	(1998), 40 O.R. (3d) 379	578
ter Neuzen c. Korn	[1995] 3 R.C.S. 674	411
Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.	2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381	20
Terry c. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	233
Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	2012 CSC 23, [2012] 2 R.C.S. 3	70
Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336	1186
Thompson c. Masson	[1993] R.J.Q. 69	617
Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 106	827
Thornton c. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 R.C.S. 267	1184
Tracy (Guardian ad litem of) c. Instaloans Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.	2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577	569
Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. c. Trans-Canada Thermographing Ltd.	SOQUIJ AZ-92021644	119
Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.	[1990] R.D.J. 500	623

U

United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.	[1941] A.C. 1	521
United States c. Burgess	576 F.3d 1078 (2009)	684
United States c. Carey	172 F.3d 1268 (1999)	684
United States c. Christie	717 F.3d 1156 (2013)	684
United States c. Gooding	695 F.2d 78 (1982)	233
United States c. Price	288 F.2d 448 (1961)	1000, 1048

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
United States c. Sokolow	490 U.S. 1 (1989)	234
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)	2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485	826
Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation	[1983] A.C. 366	522

V

Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	24
Vézeau c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 277	771
VitaPharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	(2002), 20 C.P.C. (5th) 351	571

W

Waddell c. Governor in Council	(1983), 8 Admin. L.R. 266	826
Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes	131 S.Ct. 2541 (2011)	531
Webb c. K-Mart Canada Ltd.	(1999), 45 O.R. (3d) 389	966
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.	[2001] 2 C.F. 618	1204
Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton	2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534	527, 573, 583, 627
Western Minerals Ltd. c. Gaumont	[1953] 1 R.C.S. 345	140, 149
Whiten c. Pilot Insurance Co.	2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595	1222
Woods Manufacturing Co. c. The King	[1951] R.C.S. 504	152
Woods (Re)	1997 LNBCSC 11 (QL)	914
Workers' Compensation Appeal Board c. Penney	(1980), 38 N.S.R. (2d) 623	91
Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.	[1920] A.C. 184	70
World Wide Chemicals Inc. c. Bolduc	1991 CarswellQue 1157	123
Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée	[1987] 1 R.C.S. 952	212

Y

Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée c. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée	[1992] R.J.Q. 2608	119

Z

Zadvorny c. Saskatchewan Government Insurance	(1985), 38 Sask. R. 59	142, 152
Zidaric c. Toshiba of Canada Ltd.	(2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61	522

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act respecting the distribution of financial products and services, R.S.Q., c. D-9.2
s. 482 756
s. 491 756

Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions, S.Q. 2008, c. 21 125

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 ..... 157, 733, 1102
s. 2(b) 733, 1102
s. 6(1) 157
s. 7 1102
s. 8 ..... 220, 250, 657
s. 9 250
s. 24(2) 250, 657

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12
s. 49 1168

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64
art. 1425 838
art. 1621 1168
art. 2095 95
art. 3148(3) 600

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50
s. 4(1) 477, 545

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6
s. 5(1)(d) 949

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25
art. 1003 600
art. 1048 600

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55
s. 28 301

PAGE

Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10
s. 7 1053
s. 9 1053

Constitution Act, 1867
s. 91(10) 53

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42
s. 35 1168

Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79
s. 1 301

Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, c. 82
s. 20 191
s. 23 191

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 197(1) 1102
s. 210 1102
s. 212(1)(j) 1102
s. 213(1)(c) 1102
s. 232 ..... 420, 452
s. 264.1(1)(a) 931

E

Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19
s. 15(1) 323

H

Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A
s. 2(1) 341
s. 10(1)(b) 341
s. 20 341
s. 21 341
s. 37 341

PAGE

I

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 87 191

International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21
s. 8(1) 157
s. 10(1)(a) 157
s. 10(2)(a) 157

M

Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6
s. 6(2) 53

O

O. Reg. 201/96
s. 12.0.2 810

P

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5 733

Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003 733

Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15
s. 113 1053

R

R.R.O. 1990, Reg. 935
s. 9 810

PAGE

S

Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418
s. 159 895
s. 61(6)(d) 895

Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1
s. 14.1 125
s. 228.1 125
s. 319.1 125

W

Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11
s. 44 53

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ..... 157, 733, 1102
art. 2b) 733, 1102
art. 6(1) 157
art. 7 1102
art. 8 ..... 220, 250, 657
art. 9 250
art. 24(2) 250, 657

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12
art. 49 1168

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50
art. 4(1) 477, 545

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64
art. 1425 838
art. 1621 1168
art. 2095 95
art. 3148(3) 600

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 197(1) 1102
art. 210 1102
art. 212(1)j) 1102
art. 213(1)c) 1102
art. 232 ..... 420, 452
art. 264.1(1)a) 930

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25
art. 1003 600
art. 1048 600

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55
art. 28 301

Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10
art. 7 1053
art. 9 1053

PAGE

Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79
art. 1 301

Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 82
art. 20 191
art. 23 191

L

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91(10) 53

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6
art. 5(1)d) 949

Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A
art. 2(1) 341
art. 10(1)b) 341
art. 20 341
art. 21 341
art. 37 341

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.)
art. 87 191

Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2008, ch. 21 125

Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., ch. D-9.2
art. 482 756
art. 491 756

Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19
art. 15(1) 323

PAGE

Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6
art. 6(2) 53
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42
art. 35 1168
Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21
art. 8(1) 157
art. 10(1)a) 157
art. 10(2)a) 157
Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1
art. 14.1 125
art. 228.1 125
art. 319.1 125
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15
art. 113 1053

O

O. Reg. 201/96
art. 12.0.2 810

P

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5 733

Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003 733

R

R.R.O. 1990, Règl. 935
art. 9 810

S

Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418
art. 159 895
art. 161(6)d) 895

PAGE

W

Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11
art. 44 53

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGES

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2013, release 46). 752

Adams, George W. *Consultation Report of the Honourable George W. Adams, Q.C. to the Attorney General and Solicitor General Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998. ..... 1072, 1092

Adams, George W. *Rapport d'étude sur les réformes de l'Unité des enquêtes spéciales rédigé à l'intention du procureur général de l'Ontario par l'honorable George W. Adams, c.r.* Toronto : Ministère du Procureur général, 2003. 1078

Adams, George W. *Review Report on the Special Investigations Unit Reforms prepared for the Attorney General of Ontario by The Honourable George W. Adams, Q.C.* Toronto: Ministry of the Attorney General, 2003. 1078

Antitrust Modernization Commission. *Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations*. Washington, D.C.: The Commission, 2007 (online: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm). 504

Arendt, Hannah. *Les origines du totalitarisme*, t. 2, *L'impérialisme*, trad. par Martine Leiris. Paris : Fayard, 1982. 169

Arendt, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*, new ed. London: George Allen and Unwin, 1967. 169

Ashworth, A. J. "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", [1973] *Crim. L.R.* 483. 433

Ashworth, A. J. "The Doctrine of Provocation" (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292. 432

Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur la prévention et le règlement de conflits éthiques entre les prestateurs de soins de santé et les personnes recevant les soins », 1999 (en ligne : http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03F.pdf). 414

Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur la réanimation (mise à jour 1995) », 1995 (en ligne : http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD95-03F.pdf). 414

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. I. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007. ..... 634, 1209

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, dir. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013. ..... 854, 1209

PAGE

Beatson, J. *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991. 522

Béliveau, Nathalie-Anne, et Sébastien LeBel. « Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 338, *Développements récents en droit de la non-concurrence*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2011, 113. 120

Benaroche, Patrick L. « La non-sollicitation : paramètres juridiques applicables en matière d'emploi », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 289, *Développements récents sur la non-concurrence*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008, 183. 120

Berenson, William M. "Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of the OAS", in Hassane Cissé, Daniel D. Bradlow and Benedict Kingsbury, eds., *The World Bank Legal Review*, vol. 3, *International Financial Institutions and Global Legal Governance*. Washington, D.C.: World Bank, 2013, 133. 886

Berg, David. "The Limits of Friendship: the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts" (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67. 27

Bich, Marie-France. « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 243. 121

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009. ..... 152, 209

Blynn, Daniel. "Cy Pres Distributions: Ethics & Reform" (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435. 564

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver: The Commission, 1982. ... 309

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on the Court Order Interest Act*. Vancouver: The Commission, 1987. 308

British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078. 537

British Columbia Company Law Practice Manual, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2007. 209

British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver: The Centre, 1998, Rule 37 (online: www.bcicac.com/arbitration/rules-of-procedure/domestic-commercial-arbitration-rules-of-procedure). 322

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012). 154, 826

Burrows, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. ... 1000

Campbell, Colin. *Administration of Income Tax 2013*. Toronto: Thomson/Carswell, 2013. 859

Canada. *A Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation*, 2004 (online: http://www.securitiescanada.org/2004_0930_mou_english.pdf). 920

Canada. Bureau de la concurrence. *Pour une concurrence avantageuse des médicaments génériques au Canada : Préparons l'avenir*. Ottawa : Le Bureau, 2008 (en ligne : http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03026.html). 816

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3e sess., 34e lég., 4 octobre 1991, p. 3332 et suiv. 885

PAGE

Canada. Chambre des communes. Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada*. Ottawa : Communication Canada, 2006. 1161

Canada. Commission de réforme du droit. « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », document de travail 28. Ottawa : La Commission, 1982. 413

Canada. Competition Bureau. *Benefiting from Generic Drug Competition in Canada: The Way Forward*. Ottawa: The Bureau, 2008 (online: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03026.html). 816

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, pp. 3332 ff. 885

Canada. House of Commons. Subcommittee on Solicitation Laws of the Standing Committee on Justice and Human Rights. *The Challenge of Change: A Study of Canada's Criminal Prostitution Laws*. Ottawa: Communication Canada, 2006. 1161

Canada. Law Reform Commission. "Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment", Working Paper 28. Ottawa: The Commission, 1982. 413

Canada. *Protocole d'entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières*, 2004 (en ligne : http://www.valeursmobilieres.org/2004_0930_mou_francais.pdf). 920

Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972. 748

Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972. 748

Canada. Sénat. Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide. *De la vie et de la mort : Rapport du Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide.* Ottawa : Le Comité, 1995. 415

Canada. Senate. Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide. *Of Life and Death: Report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide*. Ottawa: The Committee, 1995. 415

Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. "Joint Statement on Preventing and Resolving Ethical Conflicts Involving Health Care Providers and Persons Receiving Care", 1999 (online: http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03.pdf). 414

Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. "Joint Statement on Resuscitative Interventions (Update 1995)", 1995 (online: http://www.cma.ca/index.php/ci_id/33236/la_id/1.htm). 414

Canadian Institute for Health Information. *National Health Expenditure Trends, 1975 to 2012*. Ottawa: The Institute, 2012 (online: https://secure.cihi.ca/free_products/NHEXTrendsReport2012EN.pdf). 816

Canadian Judicial Council. *Alternative Models of Court Administration*. Ottawa: The Council, 2006 (online: http://www.cjc.gc.ca). 23

Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008. 998

Clermont, Benoît. « Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur* : leur protection et leur création » (2006), 18 *C.P.I.* 219. 1190

Clewley, Gary. "Officers and the SIU" (2009), 4 *The Back-Up* 25. 1085

Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London: Clarke, 1809 (first published 1644). 432, 1154

PAGE

Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba. Statement No. 1602 : « Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment », September 2007 (online : http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf). 414

College of Physicians & Surgeons of Manitoba. Statement No. 1602: "Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment", September 2007 (online: http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf). 414

College of Physicians and Surgeons of Ontario. Policy Statement #1-06: "Decision-making for the End of Life", July 2006 (online: http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582). 414

Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver : The Commission, 1982. 309

Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on the Court Order Interest Act*. Vancouver : The Commission, 1987. 308

Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078. 537

Conseil canadien de la magistrature. *Modèles d'administration des tribunaux judiciaires*. Ottawa : Le Conseil, 2006 (en ligne : http://www.ccm.gc.ca). 23

Coss, Graeme. "'God is a righteous judge, strong and patient: and God is provoked every day'. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England" (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570. 432

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009. ..... 140, 372, 918

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ..... 140, 372, 918

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. 786

Covey, Frank M., Jr. "Amicus Curiae: Friend of the Court" (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30. 25

Craies, William Feilden. *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by Walter S. Scott. London: Sweet & Maxwell, 1936. 140

Craig, John D. R. "Invasion of Privacy and *Charter* Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J./R.D. McGill* 355. 748

Cresp, Marie. *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*. Aix-en-Provence, France : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013. 862

Cullity, Maurice. "Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of 'Some Basis in Fact'" (2011), 51 *Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.* 407. ..... 524, 975

Currie, John H., Craig Forcese and Valerie Oosterveld. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*. Toronto: Irwin Law, 2007. 879

Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2013. 854

Dickens, Bernard M. "A Canadian Development: Non-Party Intervention" (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666. 26

Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière, 3e éd. Toronto : Institut canadien des comptables agréés, 2011. 209

Drapeau, Michel W., and Marc-Aurèle Racicot. *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013*. Toronto: Carswell, 2012. 744

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ..... 88, 882, 918

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974. 883

Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown*. London: Sweet & Maxwell, 1964. 22

PAGE

Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2013, release 21). 526

Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated May 2013, release 22). 564

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011. 618

Fleming, John G. "The Collateral Source Rule and Contract Damages" (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56. 1018

Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010. 675

Fox, Hazel. *The Law of State Immunity*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. 880

Friedmann, Daniel. "Restitution for Wrongs: The Basis of Liability", in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 133. 522

Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009. 1209

Gardner, Daniel. « Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations » (2012), 114 *R. du N.* 63. 1211

Gavil, Andrew I. "Thinking Outside the *Illinois Brick* Box: A Proposal for Reform" (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167. ... 508

Gendron, François. *L'interprétation des contrats*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002. 861

Ghestin, Jacques. « La notion de contrat » (1990), 12 *Droits* 7. 854

Glover, J. Maria. "The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law" (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137. 507

Gold, Alan D. "Applying Section 8 in the Digital World: Seizures and Searches". Paper prepared for the Law Society of Upper Canada, 7th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 9, 2007. 676

Good, Mathew. "Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185. 968

Gratton, Éloïse. *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013. 744

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 3. London: Butterworths, 1973. 1098

Halsbury's Laws of England, 4th ed. (reissue), vol. 37. London: Butterworths LexisNexis, 2001. 43

Harris, Robert G., and Lawrence A. Sullivan. "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis" (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269. 506

Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997. 367

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1). 70

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1). 182

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1). 748

Hogg, Peter W. "The Brilliant Career of Section 7 of the Charter" (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195. 1147

Hunt, Chris D. L. "Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort" (2011), 37 *Queen's L.J.* 167. 748

PAGE

Iacobucci, Frank. "What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?", in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, 17. 964

Institut canadien d'information sur la santé. *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975 à 2012*. Ottawa : L'institut, 2012 (en ligne : https://secure.cihi.ca/free_products/NHEXTrendsReport2012FR.pdf). ... 816

International Labour Organization. *Report of the Director-General: Freedom of association in practice: Lessons learned*. Geneva: International Labour Office, 2008 (online: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096122.pdf). 751

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23. ..... 17, 43

Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011. 1192

Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013. ..... 1024, 1039

Karim, Vincent. *Les obligations*, 3e éd., vol. 2. Montréal : Wilson & Lafleur, 2009. 1219

Kerr, Orin S. "Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure" (2010), 96 *Va. L. Rev.* 1241. 684

Kerr, Orin S. "Searches and Seizures in a Digital World" (2005), 119 *Harv. L. Rev.* 531. 677

Kesby, Alison. *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. 169

Keyes, John Mark. *Executive Legislation*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010. 826

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006. 858

L'Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004. 854

L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit de la consommation*, 6e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2011. 620

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: West, 2012. 684

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*. Montréal : Thémis, 1996. 652

Landes, William M., and Richard A. Posner. "Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick*" (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602. ... 505

Landes, William M., and Richard A. Posner. "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan" (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274. 506

Laskin, John B. "Mobility Rights under the *Charter*" (1982), 4 *S.C.L.R.* 89. 170

LeSage, Patrick J. *Rapport sur des questions concernant l'UES*. Toronto : Ministère du Procureur général, 2011. 1074

LeSage, Patrick J. *Report regarding SIU Issues*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2011. 1074

Létourneau, Gilles. *Code de procédure pénale du Québec : annoté*, 9e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011. 799

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal : Thémis, 2012. ..... 854, 1217

MacNeil, Michael. "Unions and the *Charter*: The Supreme Court of Canada and Democratic Values" (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3. 751

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005). 495

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10). 521, 564

PAGE

Mallette, Jonathan Desjardins. *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*. Mémoire de maîtrise non-publié. Faculté de Droit, Université de Montréal, 2007. 18

Manitoba. Commission de réforme du droit. « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Report #109, December 2003 (online : http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf). 414

Manitoba. Law Reform Commission. "Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment", Report #109, December 2003 (online: http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf). 414

Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009. ..... 437, 446

Marin, André. *Oversight Unseen: Investigation into the Special Investigations Unit's operational effectiveness and credibility*. Toronto: Ombudsman Ontario, 2008. 1071

Marin, André. *Une surveillance imperceptible : Enquête sur l'efficacité et la crédibilité des opérations de l'Unité des enquêtes spéciales*. Toronto : Ombudsman Ontario, 2008. 1071

Marks, John. "Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not" (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387. 1018

Marquis, Paul-Yvan. « L'inscription de faux et la correction des actes notariés » (1990), 92 *R. du N.* 407. ... 863

Maxwell on the Interpretation of Statutes, 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London: Sweet & Maxwell, 1962. 186

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012. 1037

McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law" (1997), 9 *J. Envtl. L.* 221. 333

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2013, release 4). 1191

McMeel, Gerard. *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. 212

"Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court", reproduced in Lord Goldsmith, "Advocate to the Court", *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online: http://www.lawgazette.co.uk). 26

Mohan, S. Chandra. "The *Amicus Curiae*: Friends No More?", [2010] *S.J.L.S.* 352. 25

Moore, Benoît. « Flexible contrat », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012, 569. 854

Moore, Benoît. *JurisClasseur — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal : LexisNexis, 2008 (feuilles mobiles mises à jour mars 2013, envoi nº 8). 854

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Observation générale nº 32, Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, Doc. N.U. CCPR/C/GC/32, 23 août 2007. 892

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale nº 27 (67), CCPR/C/21, rev. 1, add. 9, 2 novembre 1999. 170

Nations Unies. Commission du droit international. « Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », dans *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session*, Doc. N.U. A/35/10, publié dans *Annuaire de la Commission du droit international 1980*, vol. II, deuxième partie. New York : Nations Unies, 1981, 134. 879

PAGE

New Oxford Dictionary of English. Oxford: Clarendon Press, 1998, "preventive", "therapeutic". 364

O'Connor, Kevin J. "Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling?" (2001), 15:3 *Antitrust* 34. 507

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienne : Nations Unies, 2012. 175

Ogus, A. I. *The Law of Damages*. London: Butterworths, 1973. 998

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 2e sess., 34e lég., 17 mai 1990, p. 1318. 1072

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, nos 13, 19 et 23, 2e sess., 39e lég., 12, 21 et 28 avril 2010. 822

Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993. 1081

Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto: The Committee, 1990. 968

Ontario. *Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations*, par Stephen T. Goudge. Toronto : Ministère du Procureur général, 2008. 1131

Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations*, by Stephen T. Goudge. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008. 1131

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vol. I. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982. 966

Ontario. Legislative Assembly. *Hansard — Official Report of Debates*, No. 41, 1st Sess., 33rd Parl., November 7, 1985, p. 1446. 829

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., May 17, 1990, p. 1318. 1072

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, Nos. 13, 19 and 23, 2nd Sess., 39th Parl., April 12, 21 and 28, 2010. 822

Ontario. Race Relations and Policing Task Force. *The Report of the Race Relations and Policing Task Force*. Toronto: The Task Force, 1989. 1071

Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario. Policy Statement #1-06 : « Decision-making for the End of Life », July 2006 (online : http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582). 414

Organisation de coopération et de développement économiques. *Panorama de la santé 2009 : Les indicateurs de l'OCDE*. Paris : OCDE, 2009 (en ligne : http://www.oecd-ilibrary.org/fr/social-issues-migration-health/panorama-de-la-sante-2009_health_glance-2009-fr). 816

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Health at a Glance 2009: OECD Indicators*. Paris: OECD, 2009 (online: http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2009_health_glance-2009-en). 816

Organisation internationale du travail. *Rapport du directeur général : Liberté d'association : enseignements tirés de la pratique*. Genève : Bureau international du Travail, 2008 (en ligne : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096123.pdf). 751

Orkin, Mark M. *Legal Ethics*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2011. 1098

Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011. 517

Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 1, 3e éd. Montréal : Thémis, 2008. ..... 437, 789

Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 2, 2e éd. Montréal : Thémis, 2007. 788

PAGE

Perillo, Joseph M. "The Collateral Source Rule in Contract Cases" (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705. 1018

Picard, Ellen I., and Gerald B. Robertson. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007. ..... 386, 415

Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3e éd. Québec : Publications du Québec, 1986. 140

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001. 854

Plachta, Michal. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg im Breisgau, Germany: Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993. 175

Preuss, Lawrence. "The International Organizations Immunities Act" (1946), 40 *Am. J. Int'l L.* 332. 886

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 40, no 65, 1re sess., 38e lég., 2 avril 2008. 136

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 40, no 52, 1re sess., 38e lég., 3 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi no 68 — *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives*. 136

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 41, no 47, 1re sess., 39e lég., 26 novembre 2009, p. 20-21. 797

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. II. Québec : Publications du Québec, 1993. 110

Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007. 752

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. 826

Reith, Charles. *The Blind Eye of History: a study of the origins of the present Police era*. Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1975. 1077

Renke, Wayne N. "Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729. 434

Robinton, Lily R. "Courting Chaos: Conflicting Guidance from Courts Highlights the Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence" (2010), 12 *Yale J.L. & Tech.* 311. 676

Romney, Paul. *Mr Attorney: The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899*. Toronto: Osgoode Society, 1986. 22

Roubier, Paul. *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993. 140

Royce, Sylvia. "International Prisoner Transfer" (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186. 175

Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*, 5th ed. Eagan, Minn.: West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013). 963

Rubin, Gerald. "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1960), 6 *McGill L.J./R.D. McGill* 168. 1127

Salhany, Roger E. *Report of the Taman Inquiry into the Investigation and Prosecution of Derek Harvey-Zenk*. Winnipeg: Taman Inquiry, 2008. 1081

Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 7th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997. 1082

Sands, Philippe, and Pierre Klein. *Bowett's Law of International Institutions*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson, 2009. 888

PAGE

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. "Suspicious Searches: What's so Reasonable About Them?" (1999), 24 C.R. (5th) 123. ..... 238, 270

Shapiro, Jonathan. "Confusion and Dangers in Lowering the *Hunter* Standards" (2008), 55 C.R. (6th) 396. 242

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009. 170

Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012. 1027

Stedman's Medical Dictionary, 28th ed. Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins, 2006, "extubation". 385

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012. 1147

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011. ..... 437, 447

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ..... 140, 186, 314, 362, 826, 882, 918, 1093

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ..... 864, 1019

Tanovich, David M. "A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles" (2008), 55 C.R. (6th) 379. 246

Tarantino, Bob. "'I've Got This Great Idea for a Show. . .' — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals" (2004), 17 *I.P.J.* 189. 1190

Teplitsky, Martin. "Standard of review of administrative adjudication: 'What a tangled web we weave . . .'" (2013), *Advocates' Soc. J./J. plaideurs* 3. 908

Thimmesch, Adam. "Beyond Treble Damages: *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.*" (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649. 507

Trésor de la langue française informatisé (en ligne), « préventif », « thérapeutique ». 364

United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 32, Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, August 23, 2007. 892

United Nations. Human Rights Committee. "General Comments Adopted by the Human Rights Committee under article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights", General Comment No. 27 (67), CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 9, November 2, 1999. 170

United Nations. International Law Commission. "Jurisdictional immunities of States and their property", in *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session*, U.N. Doc. A/35/10, published in *Yearbook of the International Law Commission 1980*, vol. II, Part Two. New York: United Nations, 1981, 137. 879

United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienna: United Nations, 2012. 175

Van Cott, Charles C. "Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer" (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763. 508

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011. 1187

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012. ..... 640, 1000

Werden, Gregory J., and Marius Schwartz. "*Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis" (1984), 35 *Hastings L.J.* 629. 507

Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 1. 915

Young, Hilary. "Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require '*Rasouli* Consent'" (2012), 6:2 *M.J.L.H./R.D.S.M.* 54. 392

AIC Limited *Appellant*

v.

Dennis Fischer, Sheila Snyder, Lawrence Dykun, Ray Shugar and Wayne Dzeoba *Respondents*

- and -

CI Mutual Funds Inc. *Appellant*

v.

Dennis Fischer, Sheila Snyder, Lawrence Dykun, Ray Shugar and Wayne Dzeoba *Respondents*

AIC Limitée *Appelante*

c.

Dennis Fischer, Sheila Snyder, Lawrence Dykun, Ray Shugar et Wayne Dzeoba *Intimés*

- et -

CI Mutual Funds Inc. *Appelante*

c.

Dennis Fischer, Sheila Snyder, Lawrence Dykun, Ray Shugar et Wayne Dzeoba *Intimés*

Indexed as: AIC Limited *v.* Fischer

2013 SCC 69

File No.: 34738.

2013: April 18; 2013: December 12.

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

Répertorié : AIC Limitée *c.* Fischer

2013 CSC 69

N° du greffe : 34738.

2013 : 18 avril; 2013 : 12 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Civil procedure — Class actions — Certification — Market timing — Investors suing mutual fund managers for breaching fiduciary duties to investors and negligence for failing to curb market timing activities — Investors seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether proposed investor class action meets preferability requirement for certification given settlement payments made to investors following proceedings conducted by Ontario Securities Commission — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d).

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l'instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l'indemnité versée aux investisseurs par suite de l'instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).

A group of mutual fund managers were the subject of an investigation conducted by the Ontario Securities Commission ("OSC") into "market timing", a practice which was alleged to have caused long-term investors

Un groupe de gestionnaires de fonds mutuels étaient visés par une enquête menée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (« CVMO ») sur l'« arbitrage sur la valeur liquidative », une pratique

to suffer losses in the value of their investments. The fund managers ultimately entered into agreements with the OSC that paid investors millions in settlement. The settlement agreements anticipated and did not preclude the possibility of civil proceedings against the mutual fund managers. Following the settlement agreements, the investors applied to certify a class action against the fund managers relating to the same market timing conduct. The motion judge found that a class action was not a preferable procedure and denied certification. The Divisional Court reversed the motion judge and granted certification. The Court of Appeal upheld the Divisional Court's result.

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal focuses on one branch of the statutory requirement for certification, the requirement that "a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues": *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d). The question is whether the proposed class proceeding, as compared to the non-litigation OSC proceedings, is preferable from the point of view of providing access to justice. It is clear that the preferability requirement is broad enough to take into account all reasonably available means of resolving the class members' claims including avenues of redress other than court actions. In assessing preferability, the court must look at the common issues in the context of the action as a whole. However, the court cannot engage in a detailed assessment of the merits or likely outcome of the class action or any alternatives to it. The party seeking certification of a class action must show some basis in fact for each of the certification requirements.

The preferability inquiry has to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice, but the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable, not if a class action would fully achieve those goals. Access to justice is an important goal of class proceedings. Within the proper scope of the certification process, both substantive and procedural aspects must be assessed in determining whether a class action is the preferable procedure. A class action will serve the goal of access to justice if: (1) there are access to justice

qui aurait fait baisser la valeur des placements d'investisseurs à long terme. Les gestionnaires de fonds ont fini par conclure des ententes de règlement avec la CVMO en exécution desquelles ils ont versé des millions de dollars aux investisseurs. Les ententes envisageaient la possibilité de poursuites civiles contre les gestionnaires de fonds mutuels; elles n'y faisaient pas obstacle. Postérieurement aux ententes de règlement, les investisseurs ont demandé la certification d'un recours collectif visant les gestionnaires de fonds et reposant sur les mêmes actes d'arbitrage sur la valeur liquidative. Le juge saisi de la motion a conclu que le recours collectif n'était pas le meilleur moyen et a refusé de le certifier. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision et accordé la certification. La Cour d'appel a confirmé la conclusion de la Cour divisionnaire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi porte sur l'un des critères de certification établis par la loi, à savoir « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes » (*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d)). La question est celle de savoir si le recours collectif projeté constitue un meilleur moyen de régler les questions en cause, dans l'optique de l'accès à la justice, que l'instance non judiciaire devant la CVMO. Il est clair que le critère du meilleur moyen est assez large pour englober tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, notamment les voies de droit autres que les poursuites judiciaires. Dans l'analyse relative au meilleur moyen, le tribunal doit considérer les questions communes dans le contexte général de l'action. Or, le tribunal ne saurait à cette étape procéder à l'appréciation détaillée du bien-fondé du recours collectif ou des autres voies de droit ou de leur issue probable. Il incombe à la partie qui cherche à faire certifier un recours collectif d'établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions de certification.

L'analyse relative au meilleur moyen s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice, mais la question à laquelle il faut ultimement répondre est celle de savoir s'il existe des moyens préférables de régler les demandes, non pas si le recours collectif projeté réalisera pleinement ces objectifs. L'accès à la justice est assurément un objectif important du recours collectif. Dans la mesure permise à l'étape de la certification, l'analyse servant à déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen doit porter à la fois sur le fond et sur la

concerns that a class action could address; and (2) these concerns remain even when alternative avenues of redress are considered. To determine whether both of these elements are present, it may be helpful to address a series of questions. These questions must not be considered in isolation or in a specific order, but should inform the overall comparative analysis.

The first question is: what are the barriers to access to justice? There are two potential barriers to access to justice in this case. First, an economic barrier arises from the nature of the claim. The individual claims are not large enough to support viable individual actions. The second barrier is related to the first. As a result of the nature of the claim, there is potentially no access to a fair process, geared towards protecting the rights of class members, to seek a resolution of the common issues for what could potentially be a class of over a million members. Thus, traditional litigation cannot achieve either the substantive or the procedural dimensions of access to justice in a case such as this. Although generally the most common barrier to access to justice is an economic one; they can also be psychological or social in nature. A common procedural barrier is that there is no other procedure available to afford meaningful redress.

The second question is: what is the potential of the class proceedings to address those barriers? This analysis is not made in isolation, but within the comparative analysis, for the purpose of assessing the class proceedings' potential to address the access to justice concerns in comparison to the alternative procedure's ability to do so. Even though a class action is a procedural tool, achieving substantive results is one of its underlying goals. Consideration of its capacity to overcome barriers to access to justice should take account of both the procedural and substantive dimensions of access to justice. In this case, the proposed class action addresses both barriers. It has the potential to make it economically feasible to advance on behalf of the class a group of individual claims that would otherwise not be economically feasible to pursue in the courts and it provides class members with a fair process to resolve their claims.

The third question is: what are the alternatives to class proceedings? The motions court must look at all

forme. Le recours collectif permet de réaliser l'objectif d'accès à la justice si (1) il existe des préoccupations à ce sujet auxquelles ce type d'action peut remédier et (2) ces préoccupations subsistent lorsque d'autres voies de droit sont envisagées. Pour établir si ces deux conditions sont remplies, il peut être utile de poser une série de questions. Elles ne sauraient être examinées isolément, ni dans un certain ordre, mais elles devraient éclairer une analyse comparative globale.

La première question est la suivante : quels sont les obstacles à l'accès à la justice? Deux obstacles potentiels à l'accès à la justice se dressent en l'espèce. Le premier, d'ordre financier, est lié à la nature de la demande. Le montant des demandes individuelles est trop modeste pour qu'un recours individuel soit viable. Le deuxième obstacle est lié au premier. La nature de la demande est telle qu'il n'existe peut-être pas d'autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d'exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d'un groupe pouvant compter plus d'un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l'action en justice classique ne sert pas l'accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural. Si, en règle générale, l'obstacle à l'accès à la justice le plus fréquent est d'ordre financier, il peut également être d'ordre psychologique ou social. L'impossibilité d'exercer tout autre recours qui permettrait d'obtenir une véritable réparation constitue un obstacle d'ordre procédural fréquent.

La deuxième question est la suivante : dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles? Cette analyse ne s'effectue pas en vase clos, mais s'inscrit dans l'analyse comparative et vise à confronter le recours collectif aux autres moyens, eu égard à leur capacité respective de répondre aux préoccupations en matière d'accès à la justice. Bien qu'il s'agisse d'un instrument de procédure, le recours collectif a, entre autres, pour objet sous-jacent de procurer des résultats positifs quant au fond. Dans l'évaluation de la capacité de ce type de recours d'aplanir les obstacles à l'accès à la justice, il faut prendre en compte la dimension procédurale et la dimension substantielle de la notion d'accès. En l'espèce, le recours collectif proposé élimine ces deux obstacles. Il permet à un groupe de faire valoir un ensemble de demandes individuelles qu'il serait autrement impossible pour des raisons d'ordre financier de soumettre aux tribunaux et il fournit aux membres du groupe une voie de droit équitable.

La troisième question est la suivante : quels autres moyens y a-t-il? Le tribunal saisi de la motion doit

the alternatives globally in order to determine to what extent they address the barriers to access to justice posed by the particular claim. There is no realistic litigation alternative in this case. The only alternative procedure that was advanced is the OSC proceedings and settlement agreements, the results of which are already known.

The fourth question is: to what extent do the alternatives address the relevant barriers to access to justice? The question is whether the alternative has the potential to provide effective redress for the substance of the claims and to do so in a manner that accords suitable procedural rights.

The last question is: how do the two proceedings compare? In comparing the two proceedings, the motions court must determine whether, on the record before it, the class action has been shown to be the preferable procedure to address the specific procedural and substantive access to justice concerns in a case. The court must also, to the extent possible within the proper scope of the certification hearing, consider the costs as well as the benefits of the proposed class proceeding in relation to those of the proposed alternative procedure.

In answering the last two questions in this case, investor participation in the process leading to compensation is an important factor to consider and one that weighs heavily in favour of finding that the class proceeding meets the preferability requirement in this case. The regulatory nature of, and the limited participation rights for investors in the OSC proceedings, coupled with the absence of information about how the OSC staff assessed investor compensation support the conclusion that significant procedural access to justice concerns remain which the proposed class action can address. Moreover, the focus and nature of the OSC process reinforce the concerns about whether substantial access to justice was achieved. The substantive outcome of the OSC proceedings cannot be dismissed as irrelevant to the question of whether the OSC proceedings addressed the access to justice barrier that is present in this case or whether the way in which it did so suggests that the class proceeding is not the preferred alternative.

However, the substantive outcome of the OSC proceedings and their impact on the preferability analysis must be examined through the appropriate evidentiary lens. In the rather unusual circumstances of this case, where the OSC proceedings have run their course and the results of those proceedings are known, the comparative analysis cannot ignore the question of whether a cost-benefit analysis supports the contention that the proposed

examiner de façon globale les autres moyens et déterminer s'ils permettent d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice que soulève la demande. Il n'existe pas d'autre solution judiciaire réaliste en l'espèce. La seule autre voie de droit évoquée est l'instance devant la CVMO et les règlements intervenus, dont l'issue est connue.

La quatrième question est la suivante : dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d'aplanir les obstacles à l'accès à la justice? Il s'agit de déterminer si l'autre moyen permettra de régler utilement les demandes quant au fond tout en assurant la possibilité d'exercer des droits procéduraux adéquats.

La dernière question est la suivante : quel est le résultat de la comparaison des deux instances? Dans l'exercice de comparaison, le tribunal saisi de la motion doit déterminer, au vu de la preuve, s'il a été démontré que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les préoccupations relatives à l'accès à la justice, sur le plan de la procédure et sur le plan du fond. Il doit aussi, sans outrepasser le cadre de l'audience sur la certification, comparer les coûts et les avantages du recours collectif projeté à ceux de l'autre moyen proposé.

En réponse aux deux dernières questions en l'espèce, il faut mentionner que la participation des investisseurs à la procédure menant à l'indemnisation constitue un facteur important, qui milite fortement en faveur de la conclusion que le recours collectif satisfait au critère du meilleur moyen en l'espèce. La nature réglementaire de l'instance devant la CVMO et les droits de participation limités qu'elle offrait aux investisseurs, conjugués à l'absence d'information sur les calculs effectués par son personnel en vue de l'indemnisation des investisseurs, étayent la conclusion qu'il subsiste d'importants obstacles à l'accès à la justice sur le plan procédural auxquels le recours collectif peut remédier. Par ailleurs, l'objet et la nature de la procédure devant la CVMO accentuent les préoccupations en matière d'accès à la justice sur le plan du fond. On ne peut conclure que l'issue concrète de cette instance ne joue pas pour déterminer si cette voie de droit a permis de lever l'obstacle à l'accès à la justice en l'espèce ou s'il en ressort que le recours collectif n'est pas le meilleur moyen.

Toutefois, l'issue concrète de l'instance devant la CVMO et son effet sur l'analyse relative au meilleur moyen doivent être examinés à la lumière des normes de preuve applicables. Les circonstances de l'espèce sont plutôt inhabituelles, car l'issue de l'instance devant la CVMO est connue. L'analyse comparative doit donc aborder la question de savoir si l'examen des coûts et des avantages étaye la thèse selon laquelle le recours

class proceeding is the preferable way to address the claims here. The record in this case, which shows in detail the results of the completed proposed alternative proceedings, also shows that substantive access to justice concerns still remain. Further, there is no reason to believe that potential additional recovery would be consumed by the costs of the proceedings. The investors provided an appropriate basis to support the view that the class action proceeding would overcome access to justice barriers that subsisted after the completion of the OSC proceedings and that a cost-benefit analysis supported the conclusion that the class proceedings were the preferable proceeding for the investors to pursue their claims. The motion judge in this case erred in principle in his analysis and this justified appellate intervention in his exercise of discretion to refuse certification. The correct legal principles support the decision to certify the proposed class action.

Cases Cited

Applied: *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; **referred to:** *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (2004); *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Pearson v. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641; *Halabi v. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 535, aff'd (2004), 70 O.R. (3d) 182; *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. vi; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiv.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. app., r. 23(b)(3).

collectif est le meilleur moyen de régler les réclamations. La preuve présente l'issue de l'autre voie de droit en détail et révèle qu'il subsiste des préoccupations relatives à l'accès à la justice quant au fond. En outre, il n'y a aucune raison de croire que les coûts du recours annuleraient le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés. Les investisseurs ont bien étayé l'opinion que le recours collectif permettrait d'écarter les obstacles à l'accès à la justice subsistant après l'instance devant la CVMO et qu'à la lumière d'un examen des coûts et des avantages, il s'agit du meilleur moyen de faire valoir les demandes des investisseurs. L'analyse du juge saisi de la motion est entachée d'erreurs de principe. En conséquence, la révision en appel de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la certification est justifiée. Les bons principes juridiques applicables étayent la décision de certifier le recours collectif projeté.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés :** *Klay c. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (2004); *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Pearson c. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641; *Halabi c. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 535, conf. par (2004), 70 O.R. (3d) 182; *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. vi; *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiv.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50.
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. app., règle 23(b)(3).

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127.

Authors Cited

Cullity, Maurice. "Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of 'Some Basis in Fact'" (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407.

Good, Mathew. "Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185.

Iacobucci, Frank. "What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?", in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, 17.

Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto: The Committee, 1990.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vol. I. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.

Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*, 5th ed. Eagan, Minn.: West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O., Epstein J.A. and Pardu J. (*ad hoc*)), 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, 287 O.A.C. 148, 346 D.L.R. (4th) 598, 15 C.P.C. (7th) 81, [2012] O.J. No. 343 (QL), 2012 CarswellOnt 635, affirming a decision of Molloy, Swinton and Herman JJ., 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615, 276 O.A.C. 84, 6 C.P.C. (7th) 139, [2011] O.J. No. 562 (QL), 2011 CarswellOnt 800, setting aside in part a decision of Perell J., 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205, [2010] O.J. No. 112 (QL), 2010 CarswellOnt 135. Appeal dismissed.

James D. G. Douglas, *David Di Paolo* and *Margot Finley*, for the appellant AIC Limited.

Benjamin Zarnett, *Jessica Kimmel* and *Melanie Ouanounou*, for the appellant CI Mutual Funds Inc.

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1).

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127.

Doctrine et autres documents cités

Cullity, Maurice. « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of "Some Basis in Fact" » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407.

Good, Mathew. « Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification : Exploring the Goals of Canadian Class Actions » (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185.

Iacobucci, Frank. « What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2011, 17.

Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto : The Committee, 1990.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vol. I. Toronto : Ministry of the Attorney General, 1982.

Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*, 5th ed. Eagan, Minn. : West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler, la juge Epstein et la juge Pardu (*ad hoc*)), 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, 287 O.A.C. 148, 346 D.L.R. (4th) 598, 15 C.P.C. (7th) 81, [2012] O.J. No. 343 (QL), 2012 CarswellOnt 635, qui a confirmé une décision des juges Molloy, Swinton et Herman, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615, 276 O.A.C. 84, 6 C.P.C. (7th) 139, [2011] O.J. No. 562 (QL), 2011 CarswellOnt 800, qui avait infirmé en partie une décision du juge Perell, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205, [2010] O.J. No. 112 (QL), 2010 CarswellOnt 135. Pourvoi rejeté.

James D. G. Douglas, *David Di Paolo* et *Margot Finley*, pour l'appelante AIC Limitée.

Benjamin Zarnett, *Jessica Kimmel* et *Melanie Ouanounou*, pour l'appelante CI Mutual Funds Inc.

Allan C. Hutchinson, *Peter R. Jervis*, *Joel P. Rochon* and *Remissa Hirji*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Overview

[1] In order to have a proposed class action certified, the plaintiff must show that there is some basis in fact to conclude that a class proceeding would be the preferable procedure for resolution of the common issues raised in the action: *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 ("*CPA*"), s. 5(1)(d). The main question on appeal in this proposed investor class action is whether it meets this preferability requirement given that settlement payments were made to investors following proceedings conducted by the Ontario Securities Commission ("OSC").

[2] The issue is a thorny one: each of the three levels of court in the proceedings leading to this appeal adopted significantly different approaches. The motion judge found that a class action was not a preferable procedure and denied certification. Given the OSC's restitutionary mandate, he held that it was not for the court to second-guess the access to justice provided to investors through the settlements or to give much weight to the difference between the mandate and processes of the OSC compared to the courts. The Divisional Court reversed the motion judge and granted certification. Its analysis focused on the level of recovery in the regulatory proceeding as compared to the quantum of damages claimed in the class action. The comparison led the court to conclude that substantial recovery could still be achieved by way of the class action. The OSC proceedings could therefore not be preferable to the proposed class action. The Court of Appeal upheld the Divisional Court's result, but for substantially different reasons. The Court of Appeal focused on comparing the class members' procedural rights in class proceedings with the regulatory nature and limited participatory rights of investors in the OSC proceedings. As the Court of Appeal put it, the

Allan C. Hutchinson, *Peter R. Jervis*, *Joel P. Rochon* et *Remissa Hirji*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Aperçu

[1] Pour faire certifier un recours collectif, le demandeur doit établir un certain fondement factuel permettant de conclure qu'il s'agit du meilleur moyen de régler les questions communes en cause (*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6 (« *LRC* »), al. 5(1)d)). La principale question que pose le présent pourvoi est celle de savoir si, compte tenu de l'indemnité versée aux investisseurs par suite de l'instance introduite devant la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (« CVMO »), le recours collectif projeté satisfait au critère du meilleur moyen.

[2] La question est épineuse; les trois juridictions qui se sont prononcées ont tenu des raisonnements très différents. Le juge saisi de la motion a conclu que le recours collectif n'était pas le meilleur moyen de régler les questions communes et il a refusé de le certifier. Selon lui, vu le mandat de la CVMO en matière de restitution, il n'était pas loisible au tribunal de remettre en question l'accès à la justice que représentent pour les investisseurs les règlements intervenus ou d'attacher beaucoup d'importance aux éléments qui distinguent le mandat et la procédure de la CVMO de ceux d'une cour de justice. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision et accordé la certification. Son analyse a comparé le montant de l'indemnité versée à l'issue de la procédure réglementaire à celui des dommages-intérêts réclamés dans le cadre du recours collectif. Cette comparaison l'a amenée à conclure que ce dernier pouvait encore permettre le recouvrement d'une somme substantielle. Par conséquent, l'instance devant la CVMO ne pouvait se révéler préférable au recours collectif projeté. La Cour d'appel a confirmé cette conclusion, mais pour des motifs sensiblement différents. Son raisonnement procédait d'une comparaison entre les

preferable procedure inquiry must "focus on the underlying purpose and nature of the alternative proceeding as compared with the class proceeding. . . . The *CPA* mandates that this must be a procedural discussion": 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, at para. 79.

[3] The focus of this appeal is on the question of whether the proposed class proceeding, as compared to the OSC proceedings, is preferable from the point of view of providing access to justice. The case provides an opportunity for this Court to elaborate the analytical approach to this question under the *CPA*, building on the Court's judgment in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158.

[4] I agree with the Divisional Court and the Court of Appeal that the motion judge erred in principle in his analysis and that this justified appellate intervention in his exercise of discretion to refuse certification. As I see it, the correct legal principles support those courts' decision to certify the proposed class action. I would therefore dismiss the appeal. However, for reasons that I will develop, I also conclude that the preferability analysis is not solely focused on procedural considerations but must, within the proper scope of the certification process, consider both substantive and procedural aspects.

II. Facts and Proceedings

A. *Overview of the Facts*

[5] The appellants are two of the mutual fund managers who were the subject of an investigation conducted by the OSC into "market timing", a practice which was alleged to have caused long-term investors to suffer losses in the value of their

droits procéduraux dont jouissent les membres d'un groupe ayant intenté un recours collectif, d'une part, et la nature réglementaire d'une instance devant la CVMO ainsi que les droits de participation limités qu'elle offre aux investisseurs, d'autre part. Comme la Cour d'appel l'indique, l'analyse visant à déterminer le meilleur moyen doit [TRADUCTION] « s'attacher à la nature et à l'objectif sous-jacents de l'autre voie de droit et les comparer à ceux du recours collectif. [. . .] La *LRC* exige qu'un tel examen englobe l'aspect procédural » (2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, par. 79).

[3] La principale question qui se pose en l'espèce est de savoir si le recours collectif projeté constitue un meilleur moyen de régler les questions en cause, dans l'optique de l'accès à la justice, que l'instance devant la CVMO. Le présent pourvoi fournit à notre Cour l'occasion d'approfondir la démarche analytique que commande cette question intéressant la *LRC* et qu'elle a empruntée dans l'arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158.

[4] Je conviens avec la Cour divisionnaire et la Cour d'appel que l'analyse du juge saisi de la motion est entachée d'erreurs de principe. En conséquence, la révision en appel de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la certification est justifiée. À mon avis, les bons principes juridiques applicables étayent la décision de ces cours de certifier le recours collectif projeté. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. Toutefois, pour les motifs que j'expose plus loin, je suis également d'avis que l'analyse relative au meilleur moyen ne saurait être uniquement axée sur des considérations d'ordre procédural et qu'elle doit tenir compte également de considérations de fond, dans la mesure permise à l'étape de la certification.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits*

[5] Les appelantes sont deux gestionnaires de fonds mutuels visés par l'enquête de la CVMO sur l'« arbitrage sur la valeur liquidative », une pratique qui aurait fait baisser la valeur des placements d'investisseurs à long terme. L'enquête de la

investments. The OSC probe focused on whether the fund managers had taken reasonable steps to protect the funds from harm that could arise from frequent trading market timing, rather than on the "market timers" whose activities directly caused harm to the fund. The fund managers ultimately entered into settlement agreements with the OSC. The appellants AIC Limited and CI Mutual Funds Inc. paid respectively $58.8 million and $49.3 million to their investors as a result of those agreements: motion decision, at para. 94. The settlement agreements anticipated and did not preclude the possibility of civil proceedings against the appellants. The investors who received payments from the appellants are more or less the same people who would ultimately form the class in this proposed class action against the appellants.

[6] Following the settlement agreements, the respondents applied to certify a class action against the fund managers relating to the same market timing conduct. The action alleged, among other things, that the managers had breached their fiduciary duty to investors and had been negligent by failing to take steps to curb market timing activities. (Although the proposed class action originally named five fund managers as defendants, the claims against three of them have settled so that the appellants in this Court are the only remaining defendants.)

B. *Decision on Certification Motion: Ontario Superior Court of Justice, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205 (Perell J.)*

[7] The judge identified the common issues raised by the proposed class proceeding as being whether the defendants (including the appellants in this Court) had fiduciary duties or duties of care to the proposed class members, and if so whether they had breached those duties. It was common ground on the certification motion that the OSC proceedings and settlement agreements did not bar the claims advanced in the action.

CVMO cherchait à déterminer si les gestionnaires de fonds avaient pris des mesures raisonnables contre le préjudice pouvant résulter de fréquents arbitrages sur la valeur liquidative. Elle ne portait pas sur les auteurs des opérations, dont les actions avaient directement causé le préjudice aux fonds. Les gestionnaires de fonds ont fini par conclure des ententes de règlement avec la CVMO. En exécution de ces ententes, les appelantes, AIC Limitée et CI Mutual Funds Inc. ont respectivement versé 58,8 et 49,3 millions de dollars à leurs investisseurs (décision relative à la motion, par. 94). Les ententes envisageaient la possibilité de poursuites civiles contre les appelantes; elles n'y faisaient pas obstacle. Le groupe de demandeurs participant au recours collectif projeté contre les appelantes serait en gros formé des investisseurs à qui une indemnité avait été versée.

[6] Postérieurement aux ententes de règlement, les intimés ont demandé la certification d'un recours collectif visant les gestionnaires de fonds et reposant sur les mêmes actes d'arbitrage sur la valeur liquidative. Dans le cadre du recours, les intimés avançaient notamment que les gestionnaires avaient manqué à leur obligation fiduciaire envers les investisseurs et avaient fait preuve de négligence en ne prenant pas de mesure pour restreindre les arbitrages. (Le recours collectif projeté visait initialement cinq gestionnaires de fonds, mais trois d'entre eux ont conclu un règlement de sorte que les appelantes demeurent les seules défenderesses.)

B. *Décision relative à la motion en vue de la certification (Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th)* 205 *(le juge Perell))*

[7] Selon le juge saisi de la motion, les questions communes consistaient à savoir si les défenderesses (dont les appelantes devant la Cour) avaient une obligation fiduciaire ou une obligation de diligence envers les membres du groupe projeté et, dans l'affirmative, si elles y avaient manqué. Il n'était pas contesté que l'instance devant la CVMO et les ententes de règlement ne faisaient pas obstacle aux demandes formulées dans le recours.

[8] The main contested issue in the motion was whether the proposed action would be the preferable procedure to resolve the common issues having regard to the purposes of class proceedings: judicial economy, behaviour modification and access to justice. The judge noted that if the class action were the preferable procedure, it should be certified conditional on the court approving a litigation plan.

[9] The judge focused his preferability analysis on access to justice. There was no dispute that the OSC proceedings and settlement agreements had achieved the goal of behaviour modification, and the judge concluded that if they had achieved access to justice, then they had also served the goal of judicial economy. The motion judge based his conclusion that the proposed class action was not the preferable procedure solely on the existence of the OSC proceedings and settlement agreements. This conclusion followed from two key findings: first, that the OSC proceedings and settlement agreements were properly part of the preferable procedure analysis; and second, that the OSC proceedings were a "genuine alternative that serve[d] the purposes of a class proceeding; namely, access to justice, behaviour modification, and judicial economy" (para. 234). The judge accepted the defendants' submission that the court "should not second-guess the access to justice provided by the OSC once the court was satisfied that the OSC's purpose was to obtain restitutionary compensation for the harm suffered by the investors and the process to do so was adequate" (para. 256). He reached these conclusions in spite of his finding "that there [was] some basis in fact for the Plaintiffs' submission that the investors may not have been fully compensated as a result of the OSC settlement agreements" (para. 101).

[10] The motion judge therefore denied certification.

[8] À l'étape de la motion, le débat a principalement porté sur la question de savoir si, au regard des objectifs que vise le recours collectif, soit l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice, il s'agissait du meilleur moyen de régler les questions communes. Selon le juge, si c'était le cas, il fallait certifier le recours, sous réserve de l'approbation d'un plan pour l'instance par le tribunal.

[9] C'est dans l'optique de l'accès à la justice que le juge a procédé à l'analyse relative au meilleur moyen. Il n'était pas contesté que l'instance devant la CVMO et les ententes de règlement avaient permis d'atteindre l'objectif de modification comportementale, et le juge a considéré que si elles avaient également permis de favoriser l'accès à la justice, elles auraient du même coup servi l'objectif d'économie des ressources judiciaires. En tenant compte uniquement de l'existence de l'instance devant la CVMO et des ententes de règlement, il a jugé que le recours collectif projeté n'était pas le meilleur moyen. Ce raisonnement découlait de deux conclusions importantes. Suivant la première, l'instance devant la CVMO et les ententes de règlement devaient entrer en ligne de compte dans l'analyse relative au meilleur moyen. Suivant la seconde, l'instance devant la CVMO avait offert [TRADUCTION] « une véritable autre voie de droit qui permet[tait] d'atteindre les objectifs d'un recours collectif, à savoir l'accès à la justice, la modification des comportements et l'économie des ressources judiciaires » (par. 234). Il a retenu l'argument des défenderesses selon lequel le tribunal, « dès lors qu'il est convaincu que la CVMO cherchait à obtenir la réparation du préjudice subi par les investisseurs et que la procédure était adéquate, ne devrait pas remettre en question l'accès à la justice qu'offre l'instance devant la CVMO » (par. 256). Et ce, même s'il avait par ailleurs conclu « que l'argument des demandeurs selon lequel les ententes de règlement n'ont peut-être pas indemnisé intégralement les investisseurs repos[ait] sur un certain fondement factuel » (par. 101).

[10] Le juge saisi de la motion a donc refusé de certifier le recours collectif.

C. *Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615 (Molloy J., Swinton and Herman JJ. Concurring)*

[11] The Divisional Court found the motion judge's analysis of the preferability requirement to be in error in three respects: "(1) he failed to apply the proper low evidentiary burden on the plaintiffs at [the certification] stage; (2) he improperly found that the already completed OSC proceeding was a preferable proceeding for the remaining portion of the plaintiffs' claims going forward; and (3) he erred in law by considering criteria for approval of a settlement at the certification stage" (para. 33). The court therefore allowed the appeal and certified the class action.

D. *Court of Appeal for Ontario, 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498 (Winkler C.J.O., Epstein J.A. and Pardu J. (ad hoc) Concurring)*

[12] The Court of Appeal dismissed the appeal. It found that although the Divisional Court had not asked itself the right questions, it nonetheless came to the right result. In its view, the Divisional Court should not have focused on whether the OSC settlements provided investors with all or substantially all of the monetary relief they sought: this was an error because, at the certification stage, the amount that would be recoverable in the proposed class proceeding remains unknown, and thus there is no way of determining if the compensation was "substantial" (para. 77). Further, such a determination would be tantamount to making a finding on the merits of the case, which would be a marked departure from the evidentiary burden that applies on a motion for certification. The court was rather of the view that the preferable procedure inquiry had to focus on the purpose and nature of the alternative proceedings as compared with the class proceedings.

[13] The Court of Appeal thought that important procedural distinctions between the OSC proceedings and the proposed class proceeding supported the conclusion that a class proceeding was preferable for resolving the class members' claims in this case. First, the OSC's jurisdiction under

C. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, Cour divisionnaire, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615 (la juge Molloy, avec l'accord des juges Swinton et Herman)*

[11] La Cour divisionnaire a relevé trois erreurs dans l'analyse du juge saisi de la motion : [TRADUCTION] « (1) il n'a pas appliqué la norme de preuve peu exigeante à laquelle les demandeurs doivent satisfaire à [l']étape [de la certification]; (2) il a conclu à tort que l'instance devant la CVMO, qui avait pris fin, était le meilleur moyen de régler le reste des revendications des demandeurs; et (3) il a commis une erreur de droit en prenant en compte les critères d'approbation d'un règlement à l'étape de la certification » (par. 33). La cour a donc accueilli l'appel et certifié le recours collectif.

D. *Cour d'appel de l'Ontario, 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498 (le juge en chef Winkler avec l'accord des juges Epstein et Pardu (ad hoc))*

[12] La Cour d'appel a rejeté l'appel, estimant que la Cour divisionnaire était parvenue au bon résultat sans toutefois poser les bonnes questions. Selon la première, la seconde avait fait erreur en s'attachant à savoir si les ententes de règlement conclues par la CVMO représentaient la totalité ou la quasi-totalité du montant de la mesure du redressement pécuniaire réclamée par les investisseurs. À l'étape de la certification, la somme qu'il sera possible de recouvrer étant inconnue, il n'est par conséquent pas possible de déterminer si l'indemnisation était [TRADUCTION] « quasi totale » (par. 77). En outre, tirer pareille conclusion équivaudrait à statuer sur le fond du litige, ce qui constituerait un écart marqué par rapport au fardeau de preuve applicable en matière de certification. La cour a plutôt jugé que, dans le cadre de l'analyse relative au meilleur moyen, il fallait comparer les objectifs et la nature des autres voies de droit et du recours collectif.

[13] La Cour d'appel était d'avis que les différences procédurales importantes entre l'instance devant la CVMO et le recours collectif projeté permettaient de conclure que ce dernier constituait le meilleur moyen de régler les demandes des membres du groupe. Premièrement, l'art. 127 de la *Loi*

s. 127 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, was regulatory, not compensatory and, as a result, the remedial powers available to the OSC were insufficient to enable it to fully address the class members' claims. Second, the OSC proceedings did not provide comparable rights of participation to the affected investors, which was an important access to justice consideration.

sur les valeurs mobilières de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.5, confère à la CVMO une compétence d'ordre réglementaire, et non pas une compétence en matière d'indemnisation, de sorte qu'elle ne dispose pas de pouvoirs de redressement suffisants pour lui permettre de faire droit à la totalité des demandes des membres du groupe. Deuxièmement, l'instance devant la CVMO n'accorde pas aux investisseurs de droits de participation comparables à ceux que leur permettrait d'exercer un recours collectif, une importante considération d'accès à la justice.

III. Brief Summary of the Positions of the Parties

III. Résumé des positions des parties

[14] The appellants complain that the Court of Appeal wrongly equated access to justice with access to court-like procedures to the neglect of other important considerations and that it erroneously focused on theoretical considerations rather than the actual results achieved by the OSC proceedings. These fundamental flaws, the appellants say, led the Court of Appeal into a number of other errors. It wrongly focused on the fact that the OSC jurisdiction is regulatory and not compensatory. It erred in its assessment of investor participation in the OSC proceedings. It failed to take into account the no-fault, timely and no-cost aspects of the OSC process, and the impartiality and independence of the OSC. The appellants also argue that the Court of Appeal simply substituted its own discretion for that of the motion judge, contrary to the applicable standard of review.

[14] Les appelantes reprochent à la Cour d'appel d'avoir confondu accès à la justice avec accès à une instance quasi judiciaire au détriment d'autres éléments importants. Elles prétendent aussi qu'elle se serait attachée à tort à des questions théoriques plutôt qu'aux résultats concrets de l'instance devant la CVMO. Selon les appelantes, de ces vices fondamentaux auraient découlé d'autres erreurs. Ainsi, la Cour aurait trop insisté sur le fait que la CVMO exerce des pouvoirs d'ordre réglementaire, non pas des pouvoirs d'indemnisation. Elle aurait mal apprécié la participation des investisseurs à l'instance devant la CVMO. Elle n'aurait tenu compte ni du fait que le régime offert par la CVMO est rapide et sans frais et n'exige pas que la faute soit démontrée, ni de l'impartialité et de l'indépendance de cet organisme. Les appelantes soutiennent en outre que la Cour d'appel a simplement substitué son propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge saisi de la motion, en contravention à la norme de contrôle applicable.

[15] The respondents submit that the Court of Appeal appropriately focused its analysis on the importance of participatory rights coupled with the limited scope and nature of the OSC's jurisdiction and remedial powers, rather than the outcome of the OSC proceedings. The respondents contend that participation is at the heart of the concept of access to justice. They submit that given the lack of basic procedural rights to investors in the OSC proceedings, the non-binding nature of the settlements, as well as the non-disclosure of how the

[15] Pour leur part, les intimés font valoir que la Cour d'appel a axé à juste titre son analyse sur l'importance des droits de participation et sur la portée et la nature limitées de la compétence et des pouvoirs de redressement de la CVMO, plutôt que sur le résultat de l'instance devant cet organisme. Ils soutiennent que la participation est au cœur de la notion d'accès à la justice. Étant donné que les investisseurs ne jouissent d'aucun droit procédural fondamental devant la CVMO, que les ententes de règlement n'ont pas force exécutoire et que les

settlement agreements were achieved, the compensation received by investors was arbitrary and partial and was in no way preferable to a class action.

IV. Analysis

A. *Introduction*

[16] The appeal focuses on one branch of the statutory requirement for certification, the requirement that "a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues": *CPA*, s. 5(1)(d). In the circumstances of this case, the question of preferability boils down to quite a narrow issue because there is substantial agreement on a number of points. There is no longer any dispute that the proposed class action meets all of the requirements for certification except for the disputed element of whether it is the preferable procedure. With regard to that requirement, it is no longer disputed that the class action would be a fair, efficient and manageable proceeding or that it would be preferable to any litigation alternatives. It is also common ground that to assess whether the class action would be preferable to any other alternative method of resolving the class members' claims, the court compares the competing possibilities through the lens of the goals of behaviour modification, judicial economy and access to justice, bearing in mind, of course, that the ultimate question is whether the statutory requirement of preferability has been established. There is also no dispute that the appeal turns on how well the two proceedings can provide access to justice for the investors. This is so because the parties acknowledge that there is no other litigation alternative, that the OSC proceedings accomplished the purpose of behaviour modification, and the motion judge found that either proceeding would serve the goal of judicial economy, a finding that is not contested before this Court.

[17] While in general all three goals of class action procedures must be weighed in the balance, in the specific circumstances of this case, the question is

pourparlers qui les ont précédées sont demeurés secrets, l'indemnité versée aux investisseurs est arbitraire et partiale et ne saurait être préférable au recours collectif.

IV. Analyse

A. *Introduction*

[16] Le pourvoi porte sur l'un des critères de certification établis par la loi, à savoir « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes » (*LRC*, al. 5(1)d)). Dans les circonstances de l'espèce, la question de savoir s'il s'agit du meilleur moyen est assez précise, vu que les parties s'entendent dans une large mesure sur plusieurs points. Il est à présent admis que le recours collectif projeté satisfait aux autres critères de certification. Quant au critère du meilleur moyen, qui fait l'objet du litige, nul ne conteste plus que le recours collectif constituerait une procédure juste, efficace et pratique ni qu'il serait préférable à toute autre voie de droit judiciaire. Les parties s'entendent également pour dire que le tribunal chargé de déterminer si le recours collectif serait préférable à toute autre voie extrajudiciaire pour régler les demandes des membres du groupe doit passer les possibilités au crible des objectifs que sont la modification des comportements, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice. Ce faisant, le tribunal doit, bien sûr, garder à l'esprit que la question fondamentale est de savoir s'il a été satisfait au critère légal du meilleur moyen. Il n'est en outre pas contesté que le pourvoi vise à déterminer lequel des deux moyens favorise le plus l'accès à la justice des investisseurs. Telle est la question parce que les parties reconnaissent que le recours collectif est la seule voie judiciaire possible, que l'instance devant la CVMO a permis d'atteindre l'objectif de modification des comportements et que le juge saisi de la motion a conclu que l'une ou l'autre option servirait l'objectif d'économie des ressources judiciaires. Cette conclusion n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

[17] En général, les trois objectifs du recours collectif doivent être soupesés. Or, dans les circonstances particulières de l'espèce, il s'agit de

whether, from an access to justice perspective, certification should be denied on account of results already obtained in a non-litigation proceeding before the OSC.

[18] I will begin my analysis by outlining the main threads of the jurisprudence dealing with the preferability requirement with particular reference to cases in which it has been argued that some form of non-court, alternative dispute resolution was a preferable procedure to a proposed class action. I will then develop what, in my opinion, is the correct analytical approach to this issue and apply it to this case.

B. *The Preferability Requirement — Overview of the Principles*

(1) Statutory Provision

[19] The starting point is the relevant statutory provision. Section 5(1)(d) of the *CPA* requires the court to conclude that "a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues". (See the attached Appendix for s. 5(1) *CPA* reproduced in full.) Although this provision could be read as requiring a procedure that is capable of producing a formal resolution of the common issues, that reading was rejected by the Court in *Hollick*. McLachlin C.J., writing for the Court, made clear that the preferability requirement is broad enough to take into account "all reasonably available means of resolving the class members' claims" including avenues of redress other than court actions (para. 31). An alternative process need not necessarily decide the precise legal and/or factual questions raised by the common issues provided that it effectively resolves the class members' claims. This broad understanding of the preferability requirement is critical in cases like this one in which individual court actions are not a viable option.

[20] This understanding of the role of non-litigation alternatives in the comparative analysis under the *CPA*'s preferable procedure criterion is different from its American counterpart under the

déterminer, dans une perspective d'accès à la justice, s'il y a lieu de refuser la certification par suite de l'issue de l'instance extrajudiciaire devant la CVMO.

[18] J'expose d'abord les grandes lignes que trace la jurisprudence relative au critère du meilleur moyen, en m'attardant tout particulièrement aux affaires où un mode de règlement extrajudiciaire des différends était présenté comme étant préférable à un recours collectif. J'explique ensuite la démarche analytique à suivre en l'espèce selon moi et l'applique aux faits de l'espèce.

B. *Le critère du meilleur moyen — survol des principes*

(1) Disposition législative

[19] Commençons par la disposition législative applicable. L'alinéa 5(1)d) de la *LRC* requiert que le tribunal conclue que « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes ». (Le paragraphe 5(1) est reproduit intégralement à l'annexe.) Bien que cette disposition puisse sembler exiger un moyen susceptible de mener au règlement formel des questions communes, la Cour rejette à l'unanimité cette interprétation dans *Hollick*. La juge en chef McLachlin y indique clairement que le critère du meilleur moyen est assez large pour englober « tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe », notamment les voies de droit autres que les poursuites judiciaires (par. 31). Dans la mesure où l'autre moyen permet de régler les demandes des membres du groupe, il n'est pas nécessaire qu'il tranche les aspects juridiques ou factuels précis des questions communes. Cette conception large du critère du meilleur moyen revêt une importance capitale dans les affaires où, comme en l'espèce, l'action en justice individuelle ne constitue pas une solution viable.

[20] Cette manière d'envisager le rôle des voies extrajudiciaires dans l'analyse comparative que requiert le critère du meilleur moyen prévu à la *LRC* diffère de celle que prévoient les dispositions

U.S. federal class action regime. The language of Rule 23 of the U.S. *Federal Rules of Civil Procedure* provides that the court must, among other things, satisfy itself "that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy": 28 U.S.C. app., r. 23(b)(3). This wording invites a comparison between the class action and other forms of court action, and has tended to limit reliance on comparison with non-judicial alternatives: see W. B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions* (5th ed. 2011) (WL), at § 4:86.

(2) In Assessing Preferability, the Court Looks at the Common Issues in the Context of the Action as a Whole

[21] In order to determine whether a class proceeding would be the preferable procedure for the "resolution of the common issues", those common issues must be considered in the context of the action as a whole and "must take into account the importance of the common issues in relation to the claims as a whole": *Hollick*, at para. 30. McLachlin C.J. in *Hollick* accepted the words of a commentator to the effect that in comparing possible alternatives with the proposed class proceeding, "it is important to adopt a practical cost-benefit approach to this procedural issue, and to consider the impact of a class proceeding on class members, the defendants, and the court": para. 29, citing W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (loose-leaf 1998, release 4), at para. 4.690.

(3) The Preferable Procedure Analysis Considers the Extent to Which the Proposed Class Action Serves the Goals of Class Proceedings

[22] In *Hollick*, McLachlin C.J. indicated that the preferability inquiry had to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice (para. 27). This should not be construed as creating a requirement to prove that the proposed class action will *actually* achieve those goals in a specific case. Thus, when

fédérales américaines en matière de recours collectif. Aux termes de la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis, le tribunal doit notamment être convaincu que [TRADUCTION] « le recours collectif est supérieur à toute autre méthode pour trancher le litige de façon juste et efficace » (28 U.S.C. app., r. 23(b)(3)). Cette formulation invite à confronter le recours collectif à d'autres types de recours judiciaires et a généralement eu pour effet de limiter les comparaisons avec des voies de droit extrajudiciaires (voir W. B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions* (5e éd. 2011) (WL), § 4:86).

(2) Dans l'analyse relative au meilleur moyen, le tribunal examine les questions communes dans le contexte de l'action dans son ensemble

[21] Pour déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de « régler les questions communes », il faut considérer ces dernières dans le contexte général de l'action et en « examiner l'importance [. . .] par rapport à l'ensemble des revendications » (*Hollick*, par. 30). Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin approuve le commentaire d'un observateur affirmant que, dans la comparaison du recours collectif avec d'autres voies de droit possibles, [TRADUCTION] « il importe de recourir à une analyse pratique tenant compte des coûts et des avantages et de prendre en considération l'incidence d'un recours collectif sur les membres du groupe, les défendeurs et le tribunal » (par. 29, citant W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (feuilles mobiles 1998, envoi no 4), par. 4.690).

(3) L'analyse relative au meilleur moyen détermine dans quelle mesure le recours collectif projeté permet la réalisation des objectifs de ce type de recours

[22] Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin indique que l'analyse relative au meilleur moyen s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice (par. 27). On n'entend pas par là qu'il faille prouver que le recours collectif projeté réalisera *effectivement* ces objectifs dans

undertaking the comparative analysis, courts must focus on the statutory requirement of preferabilty and not impose on the representative plaintiff the burden of proving that all of the beneficial effects of the class action procedure will in fact be realized.

[23] This is a comparative exercise. The court has to consider the extent to which the proposed class action may achieve the three goals of the *CPA*, but the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable, not if a class action would fully achieve those goals. This point is well expressed in one U.S. Federal Court of Appeals judgment and it applies equally to *CPA* proceedings: "Our focus is not on the convenience or burden of a class action suit *per se*, but on the relative advantages of a class action suit over whatever other forms of litigation [and, I would add, dispute resolution] might be realistically available to the plaintiffs": *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (11th Cir. 2004), at p. 1269, cited in Rubenstein, at § 4:85, fn. 2.

C. *Access to Justice as a Goal of Class Proceedings*

[24] There is no doubt that access to justice is an important goal of class proceedings. But what is access to justice in this context? It has two dimensions, which are interconnected. One focuses on process and is concerned with whether the claimants have access to a fair process to resolve their claims. The other focuses on substance — the results to be obtained — and is concerned with whether the claimants will receive a just and effective remedy for their claims if established. They are interconnected because in many cases defects of process will raise doubts as to the substantive outcome and defects of substance may point to concerns with the process. As the Honourable Frank Iacobucci put it, "access to justice must contain both a procedural and a substantive component. I find it difficult to accept that providing injured parties with a process to pursue their claims can be

un cas donné. En conséquence, dans son analyse comparative, le tribunal doit s'en tenir au critère légal du meilleur moyen et s'abstenir d'imposer au représentant des demandeurs le fardeau de prouver que tous les avantages du recours collectif se matérialiseront dans les faits.

[23] Il s'agit d'un exercice comparatif. Le tribunal doit certes examiner dans quelle mesure le recours collectif projeté permet la réalisation des trois objectifs de la *LRC*, mais la question à laquelle il doit ultimement répondre est celle de savoir s'il existe des moyens préférables de régler les demandes, non pas si le recours collectif projeté réalisera pleinement ces objectifs. Un arrêt de la Cour d'appel fédérale des États-Unis exprime bien cette nuance, qui vaut également pour la *LRC* : [TRADUCTION] « L'analyse ne porte pas sur les avantages ou les difficultés du recours collectif en soi, mais sur les avantages relatifs d'un tel recours par rapport aux autres types de recours judiciaires [et j'ajouterais : de règlement des différends] dont les demandeurs peuvent réellement se prévaloir en pratique » (*Klay c. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (11th Cir. 2004), p. 1269, cité dans Rubenstein, § 4:85, note de bas de page 2).

C. *L'accès à la justice comme objectif du recours collectif*

[24] L'accès à la justice est assurément un objectif important du recours collectif. Mais en quoi consiste-t-il dans le contexte qui nous occupe? Il comporte deux dimensions interreliées. L'une intéresse la procédure et la question de savoir si les demandeurs disposent d'une voie équitable de règlement de leurs réclamations. L'autre intéresse le droit substantiel — l'issue recherchée — et la question de savoir s'ils obtiendront une réparation juste et adéquate si le bien-fondé des réclamations est établi. Ces deux dimensions sont interreliées, car, dans bien des cas, des vices de forme soulèvent des doutes sur l'issue quant au fond et des vices de fond peuvent susciter des questions à propos de la procédure. Comme l'explique l'honorable Frank Iacobucci : [TRADUCTION] « . . . l'accès à la justice doit comporter un aspect procédural et un aspect substantiel. Je conçois mal qu'on puisse mettre à

divorced from ensuring that the ultimate remedy arising from the process provides substantive justice where warranted": "What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?", in J. Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, at p. 20. While it may be analytically convenient to look at process and substance considerations separately, this must not be done at the expense of an overall assessment of the access to justice implications of the proposed class action.

[25] The Divisional Court focused its access to justice analysis on substance, relying heavily on its conclusion that there was some basis in fact to believe that the investors were entitled to significantly more than they had received from the OSC proceedings (paras. 4 and 8). The Court of Appeal, on the other hand, focused mainly on process, relying heavily on considerations such as participation rights and remedial jurisdiction. The correct approach, however, must include both substantive and procedural aspects in assessing whether a class action is the preferable procedure. The focus cannot be exclusively on process: a process may be fair but nonetheless not offer a real opportunity to recover compensation for all of the losses suffered. In other words, in some cases even if the process is fair, there will remain significant obstacles to recovery. In addition, an absence of a fair process may also heighten concerns about whether substantive justice has or will be done. Of course, as we shall see, consideration of these aspects must respect the limited scope of the certification process.

[26] A class action will serve the goal of access to justice if (1) there are access to justice concerns that a class action could address; and (2) these concerns remain even when alternative avenues of redress are considered: *Hollick*, at para. 33. To determine whether both of these elements are present, it may be helpful to address a series of questions. These

la disposition de parties lésées une procédure leur permettant de faire valoir leurs prétentions sans veiller à ce qu'elle débouche sur une juste réparation au fond si celle-ci est justifiée » (« What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », dans J. Kalajdzic, dir., *Accessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, p. 20). Bien qu'il soit peut-être commode sur le plan analytique d'étudier séparément la procédure et le fond, on ne doit pas le faire au détriment d'une évaluation globale des répercussions du recours collectif projeté sur le plan de l'accès à la justice.

[25] La Cour divisionnaire a axé son analyse relative à l'accès à la justice sur l'aspect substantiel. Elle s'est fondée dans une large mesure sur sa conclusion selon laquelle un certain fondement factuel permettait de croire que les investisseurs avaient droit à une réparation considérablement supérieure à ce qu'ils avaient obtenu devant la CVMO (par. 4 et 8). La Cour d'appel, quant à elle, a plutôt mis l'accent sur l'aspect procédural, son analyse faisant principalement intervenir des facteurs comme les droits de participation et les pouvoirs de réparation. Or, la démarche à suivre pour déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen doit porter à la fois sur le fond et sur la forme. On ne saurait s'attacher exclusivement à la procédure : une voie de droit peut être équitable sans néanmoins permettre véritablement au demandeur d'être indemnisé de toutes les pertes subies. Autrement dit, il arrive parfois que subsistent des obstacles importants à l'indemnisation malgré une voie de droit équitable. Qui plus est, l'absence d'une voie de droit équitable risque de faire douter que justice a été rendue ou le sera au fond. Bien sûr, ainsi que nous le verrons, l'analyse de ces éléments doit respecter la portée restreinte du processus de certification.

[26] Le recours collectif permet de réaliser l'objectif d'accès à la justice si (1) il existe des préoccupations à ce sujet auxquelles ce type d'action peut répondre et (2) ces préoccupations subsistent lorsque d'autres voies de droit sont envisagées (*Hollick*, par. 33). Pour établir si ces deux conditions sont remplies, il peut être utile de se

questions must not be considered in isolation or in a specific order, but should inform the overall comparative analysis. I will set out the questions and comment briefly on each.

(1) What Are the Barriers to Access to Justice?

[27] The sorts of barriers to access to justice may vary according to the nature of the claim and the make-up of the proposed class. They may relate to either or both of the procedural and substantive aspects of access to justice. The most common barrier is an economic one, which arises when an individual cannot bring forward a claim because of the high cost that litigation would entail in comparison to the modest value of the claim. However, barriers are not limited to economic ones: they can also be psychological or social in nature. They may arise from such factors as the ignorance of the availability of substantive legal rights (Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, vol. I (1982) ("OLRC Report"), at p. 127), ignorance of the fact that significant injuries have occurred (OLRC Report, at pp. 127-28), limited language skills (see e.g. Rubenstein, at § 4:65), elderly age of the claimants (see e.g. *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.)), frail emotional or physical state of the claimants (see e.g. *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184), fear of reprisals by the defendant (OLRC Report, at p. 128; see e.g. *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (S.C.J.)), or alienation from the legal system as a result of negative experiences with it (OLRC Report, at pp. 128-29). A common procedural barrier is that there is no other procedure available to afford meaningful redress.

(2) What Is the Potential of the Class Proceedings to Address Those Barriers?

[28] The next question concerns the potential of the proposed class action to address the barriers to access to justice which have been identified in the particular case. This analysis is not made in

poser une série de questions. Elles ne sauraient être examinées isolément, ni dans un certain ordre, mais elles devraient éclairer une analyse comparative globale. Un bref commentaire accompagne l'énoncé de chacune d'elles.

(1) Quels sont les obstacles à l'accès à la justice?

[27] Le type d'obstacles varie selon la nature de la demande et la composition du groupe projeté. Ils peuvent intéresser l'aspect procédural ou l'aspect substantiel de l'accès à la justice ou les deux. L'obstacle le plus fréquent est d'ordre financier. Il surgit lorsque les frais élevés d'une action en justice et les sommes modestes en jeu empêchent de s'adresser aux tribunaux. Toutefois, les obstacles ne sont pas que financiers; ils peuvent également être d'ordre psychologique ou social et découler de facteurs comme l'ignorance des droits substantiels susceptibles d'être exercés (Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions*, vol. I (1982) (« Rapport de la CRDO »), p. 127), l'ignorance de l'existence d'un préjudice important (Rapport de la CRDO, p. 127-128), des compétences linguistiques limitées (voir, p. ex., Rubenstein, § 4:65), l'âge avancé des demandeurs (voir, p. ex., *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.)), une santé psychologique ou physique fragile (voir, p. ex., *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184), la crainte de représailles de la part du défendeur (Rapport de la CRDO, p. 128; voir, p. ex., *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (C.S.J.)), et l'aliénation découlant de démêlés avec la justice (Rapport de la CRDO, p. 128-129). L'impossibilité d'intenter tout autre recours qui permettrait d'obtenir une véritable réparation constitue un obstacle d'ordre procédural fréquent.

(2) Dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles?

[28] La question suivante intéresse la capacité du recours collectif d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice dans une affaire donnée. L'analyse qu'elle commande ne s'effectue pas en vase clos,

isolation, but within the comparative analysis, for the purpose of assessing the class proceedings' potential to address the access to justice concerns in comparison to the alternative procedure's ability to do so.

[29] A class action may allow class members to overcome economic barriers "by distributing fixed litigation costs amongst a large number of class members . . . [and thus] making economical the prosecution of claims that any one class member would find too costly to prosecute on his or her own": *Hollick*, at para. 15. It may also allow claimants to overcome psychological and social barriers through the representative plaintiff who provides guidance and takes charge of the action on their behalf.

[30] Through these procedural mechanisms, a class action provides access to the courts for class members. Thus, it is a "procedural tool" (*Hollick*, at para. 15): it does not guaranty results for class members.

[31] That being said, class proceedings exist not only to provide access to a procedure, but also to substantive results. The OLRC Report considered the various barriers to litigation and how class actions could play a role in overcoming those barriers. There is no doubt that achieving results for class members was at the heart of these discussions:

> In the preceding sections, the Commission has examined the importance of providing increased access to the courts for persons who wish to pursue existing remedies but are unable to do so. The Commission is of the view that many claims are not individually litigated, not because they are lacking in merit or unimportant to the potential claimant, but because of economic, social, and psychological barriers. We believe that class actions can help to overcome such barriers and, by providing increased access to the courts, may perform an important function in society. Quite clearly, effective access to justice is a precondition to the exercise of all other legal rights.
>
> Moreover, empirical evidence indicates that class actions do, in fact, provide access to justice for a broader

mais s'inscrit dans l'analyse comparative et vise à confronter le recours collectif aux autres moyens, eu égard à leur capacité respective de répondre aux préoccupations en matière d'accès à la justice.

[29] Le recours collectif peut permettre aux membres du groupe de surmonter l'obstacle d'ordre financier « en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe [. . .] [et ainsi] en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement » (*Hollick*, par. 15). Il peut aussi permettre de surmonter les obstacles d'ordre psychologique ou social par le truchement du représentant, qui informe les membres du groupe et dirige le recours pour leur compte.

[30] Par ces mécanismes procéduraux, le recours collectif donne aux membres du groupe accès aux tribunaux. En cela, il s'agit d'un « instrument de procédure » (*Hollick*, par. 15) : il ne leur garantit pas le résultat escompté.

[31] Cela dit, le recours collectif a pour objet d'offrir non seulement une voie de droit, mais également un résultat positif quant au fond. Le rapport de la CRDO abordait les divers obstacles à l'action en justice ainsi que la solution que le recours collectif pourrait représenter. Il ne fait aucun doute qu'une issue positive pour les membres tenait une large place dans l'analyse :

> [TRADUCTION] Dans les sections précédentes, on a vu qu'il importe de faciliter l'accès aux tribunaux aux justiciables qui voudraient exercer un recours qui leur est reconnu mais qui ne sont pas en mesure de le faire. La Commission estime que nombre d'actions individuelles ne sont pas intentées, non pas qu'elles ne soient pas fondées ou ne revêtent pas d'importance aux yeux du demandeur, mais en raison d'obstacles d'ordre financier, social ou psychologique. Nous croyons que le recours collectif peut aider à lever ces obstacles et, en améliorant l'accès aux tribunaux, remplir une fonction sociale importante. De toute évidence, un accès réel à la justice est préalable à l'exercice de tout autre droit juridique.
>
> En outre, il est empiriquement établi que le recours collectif rend effectivement la justice accessible à un

range of persons. The evidence suggests that individuals are interested in pursuing their claims by means of a class action. In addition, class actions seeking damages do confer a significant monetary benefit, notwithstanding the deduction of lawyers' fees and administrative costs. [Reference omitted; p. 139.]

[32] The *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990) ("*Report of the Attorney General*") also acknowledged the underlying goal of class proceedings of providing redress for class members in its opening lines:

> A class action is . . . a procedural mechanism that is intended to provide an efficient means to achieve redress for widespread harm or injury by allowing one or more persons to bring the action on behalf of the many. [p. 15]

[33] The *Report of the Attorney General* also highlighted the substantive component of access to justice:

> Ontarians also live in a society that strives to maximize access to justice for its citizens. Sophisticated and highly evolved rights and obligations are of little value if they cannot be asserted or enforced effectively and economically. Of what value is a right or obligation, or the judicial system itself, if its users must be told that the right is "too small" or "too complex" or "too risky" to justify its enforcement?
>
> A class action can provide the means by which such claims can be asserted and given access to justice. A meaningful procedure can achieve economies in the use of judicial and court resources and provide widespread redress to many individuals who have suffered a loss or injury. [pp. 16-17]

[34] Thus, class actions overcome barriers to litigation by providing a procedural means to a substantive end. As one author put it in a memorable phrase, a class procedure has the potential to "breath[e] new life into substantive rights": M. Good, "Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185, at p. 188. Even though a class action is

grand nombre de personnes. La preuve révèle un intérêt individuel à faire valoir des revendications au moyen du recours collectif. De plus, les recours collectifs en dommages-intérêts procurent un avantage pécuniaire important, même après déduction des honoraires des avocats et frais d'administration. [Renvoi omis; p. 139.]

[32] Le *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990) (« rapport du procureur général ») reconnaît aussi, dans son entrée en matière, l'objectif sous-jacent du recours collectif qui consiste à offrir une réparation aux membres du groupe :

> [TRADUCTION] Un recours collectif est [. . .] un mécanisme procédural ayant pour objet de fournir un moyen efficace d'obtenir la réparation d'un préjudice subi par un grand nombre de personnes, en permettant à une personne ou plus d'intenter une action pour le compte de nombreuses autres. [p. 15]

[33] Le rapport du procureur général souligne également l'aspect substantiel de l'accès à la justice :

> [TRADUCTION] Les Ontariens vivent également dans une société qui s'efforce de favoriser le plus possible l'accès à la justice. Des droits et obligations complexes et très développés ont peu de valeur s'il est impossible de s'en prévaloir de façon efficace et économique. Que vaut un droit ou une obligation, voire le système judiciaire lui-même, si le justiciable reçoit comme message que son droit est « trop insignifiant », « trop complexe » ou « trop risqué » pour être exercé?
>
> Un recours collectif peut fournir le moyen de faire valoir de telles demandes et de donner accès à la justice. Une voie procédurale utile est susceptible de favoriser l'économie des ressources judiciaires et de procurer une réparation à grande échelle aux nombreuses victimes de perte ou de préjudice. [p. 16-17]

[34] Ainsi, le recours collectif permet de surmonter les obstacles aux litiges en fournissant un moyen procédural d'arriver à une fin substantielle. Comme un auteur l'a exprimé de façon mémorable, le recours collectif pourrait avoir l'effet d'[TRADUCTION] « insuffle[r] un nouvel élan aux droits substantiels » (M. Good, « Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification : Exploring the Goals of Canadian Class Actions »

a procedural tool, achieving substantive results is one of its underlying goals. Consideration of its capacity to overcome barriers to access to justice should take account of both the procedural and substantive dimensions of access to justice.

(3) What Are the Alternatives to Class Proceedings?

[35] The motions court must identify alternatives to the proposed class proceedings. As McLachlin C.J. held in *Hollick*, "the preferability analysis requires the court to look to all reasonably available means of resolving the class members' claims, and not just at the possibility of individual actions": para. 31 (emphasis added). Here, the court considers both other potential court procedures (such as joinder, test cases, consolidation and so on: *Hollick*, at para. 28) and non-court proceedings.

[36] The motions court must look at all the alternatives globally in order to determine to what extent they address the barriers to access to justice posed by the particular claim: *Hollick*, at para. 30. In some cases, non-litigation means of redress will be considered in conjunction with individual actions: see e.g. *Hollick*, *Cloud* and *Pearson v. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641 (C.A.). In other cases, for example where there is no viable litigation alternative to a class action, the non-litigation means of redress will have to be considered on its own as a potential alternative to the class action: see e.g. *Halabi v. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153 (Gen. Div.). The nature of the comparison analysis will vary, depending on the nature of the alternatives available for consideration.

(4) To What Extent Do the Alternatives Address the Relevant Barriers?

[37] Once the alternative or alternatives to class proceedings have been identified, the court must

(2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185, p. 188). Bien qu'il s'agisse d'un instrument de procédure, il a, entre autres, pour objet sous-jacent de procurer des résultats positifs quant au fond. Dans l'évaluation de la capacité de ce type de recours d'aplanir les obstacles à l'accès à la justice, il faut prendre en compte la dimension procédurale et la dimension substantielle de la notion d'accès.

(3) Quels autres moyens y a-t-il?

[35] Le tribunal saisi de la motion en certification doit examiner les autres voies de droit possibles. Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin dans *Hollick*, le tribunal, « dans l'analyse du meilleur moyen, doit examiner tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, et non seulement la possibilité de recours individuels » (par. 31 (je souligne)). En l'espèce, le tribunal a examiné d'autres recours judiciaires possibles (comme la jonction ou la réunion d'instances, la cause type, etc. (*Hollick*, par. 28)) ainsi que des voies de droit extrajudiciaires.

[36] Le tribunal saisi de la motion doit examiner de façon globale les autres moyens et déterminer s'ils permettent d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice que soulève la demande (*Hollick*, par. 30). Dans certains cas, une voie de droit extrajudiciaire peut être envisagée en plus des recours individuels (voir, p. ex., *Hollick*, *Cloud* et *Pearson c. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641 (C.A.)). Dans d'autres cas, par exemple lorsqu'il n'existe pas d'autre action en justice viable que le recours collectif, il faut envisager la possibilité d'une voie de droit extrajudiciaire au lieu de ce dernier (voir, p. ex., *Halabi c. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153 (Div. gén.)). La nature des autres moyens possibles influera sur la nature de l'analyse comparative.

(4) Dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d'aplanir les obstacles?

[37] Après le recensement des autres voies de droit possibles, il faut évaluer la mesure dans laquelle

assess the extent to which they address the access to justice barriers that exist in the circumstances of the particular case. The court should consider both the substantive and procedural aspects of access to justice recognizing that court procedures do not necessarily set the gold standard for fair and effective dispute resolution processes. The question is whether the alternative has the potential to provide effective redress for the substance of the plaintiffs' claims and to do so in a manner that accords suitable procedural rights. This comparison, of course, must take place within the proper evidentiary framework that applies at the certification stage. I will return to that point in a moment.

(5) How Do the Two Proceedings Compare?

[38] The focus at this stage of the analysis is on whether, if the alternative or alternatives were to be pursued, some or all of the access to justice barriers that would be addressed by means of a class action would be left in place: *Hollick*, at para. 33. At the end of the day, the motions court must determine whether, on the record before it, the class action has been shown to be the preferable procedure to address the specific procedural and substantive access to justice concerns in a case. As set out in *Hollick*, the court must also, to the extent possible within the proper scope of the certification hearing, consider the costs as well as the benefits of the proposed class proceeding in relation to those of the proposed alternative procedure.

D. *Evidentiary Considerations*

(1) What Is the Evidentiary Burden With Regard to the Preferability Requirement on a Motion for Certification?

[39] The questions I have just outlined are addressed within the confines of the certification process; the court cannot engage in a detailed assessment of the merits or likely outcome of the class action or any alternatives to it. In *Hollick*, McLachlin C.J. explained that the evidentiary burden applicable on a motion for certification was low:

elles résolvent les problèmes particuliers d'accès à la justice qui se posent dans les circonstances. Le tribunal doit examiner les aspects procéduraux et substantiels de la notion d'accès en gardant à l'esprit que la voie judiciaire n'est pas nécessairement la modalité idéale de règlement équitable et efficace des différends. Il doit se demander si l'autre moyen permettra de régler utilement les demandes quant au fond tout en assurant aux demandeurs la possibilité d'exercer des droits procéduraux adéquats. Il faut, bien sûr, procéder à cette analyse comparative en fonction des normes de preuve applicables à l'étape de la certification, point que j'aborde plus loin.

(5) Bilan de la comparaison

[38] À cette étape, il s'agit de décider si l'autre moyen laisserait en totalité ou en partie subsister des obstacles à l'accès à la justice que le recours collectif permettrait d'aplanir (*Hollick*, par. 33). En fin de compte, le tribunal saisi de la motion doit déterminer, au vu de la preuve, s'il a été démontré que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les préoccupations relatives à l'accès à la justice, sur le plan de la procédure et sur le plan du fond. Comme la Cour le mentionne dans *Hollick*, il doit aussi, sans outrepasser le cadre de l'audience sur la certification, comparer les coûts et les avantages du recours collectif projeté à ceux des autres moyens proposés.

D. *Les questions de preuve*

(1) Fardeau de preuve applicable au critère du meilleur moyen à l'étape de la motion en vue de la certification

[39] L'examen des questions susmentionnées doit respecter le cadre de la certification; le tribunal ne saurait à cette étape procéder à l'appréciation détaillée du bien-fondé du recours collectif ou des autres voies de droit ou de leur issue probable. Dans l'arrêt *Hollick*, la juge en chef McLachlin explique que le fardeau de preuve applicable à l'étape de la motion en vue de la certification n'est pas élevé :

I agree that the representative of the asserted class must show some basis in fact to support the certification order. As the court in *Taub* [*v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.)] held, that is not to say that there must be affidavits from members of the class or that there should be any assessment of the merits of the claims of other class members. However, the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* clearly contemplates that the class representative will have to establish an evidentiary basis for certification: see Report, at p. 31 ("evidence on the motion for certification should be confined to the [certification] criteria"). The Act, too, obviously contemplates the same thing: see s. 5(4) ("[t]he court may adjourn the motion for certification to permit the parties to amend their materials or pleadings or to permit further evidence"). In my view, the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in s. 5 of the Act, other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. That latter requirement is of course governed by the rule that a pleading should not be struck for failure to disclose a cause of action unless it is "plain and obvious" that no claim exists: see Branch, *supra*, at para. 4.60. [Emphasis added; para. 25.]

Je conviens que le représentant du groupe défini doit établir un certain fondement factuel pour la demande de certification. Comme le dit la cour dans *Taub* [*c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.)], cela ne signifie pas qu'il faut des affidavits des membres du groupe ou qu'il faut un examen au fond des demandes d'autres membres du groupe. Cependant, le rapport précité du comité consultatif du procureur général envisageait manifestement que le représentant du groupe serait tenu d'étayer sa demande de certification (à la p. 31) : ([TRADUCTION] « la preuve à l'appui de la demande devrait se limiter aux critères [de certification] »). De toute évidence, c'est ce que prévoit la Loi au par. 5(4) (« [l]e tribunal peut ajourner la motion en vue de faire certifier le recours collectif afin de permettre aux parties de modifier leurs documents ou leurs actes de procédure ou d'autoriser la présentation d'éléments de preuve supplémentaires »). À mon sens, le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées à l'art. 5 de la Loi, autre que l'exigence que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Cette dernière exigence est régie bien sûr par la règle qu'un acte de procédure ne devrait pas être radié parce qu'il ne révèle pas de cause d'action à moins qu'il soit [TRADUCTION] « manifeste et évident » qu'il n'y a lieu à aucune réclamation : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.60. [Je souligne; par. 25.]

[40] This Court recently reaffirmed these principles in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, in the context of the similar British Columbia class actions regime. In his discussion of the standard of proof with regard to the commonality and preferability requirements (para. 101), Rothstein J. indicated that the "'some basis in fact' standard does not require that the court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage" (para. 102). This reflects the fact that a certification court "is ill-equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in the finely calibrated assessments of evidentiary weight": *Pro-Sys*, at para. 102, citing *Cloud*, at para. 50; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.), at para. 119, citing *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (Ont. S.C.J.). Further, the "some basis in fact" standard cannot be assessed in a vacuum. As Rothstein J. puts it: ". . . there is limited utility in attempting to define 'some basis

[40] La Cour a récemment confirmé ces principes dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, dans le contexte du régime similaire de recours collectif établi en Colombie-Britannique. Dans son analyse de la norme de preuve applicable aux critères des questions communes et du meilleur moyen (par. 101), le juge Rothstein indique que la norme d'« "un certain fondement factuel" n'exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l'étape de la certification » (par. 102), reconnaissant par là le fait que le tribunal saisi de la motion « n'est pas en mesure de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve non plus que de déterminer sa valeur probante à l'issue d'une analyse nuancée » (*Pro-Sys*, par. 102, citant *Cloud*, par. 50; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.), par. 119, citant *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (C.S.J. Ont.)). En outre, cette norme ne peut s'appliquer dans

in fact' in the abstract. Each case must be decided on its own facts" (para. 104).

[41] Helpful elaboration of the "some basis in fact" standard may be found in the reasons of Winkler C.J.O. in *McCracken v. Canadian National Railway Co*., 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745:

> The "some basis in fact" principle is meant to address two concerns. First, there is a requirement that, for all but the cause of action criterion, an evidentiary foundation is needed to support a certification order.
>
> Second, in keeping with the procedural scheme of the *CPA*, the use of the word "some" conveys the meaning that the evidentiary record need not be exhaustive, and certainly not a record upon which the merits will be argued. This legislative intention is reflected in s. 2(3)(*a*) of the *CPA*, which — although honoured more often in the breach — requires the proposed representative plaintiff to bring a motion for certification within 90 days of the filing of, or the expiry of the time for filing of, a statement of defence or notice of intent. Thereafter, leave of the court is required to bring the motion: see s. 2(3)(*b*). [Emphasis added; paras. 75-76.]

[42] The jurisprudence emphasizes the importance of not allowing the requirement to establish "some basis in fact" to lead to a more fulsome assessment of contested facts going to the merits of the case. For example, in *Cloud*, the Ontario Court of Appeal indicated that the some basis in fact standard "does not entail any assessment of the merits at the certification stage" (para. 50). Similarly, in *Pearson*, the Ontario Court of Appeal, having concluded that the representative plaintiff had adduced evidence to show a negative impact on property values concluded that the "some basis in fact" standard with regard to the commonality of the issues had been met. The court pointed out that while the defendant disputed the plaintiff's evidence, "the certification motion is not the place for resolving that controversy" (para. 76). These evidentiary principles equally apply to the preferability criterion: see e.g. *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002),

l'absolu. Comme le juge Rothstein le signale, « il serait peu utile de tenter de définir "un certain fondement" dans l'abstrait. L'issue d'une affaire dépend des faits qui lui sont propres » (par. 104).

[41] Les motifs du juge en chef Winkler à propos de cette norme dans *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, apportent des précisions utiles :

> [TRADUCTION] Le principe posant qu'il faut établir un « certain fondement factuel » répond à deux préoccupations. Premièrement, tous les critères, hormis celui de la cause d'action, étayant l'ordonnance de certification doivent reposer sur une preuve.
>
> Deuxièmement, dans l'esprit du régime procédural établi par la *LRC*, l'emploi du mot « certain » indique que la preuve n'a pas à être exhaustive et qu'il ne s'agit certainement pas d'une preuve propre à présider au débat sur le fond. Cette intention du législateur est exprimée à l'al. 2(3)*a*) de la *LRC* — qu'on honore le plus souvent en l'enfreignant — lequel exige du représentant des demandeurs qu'il présente la motion en vue de la certification dans les 90 jours suivant le dépôt de la défense ou de l'avis d'intention d'en présenter une ou de l'expiration du délai prescrit pour ce faire. Passé ce délai, il faut obtenir l'autorisation du tribunal (voir l'al. 2(3)*b*)). [Je souligne; par. 75-76.]

[42] La jurisprudence souligne qu'il importe de ne pas laisser l'exigence du « certain fondement factuel » mener à une appréciation poussée des faits litigieux qui toucherait au bien-fondé du recours. Dans *Cloud*, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a indiqué que cette norme [TRADUCTION] « n'entraîne pas d'évaluation au fond à l'étape de la certification » (par. 50). Dans *Pearson*, elle a pareillement conclu, après avoir constaté que le représentant des demandeurs avait produit une preuve visant à établir la dépréciation d'immeubles, que celui-ci avait satisfait à la norme du « certain fondement factuel » à l'égard du critère des questions communes. Selon elle, bien que la défenderesse ait contesté cette preuve, [TRADUCTION] « il n'y a pas lieu de régler ce débat à l'audition de la motion en vue de la certification » (par. 76). Ces règles de preuve s'appliquent tout autant au critère du meilleur moyen (voir, p. ex., *1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*

62 O.R. (3d) 535 (S.C.J.), at para. 27, aff'd (2004), 70 O.R. (3d) 182 (S.C.J. (Div. Ct.)).

[43] The standard of proof on a motion for certification was at the heart of the appeal in *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.), leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. vi. The decision makes clear that at the certification stage, the court cannot engage in any detailed weighing of the evidence but should confine itself to whether there is some basis in the evidence to support the certification requirements. In *Chadha*, the court denied certification on the basis that there was *no* evidence that the loss component of liability could be proved on a class-wide basis (and thus that there was no common issue). It was not necessary to establish that there was a compelling method to prove such loss, but it was necessary to provide some basis in fact to think that there was *some* method to do so. The plaintiffs had failed to provide that basis. This Court reached the opposite conclusion in *Pro-Sys* with regard to the commonality of the issues, because there was "an expert methodology that ha[d] been found to have a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis" (para. 140).

[44] The limited scope of the factual inquiry on the certification motion means that the motions court will often not be able to compare the potential recoveries in the class action and in the alternative or alternatives to it. For example, in *Pro-Sys* it was argued that the class proceeding did not meaningfully further the objective of access to justice because the award would likely be distributed *cy-près* and not to individual class members. Rothstein J., however, rejected this argument noting that it was "premature to assume that the award . . . [would] result in *cy-près* distribution or that the objective of access to justice [would] be frustrated on this account" (para. 141).

[45] The limitations imposed by the nature of the certification process are directly relevant in this

(2002), 62 O.R. (3d) 535 (C.S.J.), par. 27, conf. par (2004), 70 O.R. (3d) 182 (C.S.J. (C. div.))).

[43] La norme de preuve applicable à l'examen d'une motion en vue de la certification était au cœur de l'appel dans *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. vi. La cour a statué clairement qu'à cette étape le tribunal ne peut procéder à une appréciation détaillée de la preuve et doit plutôt se borner à vérifier si les critères de certification reposent sur un certain fondement factuel. Dans *Chadha*, la cour n'a pas certifié le recours parce qu'*aucun* élément de preuve ne permettait d'établir l'un des préalables à une déclaration de responsabilité, soit la perte à l'échelle du groupe, de sorte qu'il n'y avait pas de question commune. Il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une méthode convaincante qui prouverait une telle perte, mais il fallait établir un certain fondement factuel permettant de penser qu'*une quelconque* méthode existait. Or, les demandeurs n'y sont pas arrivés. Notre Cour dans *Pro-Sys* tire la conclusion opposée quant à l'existence d'une question commune parce qu'il existait « une méthode proposée par un expert [qui] permettrait assez certainement d'établir la perte à l'échelle du groupe » (par. 140).

[44] La portée restreinte de l'examen factuel à l'étape de la certification fait en sorte que le tribunal saisi d'une telle motion n'est souvent pas en mesure de confronter les fonds que le recours collectif et les autres moyens permettraient de recouvrer. Dans *Pro-Sys*, par exemple, on a fait valoir que le recours collectif ne favorisait pas vraiment l'objectif d'accès à la justice parce que l'indemnité accordée serait probablement distribuée selon le principe de l'aussi-près et non pas versée aux membres individuels. Le juge Rothstein n'a pas retenu cet argument, indiquant qu'il était « trop tôt pour présumer que la réparation accordée [. . .] donnera[it] lieu à des versements selon le principe de l'aussi-près ou que, le cas échéant, l'objectif de favoriser l'accès à la justice sera[it] compromis » (par. 141).

[45] Les restrictions qu'emporte par sa nature la procédure de certification sont directement en

case. Somewhat unusually, a potential alternative procedure — the OSC proceeding — has run its course and the results of it are known with certainty. This might be seen, as it was by the Divisional Court in this case, as inviting a comparison of those known results with the likely outcome of the proposed class action. Simply put, is there enough left on the table to justify the time and expense of the proposed class proceeding? Viewed from this perspective, "[u]nless it can be said that the plaintiffs have achieved full, or at the very least substantially full, recovery", they would be entitled to maintain a class action (Divisional Court decision, at para. 8). Based on the record in this case, the Divisional Court concluded that "the plaintiffs' current claim against AIC and CI, over and above the OSC settlement, [was] $333.8 million" (para. 4). The court qualified this as a "significant amount of money" (para. 8) which entitled the plaintiffs to maintain a class action.

[46] Although at first glance such an approach would seem to have something to commend it, its allure quickly fades when due attention is given to the nature and limitations of the certification process. The certification process is not the occasion for a searching examination of whether the "plaintiffs have achieved full, or . . . substantially full, recovery" (Divisional Court decision, at para. 8) in comparison to the likely outcome of the class proceeding on its merits. Without that sort of examination, the most that can be done is to assess on the appropriately limited evidentiary record whether the access to justice barriers that may be addressed by a class proceeding remain even after the alternative process has run its course.

[47] Nevertheless, when the results or the limits on recovery of an alternative procedure are known at the time of the certification motion, those uncontested facts cannot be ignored. For example, in *Rumley*, McLachlin C.J. observed that the alternative procedure was not preferable because, among other things, it limited recovery of any complainant to $60,000 (para. 38). (Although the Court was dealing with the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, in that case,

cause en l'espèce. Fait assez inhabituel, une voie de droit possible — l'instance devant la CVMO — a déjà été menée à terme, et son issue est connue. On pourrait, à l'instar de la Cour divisionnaire, être tenté de comparer ce résultat avec l'issue probable du recours collectif projeté, c'est-à-dire se demander si les fonds qui restent à recouvrer valent l'investissement en temps et en argent que requiert le recours collectif. Dans cette perspective, [TRADUCTION] « [à] moins qu'on puisse affirmer que les demandeurs ont obtenu la totalité — ou à tout le moins la quasi-totalité — de ce qu'ils réclamaient », ils sont autorisés à exercer un recours collectif (jugement de la Cour divisionnaire, par. 8). Compte tenu du dossier, la Cour divisionnaire a conclu que « la demande actuelle contre AIC et CI se chiffre à 333,8 millions de dollars outre le montant visé dans le règlement conclu par la CVMO » (par. 4). Selon la cour, il s'agit d'une « somme considérable » (par. 8) autorisant les demandeurs à exercer un recours collectif.

[46] Bien que ce raisonnement puisse séduire au premier abord, il perd rapidement de son lustre dès lors que la nature et les limites de la procédure de certification sont dûment considérées. Il n'y a pas lieu à cette étape de déterminer si [TRADUCTION] « les demandeurs ont obtenu la totalité — ou [. . .] la quasi-totalité — de ce qu'ils réclamaient » (jugement de la Cour divisionnaire, par. 8) et de comparer avec l'issue probable du recours collectif quant au fond. Le mieux que l'on peut faire, à défaut d'un tel examen, est de déterminer au vu de la preuve évidemment limitée si les obstacles à l'accès à la justice auxquels le recours collectif peut remédier subsistent une fois que l'autre moyen a suivi son cours.

[47] Quoi qu'il en soit, lorsque l'issue de l'autre moyen ou les plafonds qu'il impose sont connus lors de l'examen de la motion en vue de la certification, on ne peut faire abstraction de ces faits incontestables. Dans l'arrêt *Rumley*, par exemple, la juge en chef McLachlin indique que l'autre voie de droit ne constitue pas le meilleur moyen notamment parce qu'elle plafonne à 60 000 $ l'indemnité qu'un plaignant peut recevoir (par. 38). (Bien que cet arrêt porte sur la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996,

an analogous approach is implicit in the *CPA*.) In a case involving similar facts and dealing with the *CPA*, the Ontario Court of Appeal made similar comments with regard to the fact that the alternative procedure capped recovery: *Cloud*, at para. 92. The fact that the court considered the limits on recovery in the alternative procedure implies that it took into account the fact that the class action could address the full range of the class members' claims. Thus, the results and limits may be considered, but within the constraints of the evidentiary basis that is appropriate on a certification motion. In a case where the results of neither the alternative nor the class proceedings are known, the comparative exercise with regard to the substantive access to justice barriers will in general be very limited.

(2) Who Assumes the Burden?

[48] The party seeking certification of a class action bears the burden of showing some basis in fact for every certification criterion: *Hollick*, at para. 25. In the context of the preferability requirement, this requires the representative plaintiff to show (1) that a class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim, and (2) that it would be preferable to any other reasonably available means of resolving the class members' claims: *Hollick*, at paras. 28 and 31. A defendant can lead evidence "to rebut the inference of some basis in fact raised by the plaintiff's evidence": M. Cullity, "Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of 'Some Basis in Fact'" (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407, at p. 417.

[49] With regard to the second aspect of the preferability requirement — that is, the comparative analysis — the representative plaintiff will necessarily have to show some basis in fact for concluding that a class action would be preferable to other litigation options. However, the representative plaintiff cannot be expected to address every conceivable non-litigation option in order to establish that there is some basis in fact to think

ch. 50, de la Colombie-Britannique, la *LRC* permet implicitement le même raisonnement.) Dans une affaire présentant des faits similaires et intéressant la *LRC*, la Cour d'appel de l'Ontario a elle aussi fait remarquer que l'autre moyen permettait le recouvrement d'une indemnité limitée (*Cloud*, par. 92). On peut supposer que, si la cour a tenu compte du plafond prévu par l'autre moyen, elle estimait que le recours collectif permettait de régler l'ensemble des demandes des membres du groupe. L'issue et les plafonds peuvent donc entrer en ligne de compte, mais uniquement dans le cadre de preuve limité applicable à l'étape de la certification. Dans une affaire où tant l'issue du recours collectif que celle de l'autre voie de droit sont inconnues, l'exercice de comparaison, eu égard aux obstacles à l'accès à la justice sur le plan du fond, sera généralement très limité.

(2) À qui incombe le fardeau de preuve?

[48] Il incombe à la partie qui cherche à faire certifier un recours collectif d'établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions de certification (*Hollick*, par. 25). S'agissant du critère du meilleur moyen, le représentant des demandeurs doit démontrer (1) que le recours collectif serait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance et (2) qu'il serait préférable à tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe (*Hollick*, par. 28 et 31). Le défendeur peut présenter des éléments afin de [TRADUCTION] « réfuter l'existence du certain fondement factuel pouvant s'inférer de la preuve présentée par le demandeur » (M. Cullity, « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of "Some Basis in Fact" » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407, p. 417).

[49] Pour ce qui est du deuxième aspect du critère du meilleur moyen — c'est-à-dire l'analyse comparative — le représentant des demandeurs devra nécessairement établir un certain fondement factuel permettant de conclure que le recours collectif serait préférable aux autres voies judiciaires. On ne saurait toutefois exiger qu'il passe en revue toutes les voies de droit extrajudiciaires possibles pour faire cette preuve. Le défendeur qui

that a class action would be preferable. Where the defendant relies on a specific non-litigation alternative, he or she has an evidentiary burden to raise it. As Winkler J. (as he then was) put it in *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348 (Ont. S.C.J.): ". . . the defendants cannot simply assert to any effect that there are other procedures that would be preferable without an evidentiary basis . . . . It must be supported by some evidence" (para. 67). However, once there is some evidence about the alternative, the burden of satisfying the preferability requirement remains on the plaintiff.

E. *Application*

[50] There are two potential barriers to access to justice in this case. First, an economic barrier arises from the nature of the claim. The claim advanced here may be referred to as a small claims class action. As the motion judge found, the individual claims are not large enough to support viable individual actions (para. 62). The economic barrier to access to justice, therefore, is that individual claims are not viable to litigate individually. In the context of a small claims class action such as this one, access to justice requires access to a process that has the potential to provide in an economically feasible manner just compensation for the class members' individual economic claims should they be established. The second barrier is related to the first. As a result of the nature of the claim, there is potentially no access to a fair process, geared towards protecting the rights of class members, to seek a resolution of the common issues for what could potentially be a class of over a million members. Thus, traditional litigation cannot achieve either the substantive or the procedural dimensions of access to justice in a case such as this.

[51] The proposed class action addresses both of these barriers. It has the potential to make it economically feasible to advance on behalf of the class a group of individual claims that would otherwise not be economically feasible to pursue in the courts and it provides class members with a fair process to resolve their claims. The class action process is

invoque l'existence d'une solution extrajudiciaire est tenu d'étayer son affirmation. Pour reprendre les propos du juge Winkler (plus tard juge en chef) dans *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348 (C.S.J. Ont.) : [TRADUCTION] « . . . les défenderesses ne peuvent se contenter d'affirmer que d'autres moyens sont préférables sans fondement probatoire [. . .] Leur affirmation doit être appuyée par des éléments de preuve » (par. 67). Toutefois, dès lors que la preuve relative à un autre moyen est produite, le fardeau de prouver qu'il est satisfait au critère du meilleur moyen repose à nouveau sur le demandeur.

E. *Application*

[50] En l'espèce, deux obstacles potentiels à l'accès à la justice se dressent. Le premier, d'ordre financier, est lié à la nature de la demande. Il s'agit d'un recours collectif portant sur de petites créances. Le juge saisi de la motion a estimé que le montant des demandes individuelles était trop modeste pour qu'un recours individuel soit viable (par. 62). Cet obstacle réside donc dans la non-viabilité des recours individuels. Dans un cas comme celui qui nous occupe, l'accès à la justice commande l'accès à une voie de droit susceptible de permettre l'indemnisation équitable — et possible sur le plan financier — des membres du groupe quant à leurs demandes pécuniaires individuelles, si elles sont établies. Le deuxième obstacle est lié au premier. La nature de la demande est telle qu'il n'existe peut-être pas d'autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d'exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d'un groupe pouvant compter plus d'un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l'action en justice classique ne sert pas l'accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural.

[51] Or, le recours collectif proposé élimine ces obstacles. Il permet à un groupe de faire valoir un ensemble de demandes individuelles qu'il serait autrement impossible pour des raisons d'ordre financier de soumettre aux tribunaux et il fournit aux membres du groupe une voie de droit équitable. Le recours collectif assure une ample protection de

geared to protecting the class members' rights to a significant extent through such mechanisms as the requirement for a representative plaintiff who must "fairly and adequately represent the interests of the class", produce a workable litigation plan to advance the proceeding on behalf of the class and have no conflict of interests with other class members: *CPA*, s. 5(1)(e).

[52] As I have already noted, there is no realistic litigation alternative in this case. The only alternative procedure that was advanced is the OSC proceedings and settlement agreements, the results of which are already known. Thus, the question is to what extent this alternative has addressed the barriers to access to justice and whether those barriers remain now that those proceedings have been completed. This analysis has both a procedural and a substantive component.

[53] With respect to the procedural component, the appellants submit that the Court of Appeal wrongly focused on the fact that the OSC's jurisdiction is regulatory and not compensatory and erred in its assessment of investor participation in the OSC proceedings. I do not accept these submissions.

[54] The main jurisdiction of the OSC under s. 127 of the *Securities Act* — under which the OSC conducted the probe — is regulatory. Thus, it "is neither remedial nor punitive; it is protective and preventive, intended to be exercised to prevent likely future harm to Ontario's capital markets": *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132, at para. 42, quoting (1999), 43 O.R. (3d) 257, at p. 272, *per* Laskin J.A. There is no question in this case that the OSC had jurisdiction to approve the settlement agreements or, as the motion judge found, that Commission staff in this case sought to determine the extent of investor losses and to achieve compensation for them through the settlement agreements. Nevertheless, compensation of investors is not the primary focus of the OSC under its s. 127 jurisdiction. Further, there is no

leurs droits par le truchement de certains mécanismes, dont le critère qui exige la nomination d'un représentant qui « représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe », a préparé un plan efficace pour faire avancer l'instance au nom du groupe et n'a aucun conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe (*LRC*, al. 5(1)e)).

[52] Comme je l'ai déjà indiqué, il n'existe pas d'autre solution judiciaire réaliste en l'espèce. La seule autre voie de droit évoquée est l'instance devant la CVMO et les règlements intervenus, dont l'issue est connue. Par conséquent, la question qu'il faut poser est celle de savoir si cette instance a permis d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice ou s'il en subsiste. Cette analyse comporte un aspect procédural et un aspect substantiel.

[53] S'agissant de l'aspect procédural, les appelantes soutiennent que la Cour d'appel a attaché trop d'importance au fait que la CVMO exerce une compétence d'ordre réglementaire et ne dispose pas de pouvoirs d'indemnisation. Selon elles, la cour a mal apprécié la participation des investisseurs à l'instance devant cet organisme. Je ne puis leur donner raison.

[54] La principale compétence que confère à la CVMO l'art. 127 de la *Loi sur les valeurs mobilières* — en vertu duquel l'organisme a procédé à l'enquête — est de nature réglementaire. En conséquence, elle « n'est ni réparatrice, ni punitive; elle est de nature protectrice et préventive et elle est destinée à être exercée pour prévenir le risque d'un éventuel préjudice aux marchés financiers en Ontario » (*Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 42, citant (1999), 43 O.R. (3d) 257, p. 272, le juge Laskin). En l'espèce, il ne fait aucun doute que la CVMO était habilitée à approuver les ententes de règlement ou, comme l'a conclu le juge saisi de la motion, que son personnel a voulu déterminer l'ampleur des pertes subies par les investisseurs et à faire en sorte qu'ils soient indemnisés par le

way to know how the OSC arrived at the settlement agreements; the details of the methodology used to calculate the amounts having remained confidential throughout. As the motion judge found, "how the OSC came to its calculation is not actually known" (para. 99).

[55] With regard to investor participation in the OSC proceedings, my view is that the respondents and the Court of Appeal are somewhat off the mark by placing virtually exclusive weight on this consideration in rejecting the OSC proceedings as a preferable alternative. Nevertheless, I agree that investor participation in the process leading to compensation is an important factor to consider and one that weighs heavily in favour of finding that the class proceeding meets the preferability requirement in this case. As the Court of Appeal noted, the OSC proceedings and the procedure by which the settlement agreements were arrived at in this case "provided little to no basis for investor participation" (paras. 58 and 60), whereas class proceedings "allow for the appointment of a representative plaintiff who shares a sufficient common interest with members of the class [and] conducts the litigation on behalf of class members under court supervision and within the presumptive principle of an open court" (para. 61). Moreover, as the motion judge found, nothing was known about how the OSC came to its assessment of compensation. In summary, the regulatory nature of and the limited participation rights for investors in the OSC proceedings, coupled with the absence of information about how the OSC staff assessed investor compensation, support the conclusion that significant procedural access to justice concerns remain which the proposed class action can address. Moreover, the focus and nature of the OSC process reinforce the concerns which I will turn to next about whether substantial access to justice was achieved.

truchement des ententes de règlement. Cependant, l'indemnisation des investisseurs ne constitue pas la raison d'être du pouvoir dévolu à la CVMO par l'art. 127. De plus, il n'existe aucun moyen de savoir comment la CVMO est parvenue aux ententes de règlement, puisque la méthode employée pour en fixer les montants n'a jamais été divulguée. Comme l'a indiqué le juge saisi de la motion, [TRADUCTION] « on ignore en fait comment la CVMO a effectué ses calculs » (par. 99).

[55] Quant à la participation des investisseurs à l'instance devant la CVMO, les intimés et la Cour d'appel s'égarent à mon avis quelque peu en fondant presque exclusivement sur ce point leur conclusion que cette instance n'est pas le meilleur moyen. J'estime néanmoins que la participation des investisseurs à la procédure menant à l'indemnisation constitue un facteur important, qui milite fortement en faveur de la conclusion que le recours collectif satisfait au critère du meilleur moyen en l'espèce. Selon la Cour d'appel, l'instance devant la CVMO et la procédure dont découlent les ententes de règlement [TRADUCTION] « laissai[en]t peu ou pas de place à la participation des investisseurs » (par. 58 et 60), tandis que le recours collectif « permet la nomination d'un représentant ayant en commun avec les membres du groupe suffisamment d'intérêts [et qui] voit au déroulement du recours pour le compte de ces derniers sous la supervision du tribunal et dans le respect du principe de publicité des débats judiciaires » (par. 61). En outre, ainsi que l'a conclu le juge saisi de la motion, on ne sait rien sur la façon dont la CVMO a fixé l'indemnité. Pour résumer, la nature réglementaire de l'instance devant la CVMO et les droits de participation limités qu'elle offrait aux investisseurs, conjugués à l'absence d'information sur les calculs effectués par son personnel en vue de l'indemnisation des investisseurs, étayent la conclusion qu'il subsistait d'importants obstacles à l'accès à la justice sur le plan procédural auxquels le recours collectif pouvait remédier. Par ailleurs, l'objet et la nature de la procédure devant la CVMO accentuent les préoccupations, que j'aborde dans les paragraphes suivants, en matière d'accès à la justice sur le plan du fond.

[56] Turning to the substantive aspect of access to justice, the Court of Appeal found that the motion judge and the Divisional Court had erred by focusing on the substantive outcome of the OSC proceedings, commenting that this "is not a relevant factor in the comparative analysis under s. 5(1)(*d*) of the *CPA*" (para. 10). In my view, the Court of Appeal took too categorical an approach to this issue in the circumstances of this case. While of course any consideration of the substantive outcome must take place within the evidentiary framework that applies on a certification motion, access to justice as explained earlier is not a purely procedural concept. Access to justice requires access to just results, not simply to process for its own sake. However, I conclude that giving this substantive element the considerable weight that it deserves in this case reinforces the Court of Appeal's conclusion that this class action should be certified.

[57] One of the barriers to access to justice in this small claims investor class action is that traditional litigation provides no economically feasible way to recover the investors' claimed losses. The appellants' position is that the OSC regulatory proceedings effected significant recovery for the investors at no cost to them. In these circumstances, the substantive outcome of the OSC proceedings cannot, in my view, be dismissed as irrelevant to the question of whether the OSC proceedings addressed the access to justice barrier that is present in this case or whether the way in which it did so suggests that the class proceeding is not the preferred alternative.

[58] That said, however, the substantive outcome of the OSC proceedings and their impact on the preferability analysis must be examined through the appropriate evidentiary lens. As I have explained, the plaintiffs' burden is to provide "some basis in fact" to think that the class proceedings are preferable to the alternative. In the rather unusual circumstances of this case, where the OSC proceedings have run their course and the results of those proceedings are known, it seems to me that the comparative analysis cannot ignore the question of whether a cost-benefit analysis supports the respondents' contention that

[56] Passons à l'aspect substantiel de l'accès à la justice. La Cour d'appel a estimé que le juge saisi de la motion et la Cour divisionnaire avaient eu tort de s'attacher à l'issue concrète de l'instance devant la CVMO qui, selon elle, [TRADUCTION] « ne constitue pas un facteur pertinent dans l'analyse comparative que commande l'al. 5(1)*d*) de la *LRC* » (par. 10). À mon avis, la Cour d'appel s'est montrée trop catégorique sur ce point dans les circonstances. Tout examen de l'issue concrète doit évidemment s'en tenir à la norme de preuve applicable à une motion en vue de la certification. Or, comme je l'explique, l'accès à la justice ne ressortit pas seulement à la procédure. L'accès à la justice suppose une issue juste, et non pas une procédure engagée pour la forme. J'estime toutefois que le poids considérable que mérite cet élément se rattachant au fond renforce la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la certification de ce recours collectif s'impose.

[57] L'un des obstacles à l'accès à la justice dans ce recours collectif mettant en cause de petites créances provient de ce que l'action en justice classique n'offre pas aux investisseurs un moyen viable sur le plan financier de récupérer leurs pertes. Les appelantes font valoir que l'instance réglementaire devant la CVMO a permis à ces derniers de toucher une indemnité appréciable sans engager de frais. Dans ces circonstances, j'estime qu'on ne peut conclure que l'issue concrète de cette instance ne joue pas pour déterminer si cette voie de droit a permis de lever l'obstacle à l'accès à la justice en l'espèce ou s'il en ressort que le recours collectif n'est pas le meilleur moyen.

[58] Cela dit, l'issue concrète de l'instance devant la CVMO et son effet sur l'analyse relative au meilleur moyen doivent être examinés à la lumière des normes de preuve applicables. Je le répète, les demandeurs ont à démontrer l'existence d'un « certain fondement factuel » permettant de penser que le recours collectif est préférable aux autres moyens. Les circonstances de l'espèce sont plutôt inhabituelles, car l'issue de l'instance devant la CVMO est connue. À mon sens, l'analyse comparative doit aborder la question de savoir si l'examen des coûts et des avantages étaye la thèse des intimés,

the proposed class proceeding is the preferable way to address their claims.

[59] The answer to this question, as I see it, is quite straightforward in this case. The respondents have pleaded viable causes of action, the OSC proceedings and settlement agreements were without prejudice to those claims, and the motion judge was satisfied "that there [was] some basis in fact for the Plaintiffs' submission that the investors may not have been fully compensated as a result of the OSC settlement agreements" (para. 101). The motion judge also found that the class members were not trying to "have their cake and eat it too":

> I do not agree with any arguments that suggest that the Plaintiffs [respondents in this Court] and the investors are being unfair, or perhaps piggish, in eating the cake of the OSC compensation and also having a class action. The investors are not playing "heads I win, tails you lose." They did not ask the OSC to be their champion, and they did not do anything wrong in accepting the spoils secured by the OSC's campaign. The putative representative plaintiffs do no wrong in attempting to certify their action as a class proceeding, and I have no reason to believe that they do not genuinely believe that they were undercompensated. [para. 218]

[60] The motion judge estimated the size of the proposed class against AIC at 264,036 members and 803,903 members against CI. These represent the numbers of settlement payments issued by each appellant pursuant to the OSC settlements: motion decision, at para. 56. AIC's and CI's OSC settlement payments were respectively $58.8 million and $49.3 million. The plaintiffs presented expert evidence which estimated that AIC's investors' losses could be as low as $6.5 million or as high as $251.0 million, and that CI's investors' losses could be as low as $72.1 million or as high as $349.3 million, depending on the method of calculation used. Based on an expert's preferred method of calculation (he submitted a total of five), losses were estimated at $192.6 million for AIC's investors and $349.3 million for CI's investors: motion decision, at para. 94. Thus, in the plaintiffs' expert's view, AIC's investors have received only 31% of

selon qui le recours collectif est le meilleur moyen de régler leurs réclamations.

[59] La réponse à cette question me paraît assez simple en l'espèce. Les intimés ont invoqué des causes d'action valables. L'instance devant la CVMO et les ententes de règlement en découlant ne portent pas atteinte à de telles demandes. Le juge saisi de la motion s'est dit convaincu de l'existence [TRADUCTION] « d'un certain fondement factuel étayant l'affirmation des demandeurs selon laquelle les ententes de règlement conclues par la CVMO n'ont peut-être pas indemnisé totalement les investisseurs » (par. 101). Il a également conclu que les membres du groupe ne cherchaient pas à « avoir le beurre et l'argent du beurre » :

> [TRADUCTION] Je ne saurais admettre l'argument que les demandeurs [intimés devant la Cour] et les investisseurs se montrent déraisonnables, voire âpres au gain, en touchant l'indemnité obtenue par la CVMO et en intentant en plus un recours collectif. Les investisseurs ne jouent pas sur les deux tableaux. Ils n'ont pas demandé à la CVMO de prendre leur défense et de mener l'enquête en leur nom. Ils n'ont rien fait de mal en acceptant une part de ce gâteau. Les représentants proposés n'ont pas mal agi en tentant de faire certifier un recours collectif et je n'ai aucune raison de douter qu'ils estiment vraiment ne pas avoir été pleinement indemnisés. [par. 218]

[60] Selon l'estimation du juge saisi de la motion, le groupe partie au recours collectif compte 264 036 membres dans le cas d'AIC et 803 903 membres dans le cas de CI. Il s'agit du nombre de versements faits par chacune en exécution des ententes de règlement avec la CVMO (décision relative à la motion, par. 56). AIC et CI ont respectivement versé 58,8 et 49,3 millions de dollars en exécution de ces ententes. Les demandeurs ont soumis une preuve d'expert révélant des pertes, pour les investisseurs d'AIC, entre 6,5 et 251 millions de dollars, et pour les investisseurs de CI, entre 72,1 et 349,3 millions de dollars, en fonction de la méthode de calcul employée. La méthode préconisée par un expert (qui en avait présenté cinq en tout) permettait d'arriver à des pertes estimatives de 192,6 millions de dollars dans le cas des investisseurs d'AIC et de 349,3 millions de dollars dans le cas de ceux de CI (décision relative à la motion, par. 94). D'après

the compensation they are entitled to through the settlement agreements, and CI's investors have received only 14%: motion decision, at para. 94.

[61] Of course, the certification motion is not the proper setting to delve into the likely success of these claims or to debate the merits of these approaches to calculating the investors' losses. The record in this case, which shows in detail the results of the proposed alternative proceedings which have run their course, also shows that substantive access to justice concerns still remain. Further, there is no reason to believe that potential additional recovery would be consumed by the costs of the proceedings. In fact, the motion judge found that since the defendants were able to distribute the OSC settlement payments "by reviewing their own records to make decisions about entitlement, causation, and quantification", that "there is at least a realistic possibility that acceptable procedures could be fashioned by the common issues trial judge to address quantification and distribution issues in a fair, manageable and efficient manner" (para. 208). Accordingly, in my view, the plaintiffs (now respondents) provided an appropriate basis to support the view that the class action proceeding would overcome access to justice barriers that subsisted after the completion of the OSC proceedings and that a cost-benefit analysis supported the conclusion that the class proceedings were the preferable proceeding for the investors to pursue their claims.

[62] To conclude, I am of the view that the motion judge erred in principle in the preferability analysis. Respectfully, he erred by agreeing with the defendants' (now appellants') submission that he should not "second-guess the access to justice provided by the OSC once [he] was satisfied that the OSC's purpose was to obtain restitutionary compensation for the harm suffered by the investors and the process to do so was adequate" (paras. 256-57). On the contrary, it was precisely his role to compare and evaluate, within the limited scope of the

l'expert engagé par les demandeurs, l'indemnité versée en exécution de l'entente de règlement correspondait, dans le cas des investisseurs d'AIC, à seulement 31 % de la somme intégrale, et dans le cas des investisseurs de CI, à seulement 14 % (décision relative à la motion, par. 94).

[61] Naturellement, l'audience sur la motion en vue de la certification n'est pas le moment d'évaluer les chances de succès de ces demandes ou de débattre le bien-fondé des méthodes employées pour calculer les pertes des investisseurs. Or, la preuve présente l'issue de l'autre voie de droit en détail et révèle qu'il subsiste des préoccupations relatives à l'accès à la justice quant au fond. En outre, il n'y a aucune raison de croire que les coûts du recours annuleraient le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés. D'ailleurs, le juge saisi de la motion a indiqué que, puisque les défenderesses avaient été en mesure de verser les indemnités en exécution des ententes [TRADUCTION] « en s'appuyant sur leurs propres dossiers pour déterminer l'admissibilité, le lien de causalité et le montant », « il est à tout le moins envisageable que le juge qui procédera à l'examen des questions communes au procès puisse établir des modalités acceptables pour régler les questions de calcul et de distribution de façon juste, pratique et efficace » (par. 208). J'estime par conséquent que les demandeurs (intimés devant la Cour) ont bien étayé l'opinion que le recours collectif permettrait d'écarter les obstacles à l'accès à la justice subsistant après l'instance devant la CVMO et qu'à la lumière d'un examen des coûts et des avantages, il s'agit du meilleur moyen de faire valoir les demandes des investisseurs.

[62] En conclusion, l'analyse relative au meilleur moyen faite par le juge des motions était entachée d'une erreur de principe. J'estime qu'il a retenu à tort l'argument des défenderesses (appelantes devant la Cour) selon lequel il ne devrait pas [TRADUCTION] « dès lors qu'il est convaincu que la CVMO cherchait à obtenir la réparation du préjudice subi par les investisseurs et que la procédure était adéquate, [. . .] remettre en question l'accès à la justice assuré par cet organisme » (par. 256-257). Au contraire, son rôle consistait

certification motion, the access to justice provided by the two proceedings, both in the substantive and procedural dimensions of the term as part of his overall assessment of whether the plaintiffs had established the preferability requirement on the appropriate evidentiary standard. The fact that the results of the OSC process were known in this case added an element that would often not be present at the certification stage.

[63] I agree with the Court of Appeal that the motion judge erred in principle by "treating the negotiated payments that were made to investors in the OSC settlements as somehow eliminating the need to compare the purely regulatory function served by the OSC proceedings with the private remedial function to be played by the proposed class action" (para. 80). This led the motion judge to wrongly dismiss as irrelevant important access to justice considerations relating to the regulatory focus, absence of investor participation and the absence of information about how the investor losses were assessed in the OSC process. The process limitations of the OSC proceedings reinforce the concern that access to substantive justice will be better served by the proposed class action.

[64] I also agree with the Divisional Court and the Court of Appeal that the motion judge erred in principle by relying on the sorts of considerations that would be relevant to approving a settlement of a class action. The certification application, and particularly the preferability aspect of it, is not an appropriate point in the proceedings to engage in any in-depth analysis of either the merits of the plaintiffs' claims or the likely quantum of recovery. As the Court of Appeal put it, at the certification stage, in most instances, "no reliable yardstick is available because the amount recoverable in the proposed class proceeding would be as yet unknown. Put another way, the preferability analysis should not be reduced to an *ex post facto* assessment of the adequacy of the award arrived at through the alternative procedure" (para. 77).

justement à comparer et à évaluer, dans le cadre limité de la certification, l'accès à la justice procuré par les deux voies de droit, au point de vue tant substantiel que procédural, dans son examen global de la question de savoir si les demandeurs avaient démontré qu'il était satisfait au critère du meilleur moyen selon la norme de preuve applicable. Le fait que l'issue de l'instance devant la CVMO est connue en l'espèce ajoute un élément qui joue rarement dans l'évaluation au stade de la certification.

[63] Je partage l'avis de la Cour d'appel selon qui le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en [TRADUCTION] « considérant que les ententes de règlement conclues par la CVMO éclipsaient en quelque sorte toute comparaison entre l'objet purement réglementaire de cette instance et l'objet du recours collectif qui est d'offrir une réparation de droit privé » (par. 80). Cette opinion l'a amené à négliger à tort d'importantes considérations d'accès à la justice ayant trait à cette instance : nature réglementaire, non-participation des investisseurs et absence d'information sur la méthode d'évaluation des pertes de ces derniers. Il ressort de ces limites procédurales que l'accès à la justice quant au fond est mieux servi par le recours collectif projeté.

[64] Je conviens aussi avec la Cour divisionnaire et la Cour d'appel que le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en s'attachant à des considérations qui jouent au moment de l'approbation du règlement d'un recours collectif. L'examen en profondeur du bien-fondé des demandes ou du montant éventuel des dommages-intérêts ne s'effectue pas à l'étape de la certification et encore moins lors de l'analyse relative au meilleur moyen. À ce stade, comme la Cour d'appel l'a indiqué, le plus souvent [TRADUCTION] « on ne peut utiliser de point de référence sûr parce qu'on ignore encore le montant recouvrable à l'issue du recours collectif projeté. Autrement dit, l'analyse relative au meilleur moyen ne doit pas se réduire à une évaluation après coup visant à déterminer si l'indemnité versée par suite de l'autre voie de droit est adéquate » (par. 77).

[65] I recognize that a decision by a certification judge is entitled to substantial deference: see e.g. *Pearson*, at para. 43; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, at para. 33. Specifically, "[t]he decision as to preferable procedure is . . . entitled to special deference because it involves weighing and balancing a number of factors": *Pearson*, at para. 43. However, I conclude that deference does not protect the decision against review for errors in principle which are directly relevant to the conclusion reached such as, in my view, occurred here: see e.g. *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, at para. 23, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiv; *Markson*, at para. 33; *Cloud*, at para. 39.

V. Disposition

[66] I would dismiss the appeal with costs.

APPENDIX

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6

5. — (1) [Certification] The court shall certify a class proceeding on a motion under section 2, 3 or 4 if,

(a) the pleadings or the notice of application discloses a cause of action;

(b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;

(c) the claims or defences of the class members raise common issues;

(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and

(e) there is a representative plaintiff or defendant who,

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

[65] Je reconnais que la décision en matière de certification appelle une grande déférence (voir, p. ex., *Pearson*, par. 43; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, par. 33). Plus particulièrement, [TRADUCTION] « [l]a décision sur le meilleur moyen commande [. . .] une déférence spéciale parce qu'elle suppose l'appréciation et la mise en balance de plusieurs facteurs » (*Pearson*, par. 43). Je considère toutefois que la déférence ne saurait mettre une décision à l'abri d'une révision si elle est entachée d'erreurs de principe touchant directement la conclusion tirée, comme c'est le cas en l'espèce (voir, p. ex., *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, par. 23, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiv; *Markson*, par. 33; *Cloud*, par. 39).

V. Dispositif

[66] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6

5 (1) [Recours collectif certifié par le tribunal] Le tribunal saisi d'une motion visée à l'article 2, 3 ou 4 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

a) les actes de procédure ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;

b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs;

c) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes;

d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes;

e) il y a un représentant des demandeurs ou des défendeurs qui :

(i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and

(iii) does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with the interests of other class members.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant AIC Limited: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the appellant CI Mutual Funds Inc.: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondents: Rochon Genova, Toronto.

(ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante AIC Limitée : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'appelante CI Mutual Funds Inc. : Goodmans, Toronto.

Procureurs des intimés : Rochon Genova, Toronto.

IBM Canada Limited *Appellant*

v.

Richard Waterman *Respondent*

Indexed as: IBM Canada Limited *v.* Waterman

2013 SCC 70

File No.: 34472.

2012: December 14; 2013: December 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Compensating advantage — Dismissed employee drawing pension benefits upon dismissal — Trial judge establishing appropriate notice period at 20 months without deduction for pension benefits — Whether pension benefits constitute compensating advantage — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal.

IBM dismissed W without cause on two months' notice. W was 65 years old, had 42 years of service, and had a vested interest in IBM's defined benefit pension plan. Under the plan, IBM contributed a percentage of W's salary to the plan on his behalf. Upon termination, W was entitled to a full pension, and his termination had no impact on the amount of his pension benefits.

W sued to enforce his contractual right to reasonable notice. The trial judge set the appropriate period of notice at 20 month and declined to deduct the pension benefits paid to W during the notice period in calculating his damages. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein J. dissenting): The appeal should be dismissed.

IBM Canada Limitée *Appelante*

c.

Richard Waterman *Intimé*

Répertorié : IBM Canada Limitée *c.* Waterman

2013 CSC 70

N° du greffe : 34472.

2012 : 14 décembre; 2013 : 13 décembre.

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

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

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Avantage compensatoire — Employé congédié touchant des prestations de retraite à compter de son congédiement — Juge de première instance estimant approprié un préavis de 20 mois sans déduction des prestations de retraite reçues — Les prestations de retraite constituent-elles un avantage compensatoire? — Les prestations de retraite devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?

IBM a congédié W sans motif valable en lui donnant un préavis de deux mois. W était alors âgé de 65 ans, comptait 42 années de service et avait un intérêt acquis dans le régime de retraite à prestations déterminées d'IBM. Aux termes du régime, IBM versait au nom de W un pourcentage de son salaire à la caisse de retraite. Au moment de son congédiement, W était admissible à une pension maximale et son congédiement n'avait aucune incidence sur le montant de ses prestations de retraite.

W a intenté une action en justice en vue de faire reconnaître son droit contractuel à un préavis raisonnable. Le juge de première instance a conclu qu'un préavis de 20 mois aurait dû être donné et a refusé, dans son calcul des dommages-intérêts, de déduire les prestations de retraite versées à W au cours de la période de préavis. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Per LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The rule that damages are measured by the plaintiff's actual loss does not cover all cases. The law has long recognized that applying the general rule of damages — the compensation principle — strictly and inflexibly sometimes leads to unsatisfactory results. Employee pension payments, including payments from a defined benefit plan, should generally not reduce the damages otherwise payable for wrongful dismissal. Pension benefits are a form of deferred compensation for the employee's service and constitute a type of retirement savings. They are not intended to be an indemnity for wage loss due to unemployment.

A compensating advantage arises if a source other than the damages payable by the defendant ameliorates the loss suffered by the plaintiff as a result of the defendant's breach of a legal duty. However, not all benefits received by a plaintiff raise a compensating advantages problem. A problem only arises with a compensating advantage when the advantage is one that (a) would not have accrued to the plaintiff but for the breach, or (b) was intended to indemnify the plaintiff for the sort of loss resulting from the breach.

The question is whether the compensation principle should be strictly applied and the compensating advantage should be deducted. Considerations other than the extent of the plaintiff's actual loss shape the way the compensation principle is applied. The deductibility of compensating advantages also depends on justice, reasonableness and public policy.

Benefits received by a plaintiff through private insurance are generally not deductible from damages awards. While there is no single marker to sort which benefits fall within the private insurance exception, the more closely the benefit is, in nature and purpose, an indemnity against the type of loss caused by the defendant's breach, the stronger the case for deduction. Whether the plaintiff has contributed to the benefit also remains a relevant consideration, although the basis for this is debatable. In general, a benefit will not be deducted if it is not an indemnity for the loss caused by the breach and the plaintiff has contributed in order to obtain entitlement to it. Finally, there is room in the analysis of the deduction issue for broader policy

Les juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : La règle selon laquelle les dommages-intérêts sont calculés en fonction de la perte réelle du demandeur ne s'applique pas dans toutes les situations. Il est depuis longtemps reconnu en droit que l'application stricte et rigide de la règle générale des dommages-intérêts — le principe de l'indemnisation — donne parfois lieu à des résultats insatisfaisants. Les prestations de retraite versées aux employés, y compris les sommes versées au titre d'un régime à prestations déterminées, ne devraient généralement pas réduire le montant des dommages-intérêts autrement payables pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite sont une forme de rémunération différée pour les services rendus par l'employé et constituent un type d'épargne-retraite. Elles ne sont pas censées représenter une indemnité pour la perte de salaire découlant d'une perte d'emploi.

Il y a avantage compensatoire si un revenu d'une source autre que les dommages-intérêts payables par le défendeur atténue la perte causée au demandeur par le manquement du défendeur à une obligation légale. Les prestations qu'un demandeur peut toucher ne soulèvent toutefois pas toutes un problème d'avantages compensatoires. Un tel problème ne se pose que lorsque l'avantage est a) une prestation que le demandeur n'aurait pas reçue, n'eût été le manquement, ou b) une prestation qui visait à indemniser le demandeur pour la perte découlant du manquement.

Il faut se demander s'il convient d'appliquer de manière stricte le principe d'indemnisation et de déduire l'avantage compensatoire. L'application du principe d'indemnisation repose sur des facteurs autres que l'importance de la perte réelle du demandeur. La déductibilité des avantages compensatoires dépend aussi de la justice, de la raisonnabilité et de l'intérêt public.

Les prestations que reçoit un demandeur en application d'un régime d'assurance privée ne sont habituellement pas déductibles des dommages-intérêts. Bien qu'aucun facteur unique ne permette de déterminer les prestations qui sont visées par l'exception relative à l'assurance privée, plus la prestation s'apparente, de par sa nature et son objet, à un dédommagement du type de perte causée par le manquement du défendeur, plus les circonstances militent en faveur de la déduction. La question de savoir si le demandeur a contribué à la prestation demeure aussi pertinente, bien que son fondement soit discutable. En général, une prestation ne sera pas déduite s'il ne s'agit pas d'une indemnité pour la perte causée par le manquement du défendeur et que le

considerations such as the desirability of equal treatment of those in similar situations, the possibility of providing incentives for socially desirable conduct, and the need for clear rules that are easy to apply. While this exception is called the private insurance exception, it has been applied by analogy to a variety of payments that do not originate in a contract of insurance.

Although the courts have not relied on any broad "single contract" rule, where a cause of action and a benefit arise under the contract of employment, the terms of a contract and the dealings between the parties will inform the analysis.

A compensating advantage issue arises in this case: W received his full pension benefits and the salary he would have earned had he worked during the period of reasonable notice; had IBM given him working notice, he would have received only his salary during that period. However, the private insurance exception applies to benefits such as pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered as a result of the defendant's breach. As such, the compensation principle should not be applied strictly in this case.

In this case, the factors clearly support not deducting the retirement pension benefits from wrongful dismissal damages. W's contract of employment is silent on this issue, but it does not have any general bar against receiving full pension entitlement and employment income. W's retirement pension is not an indemnity for wage loss, but rather a form of retirement savings. While IBM made all of the contributions to fund the plan, W earned his entitlement to benefits through his years of service, as the plan's primary purpose is to provide periodic pension payments to eligible employees after retirement in respect of their service as employees. Thus, this case falls into the category of cases in which the insurance exception has always been applied — the benefit is not an indemnity and W contributed to the benefit.

Although *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315, is distinguishable on the facts, the factors it sets out support the conclusion that W's benefits should

demandeur a contribué dans le but d'y avoir droit. Enfin, l'analyse de la question de la déduction permet l'examen de considérations de principe plus générales, comme le fait qu'il soit souhaitable que toutes les personnes dans des situations semblables reçoivent un traitement équivalent, la possibilité d'offrir des incitations pour une conduite sociale souhaitable et la nécessité que des règles claires puissent facilement s'appliquer. Cette exception dite relative à l'assurance privée a été appliquée par analogie à diverses prestations qui ne découlent pas d'un contrat d'assurance.

Bien que les tribunaux n'aient invoqué aucune règle générale du « contrat unique », les modalités du contrat et les rapports entre les parties guideront l'analyse lorsqu'une cause d'action et une prestation découlent du contrat de travail.

Une question d'avantage compensatoire se pose en l'espèce : W a touché le plein montant des prestations de retraite et le salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable; si IBM lui avait donné un préavis, il n'aurait touché que son salaire pendant cette période. Cependant, l'exception relative à l'assurance privée s'applique à des prestations comme les prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n'étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie en raison de la rupture du contrat de travail par le défendeur. Le principe d'indemnisation ne devrait donc pas être appliqué strictement en l'espèce.

Les facteurs de la présente affaire militent clairement en faveur de la non-déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Le contrat de travail de W ne précise rien sur ce point, mais n'interdit pas qu'une personne touche la pension maximale et le revenu d'emploi. Les prestations de retraite de W ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus mais plutôt une forme d'épargne-retraite. Bien qu'IBM ait fait toutes les cotisations au régime, W a acquis pendant ses années de service le droit de recevoir des prestations, parce que le régime vise principalement à assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles après la retraite pour les services qu'ils ont rendus à titre d'employés. Par conséquent, la présente espèce entre dans la catégorie des situations auxquelles l'exception relative à l'assurance s'est toujours appliquée : la prestation n'est pas une indemnité et W a cotisé au régime.

Même s'il faut distinguer la présente affaire de l'arrêt *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315, les facteurs qu'il énonce appuient la conclusion selon

not be deducted from his wrongful dismissal damages. The pension benefits were clearly not an indemnity benefit for loss of salary due to inability to work, and W's interest in the pension bears many of the hallmarks of a property right. Looking at the contract as a whole, it is not a fair implication that the parties agreed that pension entitlements should be deducted from wrongful dismissal damages.

Finally, the broader policy concerns in this case support not deducting the pension benefits. The law should not provide an economic incentive to dismiss pensionable employees rather than other employees. The other policy concerns raised by Justice Rothstein or present in *Sylvester* either do not arise here or are highly speculative.

Per McLachlin C.J. and Rothstein J. (dissenting): This case requires an assessment of W's loss under the terms of a single contract which gave rise to both a right to reasonable notice and a right to pension benefits. The private insurance exception has no application to such a case. Where a court is called upon to assess loss under a single contract, the plaintiff's entitlement turns on the ordinary governing principle that he should be put in the position he would have been in had the contract been performed. In this case, that means that the pension benefits W received must be deducted in calculating his damages for wrongful dismissal; not deducting would give W more than he bargained for and would charge IBM more than it agreed to pay.

The governing principle for damages upon breach of contract is that the non-breaching party should be provided with the financial equivalent of performance. Employer-provided benefits are integral components of the employment contract, so deductibility turns on the terms of the employment contract and the intention of the parties. Under the terms of W's employment contract, he would have been eligible to receive pension benefits only upon being terminated or retiring. Therefore, as in *Sylvester*, W's contractual right to wrongful dismissal damages and his contractual right to his pension are based on opposite assumptions about his availability to

laquelle les prestations de W ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite n'étaient manifestement pas des prestations indemnitaires pour perte de salaire en raison d'une incapacité à travailler, et l'intérêt de W dans les prestations de retraite revêt plusieurs des caractéristiques d'un droit de propriété. Lorsqu'on examine le contrat dans son ensemble, il n'est pas juste d'en inférer que les parties ont convenu que les droits à la pension devraient être déduits des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

Enfin, les préoccupations de principe plus générales en l'espèce appuient la non-déduction des prestations de retraite. La loi ne devrait pas avoir pour effet d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Les autres considérations de principe soulevées par le juge Rothstein ou présentes dans *Sylvester* n'entrent pas en ligne de compte en l'espèce ou sont éminemment conjecturales.

La juge en chef McLachlin et le juge Rothstein (dissidents) : Dans la présente affaire, il faut déterminer la perte subie par W selon les modalités d'un seul contrat qui a donné le droit à un préavis raisonnable et le droit de toucher des prestations de retraite. L'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas à un tel cas. Lorsqu'un tribunal est appelé à déterminer une perte aux termes d'un seul contrat, le droit du demandeur repose sur le principe ordinaire applicable suivant lequel celui-ci doit être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Cela signifie en l'espèce que les prestations de retraite que W a touchées doivent être déduites lors du calcul de ses dommages-intérêts pour congédiement injustifié; la non-déduction aurait pour effet de lui accorder davantage que ce qu'il a négocié et d'obliger IBM à verser une somme plus élevée que celle qu'elle a convenu de verser.

Selon le principe applicable en matière de dommages-intérêts pour violation de contrat, la partie non fautive devrait recevoir l'équivalent matériel de la prestation qu'elle aurait obtenue si le contrat avait été respecté. Les prestations versées par l'employeur sont des éléments faisant partie intégrante du contrat de travail. Ainsi, la déductibilité repose sur les modalités du contrat de travail et sur l'intention des parties. Suivant les modalités de son contrat de travail, W aurait été admissible à des prestations de retraite uniquement à compter de son congédiement ou de sa retraite. Par conséquent, tout comme dans l'affaire *Sylvester*, le droit contractuel de

work. Damages cannot be paid on the assumption that he could have earned both.

This conclusion is necessitated by the fact that the pension plan at issue here is a defined benefit plan. Unlike a defined contribution plan, a defined benefit plan guarantees the employee fixed predetermined payments upon retirement for life. Deducting the benefits would provide the wrongfully terminated employee with exactly what he would have received had the employment contract been performed: an amount equal to his salary during the reasonable notice period and thereafter defined benefits for the rest of his life.

This is materially different from a defined contribution plan, which provides an employee with a finite total amount or lump sum of retirement benefits. Deducting benefits that a wrongfully terminated employee receives from a defined contribution plan would leave the employee in a worse position that he would have been in had his employment contract not been breached.

In this case, W's wrongful dismissal had no impact on his pension entitlement, and he could not have received both his salary and his pension benefits had he continued to work for IBM through the reasonable notice period. Whether the benefit is non-indemnity or contributory does not answer the question of whether the plaintiff will be provided with the financial equivalent of performance or will receive excess recovery under the governing principle of contract damages.

Furthermore, the private insurance exception is not applicable to cases that involve a single contract that is the source of both the plaintiff's cause of action and his right to a particular benefit. In such circumstances, there is no justification for resorting to the private insurance exception because the plaintiff's entitlement to the benefits is established based on the terms of his contract. If the plaintiff is entitled to the benefits under his contract, he will receive the benefits based on the ordinary governing principle that he should be placed in the position he would have been in had the contract been performed. There will be no need to reach the collateral

W à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations de retraite reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne la possibilité qu'il puisse travailler. On ne peut lui verser des dommages-intérêts en supposant qu'il aurait pu recevoir les deux montants.

Cette conclusion découle du fait que le régime de retraite en litige dans la présente affaire est un régime à prestations déterminées. Contrairement à un régime à cotisations déterminées, le régime à prestations déterminées garantit à l'employé des paiements prédéterminés fixes à compter de sa retraite, et ce, sa vie durant. Déduire les prestations permettrait à l'employé congédié injustement de recevoir exactement ce qu'il aurait reçu si le contrat de travail avait été respecté, soit un montant égal à son salaire au cours de la période de préavis raisonnable et, par la suite, des prestations déterminées sa vie durant.

Un tel régime se distingue sensiblement d'un régime à cotisations déterminées, qui permet à l'employé de recevoir en prestations de retraite un montant total ou un montant forfaitaire déterminé. Déduire les prestations que l'employé congédié injustement a retirées d'un régime de retraite à cotisations déterminées placerait l'employé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé si son contrat de travail avait été respecté.

En l'espèce, le congédiement injustifié de W n'a eu aucune incidence sur son droit aux prestations de retraite; W n'aurait pas pu toucher à la fois son salaire et ses prestations de retraite s'il avait continué à travailler pour IBM au cours de la période de préavis raisonnable. La nature non indemnitaire ou contributive des prestations n'offre pas de réponse à la question de savoir si le demandeur recevra l'équivalent matériel de la prestation qu'il aurait obtenue si le contrat avait été respecté ou s'il recevra une indemnisation excédentaire, suivant le principe applicable en matière de dommages-intérêts contractuels.

De plus, l'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas aux affaires portant sur un contrat unique à l'origine de la cause d'action du demandeur et de son droit à des prestations particulières. Dans ces circonstances, rien ne justifie le recours à l'exception relative à l'assurance privée parce que le droit du demandeur aux prestations est établi aux termes de son contrat. Si son contrat lui donne droit aux prestations, le demandeur touchera celles-ci en raison du principe ordinaire applicable suivant lequel il devrait être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Il ne sera pas nécessaire

benefit exception. A straightforward reading of *Sylvester* demonstrates that it is a fully applicable authority supporting the proposition that, under a single contract of employment, barring contractual provisions to the contrary, an individual cannot receive salary as if he is working and pension benefits as if he is retired. These are opposite, incompatible assumptions. Thus, applying *Sylvester* to this case, salary and pension income are not payable at the same time.

Cases Cited

By Cromwell J.

Distinguished: *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; **discussed:** *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; **referred to:** *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Sloas v. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (2010); *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Redpath v. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167; *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Grand Trunk Railway v. Beckett* (1887), 16 S.C.R. 713; *Quebec Workmen's Compensation Commission v. Lachance*, [1973] S.C.R. 428; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101, aff'd (1993), 2 C.C.P.B. 99; *Emery v. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302; *Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 86, 301 N.R. 321; *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502; *Hopkins v. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565; *Knapton v. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084; *Gilbert v. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

By Rothstein J. (dissenting)

Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc. (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1; *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.*

d'invoquer l'exception relative à la prestation parallèle. Une interprétation simple de *Sylvester* montre que cet arrêt est tout à fait favorable à la thèse voulant qu'aux termes d'un contrat de travail unique, sous réserve de dispositions contraires du contrat, une personne ne peut toucher un salaire comme si elle travaillait ainsi que des prestations de retraite comme si elle avait pris sa retraite. Il s'agit là d'hypothèses opposées et incompatibles. Ainsi, si l'on applique l'arrêt *Sylvester* en l'espèce, le salaire et le revenu de pension ne sont pas payables en même temps.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Distinction d'avec les arrêts : *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; **arrêt analysé :** *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; **arrêts mentionnés :** *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Sloas c. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (2010); *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Redpath c. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167; *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Grand Trunk Railway c. Beckett* (1887), 16 R.C.S. 713; *Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance*, [1973] R.C.S. 428; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101, conf. par (1993), 2 C.C.P.B. 99; *Emery c. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 86 (CanLII); *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502; *Hopkins c. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565; *Knapton c. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084; *Gilbert c. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc. (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1; *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.*

(1992), 2 C.C.P.B. 101; *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 45.

Authors Cited

Burrows, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
Fleming, John G. "The Collateral Source Rule and Contract Damages" (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56.
Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
Marks, John. "Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not" (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387.
McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
Ogus, A. I. *The Law of Damages*. London: Butterworths, 1973.
Perillo, Joseph M. "The Collateral Source Rule in Contract Cases" (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705.
Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.
Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Prowse and Levine JJ.A.), 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241, 308 B.C.A.C. 304, 521 W.A.C. 304, 336 D.L.R. (4th) 481, [2011] 10 W.W.R. 425, 91 C.C.P.B. 60, 92 C.C.E.L. (3d) 289, [2011] B.C.J. No. 1453 (QL), 2011 CarswellBC 2023, affirming a decision of Goepel J., 2010 BCSC 376, 2010

(1992), 2 C.C.P.B. 101; *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601.

Lois et règlements cités

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 45.
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17.

Doctrine et autres documents cités

Burrows, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2004.
Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies : The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
Fleming, John G. « The Collateral Source Rule and Contract Damages » (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56.
Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2013.
Marks, John. « Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not » (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387.
McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2012.
Ogus, A. I. *The Law of Damages*. London : Butterworths, 1973.
Perillo, Joseph M. « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705.
Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto : Carswell, 2012.
Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto : Canada Law Book, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Prowse et Levine), 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241, 308 B.C.A.C. 304, 521 W.A.C. 304, 336 D.L.R. (4th) 481, [2011] 10 W.W.R. 425, 91 C.C.P.B. 60, 92 C.C.E.L. (3d) 289, [2011] B.C.J. No. 1453 (QL), 2011 CarswellBC 2023, qui a confirmé une décision du juge Goepel, 2010 BCSC

CLLC ¶210-021, [2010] B.C.J. No. 510 (QL), 2010 CarswellBC 679. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Rothstein J. dissenting.

D. Geoffrey Cowper, *Q.C.*, and *Lorene A. Novakowski*, for the appellant.

Christopher J. Watson and *Matthew G. Siren*, for the respondent.

The judgment of LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] When IBM Canada Ltd. wrongfully dismissed its long-time employee, Richard Waterman, he had to start drawing his pension. The question before the Court is whether his receipt of those pension benefits reduces the damages otherwise payable by IBM for wrongful dismissal. The British Columbia courts decided not to deduct the pension benefits and IBM appeals.

[2] The question looks straightforward enough at first glance. The general rule is that contract damages should place the plaintiff in the economic position that he or she would have been in had the defendant performed the contract. IBM's obligation was to give Mr. Waterman reasonable notice of dismissal or pay in lieu of it. Had it given him reasonable working notice, he would have received only his regular salary and benefits during the period of notice. As it is, he in effect has received both his regular salary and his pension for that period. It therefore seems clear, under the general rule of contract damages, that the pension benefits should be deducted. Otherwise, Mr. Waterman is in a better economic position than he would have been in had there been no breach of contract.

376, 2010 CLLC ¶210-021, [2010] B.C.J. No. 510 (QL), 2010 CarswellBC 679. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein sont dissidents.

D. Geoffrey Cowper, *c.r.*, et *Lorene A. Novakowski*, pour l'appelante.

Christopher J. Watson et *Matthew G. Siren*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Quand IBM Canada Ltée a congédié injustement son employé de longue date, Richard Waterman, ce dernier a dû commencer à toucher sa pension. La Cour doit déterminer si la réception de ces prestations de retraite a pour effet de réduire les dommages-intérêts pour congédiement injustifié qu'IBM doit par ailleurs payer. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont décidé de ne pas déduire les prestations de retraite et IBM se pourvoit devant notre Cour.

[2] La question semble assez simple à première vue. Selon la règle générale, les dommages-intérêts contractuels devraient placer le demandeur dans la situation financière où il se serait trouvé si le défendeur avait respecté le contrat. IBM était tenue de donner à M. Waterman un avis de congédiement raisonnable ou une indemnité de préavis. Si elle lui avait donné un préavis raisonnable, M. Waterman n'aurait reçu pendant cette période que son salaire et ses avantages réguliers. En l'espèce, il a en fait touché son salaire régulier ainsi que ses prestations de retraite pendant cette période. Il semble donc clair, selon la règle générale applicable aux dommages-intérêts en matière contractuelle, que les prestations de retraite devraient être déduites. Sinon, M. Waterman se trouve dans une meilleure situation financière qu'il ne l'aurait été s'il n'y avait pas eu violation du contrat.

[3] On closer study, however, the question raised on appeal is not as simple as that. The case in fact raises one of the most difficult topics in the law of damages, namely when a "collateral benefit" or a "compensating advantage" received by a plaintiff should reduce the damages otherwise payable by a defendant. The law has long recognized that applying the general rule of damages strictly and inflexibly sometimes leads to unsatisfactory results. The question is how to identify the situations in which that is the case.

[4] In my view, employee pension payments, including payments from a defined benefit plan as in this case, are a type of benefit that should generally not reduce the damages otherwise payable for wrongful dismissal. Both the nature of the benefit and the intention of the parties support this conclusion. Pension benefits are a form of deferred compensation for the employee's service and constitute a type of retirement savings. They are not intended to be an indemnity for wage loss due to unemployment. The parties could not have intended that the employee's retirement savings would be used to subsidize his or her wrongful dismissal. There is no decision of this Court in which a non-indemnity benefit to which the plaintiff has contributed, such as the pension benefits in issue here, has ever been deducted from a damages award.

[5] I would dismiss IBM's appeal and affirm the result arrived at by the British Columbia courts.

II. Overview of Facts and Proceedings

[6] When IBM dismissed Mr. Waterman without cause on March 23, 2009, he was 65 years old and had 42 years of service. He was a long-standing member of IBM's defined benefit pension plan,

[3] Cependant, lorsqu'on l'examine de plus près, la question soulevée en appel n'est pas aussi simple. La présente affaire soulève en fait l'un des sujets les plus complexes du droit des dommages-intérêts, à savoir quand une « prestation parallèle » ou un « avantage compensatoire » qu'a reçu un demandeur devrait avoir pour effet de réduire les dommages-intérêts autrement payables par un défendeur. Il est depuis longtemps reconnu en droit que l'application stricte et rigide de la règle générale des dommages-intérêts donne parfois lieu à des résultats insatisfaisants. Il s'agit donc de déterminer comment identifier les situations où un tel résultat survient.

[4] À mon avis, les prestations de retraite versées aux employés, y compris les sommes versées au titre d'un régime de retraite à prestations déterminées comme en l'espèce, constituent un type de prestations qui ne devraient généralement pas réduire le montant des dommages-intérêts autrement payables pour congédiement injustifié. Cette conclusion repose tant sur la nature de la prestation que sur l'intention des parties. Les prestations de retraite sont une forme de rémunération différée pour les services rendus par l'employé et constituent un type d'épargne-retraite. Elles ne sont pas censées représenter une indemnité pour la perte de salaire découlant d'une perte d'emploi. Les parties n'auraient pu vouloir que l'épargne-retraite de l'employé soit utilisée pour financer son congédiement injustifié. Notre Cour n'a jamais rendu de décision dans laquelle une prestation non indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué, comme les prestations de retraite en l'espèce, a été déduite des dommages-intérêts accordés.

[5] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi d'IBM et de confirmer le résultat auquel sont arrivés les tribunaux de la Colombie-Britannique.

II. Aperçu des faits et procédures

[6] Lorsque IBM a congédié M. Waterman sans motif valable le 23 mars 2009, celui-ci était alors âgé de 65 ans et comptait 42 années de service. Il cotisait depuis longtemps au régime de retraite à

which I will refer to simply as "the plan". IBM contributed a percentage of his salary to the plan on his behalf and the plan guaranteed specific benefits, which became vested over time, upon retirement.

[7] At the time of the termination, there was no longer a mandatory retirement policy in place for IBM employees. However, Mr. Waterman was entitled to a full pension under the plan and his termination had no impact on the amount of his pension benefits. IBM told Mr. Waterman that on termination, he *would* be treated as a retiree and that he *must* begin receiving monthly pension payments as of that date.

[8] An employee like Mr. Waterman, who is entitled to retire with his full pension but has not reached the age of 71, cannot receive both pension and employment income from IBM at the same time. That changes at age 71, when he or she must start drawing benefits and may continue working and earning employment income from IBM. We have not been referred to any provision in the plan that would prevent a retiree, regardless of age, from receiving benefits under the plan and employment income from a different employer.

[9] Mr. Waterman sued for wrongful dismissal and the matter proceeded to summary trial in the Supreme Court of British Columbia. The trial judge, Goepel J., found that the appropriate period of notice was 20 months. IBM's position was (and is) that Mr. Waterman's pension benefits (approximately $2,124 per month starting June 1, 2009) should be deducted from the salary and benefits otherwise payable during this period. The trial judge rejected this position: 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021.

[10] IBM's appeal from this decision was dismissed by the British Columbia Court of Appeal. Writing for the court, Prowse J.A. relied on this Court's judgment in *Sylvester v. British Columbia*,

prestations déterminées d'IBM, que j'appellerai simplement « le régime ». IBM versait au régime un pourcentage de son salaire en son nom et le régime lui garantissait, dès qu'il prenait sa retraite, le versement de prestations déterminées, acquises au fil du temps.

[7] Au moment du congédiement de M. Waterman, les employés d'IBM n'étaient plus assujettis à une politique de retraite obligatoire. M. Waterman était toutefois admissible à une pension maximale en vertu du régime, et son congédiement n'avait aucune incidence sur le montant de ses prestations de retraite. IBM a informé M. Waterman qu'au moment de la cessation de son emploi il *serait* traité comme un retraité et qu'il *devait* commencer à toucher ses prestations mensuelles de retraite à cette date.

[8] Un employé comme M. Waterman, qui est en droit de prendre sa retraite et de toucher la pension maximale, mais qui n'a pas atteint l'âge de 71 ans, ne peut pas toucher en même temps des prestations de retraite et un revenu d'emploi d'IBM. Cependant, à l'âge de 71 ans, l'employé doit commencer à toucher ses prestations et peut continuer à travailler et à recevoir un revenu d'emploi d'IBM. On n'a porté à notre attention aucune disposition du régime qui empêcherait un retraité, peu importe son âge, de recevoir les prestations prévues au régime et un revenu d'emploi d'un autre employeur.

[9] M. Waterman a intenté une action pour congédiement injustifié et l'affaire a été instruite sommairement par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. En première instance, le juge Goepel a conclu que M. Waterman aurait dû recevoir un préavis de 20 mois. Selon IBM, les prestations de retraite de M. Waterman (environ 2 124 $ par mois à compter du 1er juin 2009) devraient être déduites du salaire et des prestations autrement payables durant cette période. Le juge de première instance a rejeté cette prétention : 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021.

[10] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de cette décision interjeté par IBM. S'exprimant au nom de la cour, la juge Prowse s'est fondée sur l'arrêt de notre Cour *Sylvester c.*

[1997] 2 S.C.R. 315. However, she concluded that the distinctions between the benefits and the intentions of the parties in the two cases led to a different conclusion in this case: 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241.

III. Positions of the Parties

[11] On its appeal to this Court, IBM makes two main points. It submits, first, that the result reached by the British Columbia courts is at odds with the compensatory goal of damages for wrongful dismissal. IBM points out that even if it had given Mr. Waterman adequate working notice of his termination, he would not have received both his employment income and his pension benefits during the notice period. By awarding him damages for the full notice period without deduction of the pension benefits received during that period, the British Columbia courts have placed him in a better economic position than he would have been in had IBM performed the contract. Second, IBM maintains that the Court in *Sylvester* held that these sorts of benefits are part of an integrated employment relationship and, unless deducted, the employee collecting them would receive greater compensation than would an employee lawfully dismissed with working notice.

[12] Mr. Waterman urges us to reject IBM's position. He submits that the pension is the property of the employee that is earned through work and consists of a benefit that is part of the employee's remuneration package. The pension is like a "nest egg", RRSP or savings account, which IBM could not take advantage of to offset the damages awarded. Mr. Waterman could have transferred the value of his pension to another vehicle if he had left employment with IBM before reaching the age of 65 and his retirement savings would consequently have been out of reach. As for the intention of the parties, there is no provision in the pension plan expressly prohibiting concurrent reception of

Colombie-Britannique, [1997] 2 R.C.S. 315. Elle a toutefois conclu que les distinctions entre les prestations et les intentions des parties dans les deux affaires justifiaient une conclusion différente dans la présente affaire : 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241.

III. Positions des parties

[11] En appel devant notre Cour, IBM fait valoir deux arguments principaux. Premièrement, elle plaide que le résultat auquel sont arrivées les cours de la Colombie-Britannique va à l'encontre de l'objectif d'indemnisation que vise l'attribution de dommages-intérêts pour congédiement injustifié. IBM souligne que, même si elle avait donné à M. Waterman un préavis de cessation d'emploi suffisant, ce dernier n'aurait pas touché son salaire en plus de ses prestations de retraite durant la période visée par le préavis. En lui accordant des dommages-intérêts pour la totalité de la période de préavis sans déduction des prestations de retraite reçues pendant cette période, les cours de la Colombie-Britannique l'ont placé dans une situation financière meilleure qu'il ne l'aurait été si IBM avait respecté le contrat. Deuxièmement, IBM soutient que, dans l'arrêt *Sylvester*, la Cour a conclu que ce type de prestations s'inscrit dans une relation d'emploi intégrée et, à moins que les prestations ne soient déduites, l'employé qui les touche recevrait une indemnité plus élevée que l'employé qui serait légalement congédié avec un préavis.

[12] M. Waterman nous demande instamment de rejeter la thèse d'IBM. Il plaide que les prestations de retraite appartiennent à l'employé. Elles sont acquises dans le cadre du travail et constituent un avantage prévu par le programme de rémunération de l'employé. La pension est comparable à un « bas de laine », à un REÉR ou à un compte d'épargne, et IBM ne peut s'en prévaloir pour compenser les dommages-intérêts accordés. M. Waterman aurait pu transférer la valeur de ses prestations de retraite dans un autre instrument d'épargne s'il avait quitté son emploi chez IBM avant l'âge de 65 ans et son épargne-retraite aurait donc été à l'abri. Pour ce qui est de l'intention des parties, aucune disposition

salary and pension benefits. It was therefore up to the courts to determine the parties' intention, which the Court of Appeal correctly did in its decision.

IV. Analysis

[13] In my respectful view, both of IBM's main arguments must be rejected. The general principle of compensation is not a full answer to the issue. The question is whether this case falls within an exception to it and in my view it does. The Court's decision in *Sylvester* is distinguishable and, in fact, its reasoning supports the conclusion that the pension benefits should not be deducted.

[14] There are three key matters that need to be considered in order to answer the question posed by the appeal. I will set them out here with a summary of my conclusions.

A. Why is there a "collateral benefit" problem in this case?

[15] A collateral benefit is a gain or advantage that flows to the plaintiff and is connected to the defendant's breach. This connection may exist either because there is a "but for" causal link between the breach and the receipt of the benefit or because the benefit was intended to provide the plaintiff with an indemnity for the type of loss caused by the breach. The problem raised by collateral benefits is the question of whether they should be deducted from the damages otherwise payable by the defendant on account of the breach. This case raises a collateral benefit problem because there is a "but for" causal link between the IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of the benefit. He would not have received the pension benefits and full salary in lieu of working notice "but for" the dismissal.

du régime de retraite n'interdit expressément que soient versés concurremment un salaire et des prestations de retraite. Il appartenait donc aux tribunaux de déterminer l'intention des parties, ce que la Cour d'appel a correctement fait dans sa décision.

IV. Analyse

[13] À mon humble avis, les deux principaux arguments d'IBM doivent être rejetés. Le principe général de l'indemnisation ne constitue pas une réponse complète à la question en litige. Il s'agit de savoir si une exception à ce principe s'applique à la présente affaire, et j'estime que c'est le cas. Il faut distinguer la présente affaire de la décision rendue par la Cour dans *Sylvester* et, en fait, le raisonnement qu'on y trouve étaye la conclusion selon laquelle les prestations de retraite ne devraient pas être déduites.

[14] Trois points déterminants doivent être examinés afin de répondre à la question soulevée dans ce pourvoi. Je les exposerai ici avec un résumé de mes conclusions.

A. Pourquoi la « prestation parallèle » pose-t-elle problème en l'espèce?

[15] Une prestation parallèle est un gain ou un avantage qu'obtient le demandeur et qui est lié à la violation commise par le défendeur. Ce lien peut exister soit du fait de l'existence d'une relation causale entre la violation et l'obtention de la prestation, soit du fait que la prestation visait à indemniser le demandeur pour le type de perte causée par la violation. Le problème que soulèvent les prestations parallèles est qu'on ne sait pas si elles devraient ou non être déduites des dommages-intérêts autrement payables par le défendeur en raison de la violation. La présente affaire soulève un problème de prestation parallèle parce qu'il existe une cause déterminante entre la rupture de contrat de la part d'IBM et l'obtention des prestations par M. Waterman. N'eût été le congédiement, ce dernier n'aurait pas touché les prestations de retraite et son plein salaire à titre d'indemnité de préavis.

B. Is the compensation principle the answer to the problem?

[16] The principle that the defendant should compensate the plaintiff only for his or her actual loss is not, on its own, an answer to the problem. There are exceptions to the strict application of this principle, the most important of which is the exception for private insurance and other benefits which, for this purpose, are considered analogous to private insurance. That exception applies not only to insurance benefits in the strict sense, but also to other benefits such as pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered as a result of the defendant's breach.

C. Does the Court's decision in *Sylvester* support IBM's position that the pension benefits must be deducted?

[17] In my view, it does not. *Sylvester* is distinguishable. The reasoning in *Sylvester* in fact supports the conclusion that Mr. Waterman's pension benefits should *not* be deducted from the wrongful dismissal damages otherwise payable by IBM.

[18] My more detailed analysis follows.

A. *Why Is There a Collateral Benefit Problem in This Case?*

[19] It will be helpful to start by explaining what a collateral benefit problem is and why we have one here.

(1) What Is a Collateral Benefit Problem?

[20] In general terms, there is a collateral benefit when a source other than the damages payable by the defendant ameliorates the loss suffered by the plaintiffs as a result of the defendant's breach of

B. Le principe d'indemnisation offre-t-il une solution au problème?

[16] Le principe voulant que le défendeur devrait indemniser le demandeur seulement pour la perte réellement subie n'offre pas, en soi, une solution au problème. Il existe des exceptions à l'application rigide de ce principe, la plus importante étant l'exception relative à l'assurance privée et aux autres avantages qui, pour l'application de l'exception, sont considérés comme analogues à l'assurance privée. Cette exception s'applique non seulement aux prestations d'assurance au sens strict, mais aussi à d'autres prestations comme les prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n'étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie en raison de la rupture du contrat de travail par le défendeur.

C. L'arrêt Sylvester de notre Cour appuie-t-il la thèse d'IBM selon laquelle les prestations de retraite doivent être déduites?

[17] Je ne crois pas que ce soit le cas. L'arrêt *Sylvester* peut être distingué de l'affaire qui nous occupe. En fait, le raisonnement exposé dans *Sylvester* étaye la conclusion selon laquelle les prestations de retraite de M. Waterman *ne* devraient *pas* être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié autrement payables par IBM.

[18] Voici mon analyse plus détaillée.

A. *Pourquoi la prestation parallèle pose-t-elle problème en l'espèce?*

[19] Il est utile d'expliquer tout d'abord ce qu'est un problème de prestation parallèle et pourquoi ce problème se pose en l'espèce.

(1) Qu'est-ce qu'un problème de prestation parallèle?

[20] De façon générale, il y a prestation parallèle quand un revenu d'une source autre que les dommages-intérêts payables par le défendeur atténue la perte causée au demandeur par le manquement

legal duty: J. Cassels and E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages* (2nd ed. 2008), at p. 416. For example, if an employee is wrongfully dismissed, but receives employment insurance benefits, those benefits are a collateral benefit. The problem is whether they should be deducted from the damages the defendant will pay for wrongful dismissal.

[21] If we simply apply the compensation principle — that the plaintiff should recover his or her actual economic loss but not more — the answer is straightforward. If we do not deduct the collateral benefit, the plaintiff will be in a better position than he or she would have been in had the employment contract been performed. To apply the compensation principle, we should consider not only the plaintiff's losses but also any gains that flow from the defendant's breach. The collateral benefit problem asks whether we should apply the compensation principle and deduct or depart from it and not deduct.

[22] There is considerable overlap between the collateral benefit problem and the questions of mitigation. The main distinction is this: mitigation is concerned with whether the plaintiff acted reasonably after the defendant's breach in order to reduce losses. The collateral benefit question, in contrast, is concerned with whether some compensating advantage that was in fact received by the plaintiff, most often as a result of arrangements made before the breach, should be taken into account in assessing the plaintiff's damages: see A. I. Ogus, *The Law of Damages* (1973), at pp. 87-88.

(2) When Does a Collateral Benefit Problem Arise?

[23] Not all benefits received by a plaintiff raise a collateral benefit problem. Before there is any question of deduction, the receipt of the benefit

du défendeur à son obligation légale : J. Cassels et E. Adjin-Tettey, *Remedies : The Law of Damages* (2e éd. 2008), p. 416. Prenons l'exemple d'un employé congédié injustement qui reçoit des prestations d'assurance-emploi. Ces prestations constituent des prestations parallèles. Le problème est de savoir si elles devraient être déduites des dommages-intérêts que le défendeur versera pour congédiement injustifié.

[21] Si nous appliquons simplement le principe d'indemnisation — à savoir que le demandeur devrait recouvrer la perte économique qu'il a réellement subie, mais rien de plus — la réponse est simple. Si nous ne déduisons pas la prestation parallèle, le demandeur se trouvera dans une situation financière meilleure qu'elle ne l'aurait été si le contrat d'emploi avait été respecté. Pour appliquer le principe d'indemnisation, nous devons examiner non seulement les pertes du demandeur, mais aussi les gains découlant du manquement par le défendeur. Le problème des prestations parallèles consiste à se demander si nous devrions appliquer le principe d'indemnisation et déduire les prestations parallèles, ou si nous devrions nous écarter de ce principe et ne pas les déduire.

[22] Il existe un recoupement important entre le problème de la prestation parallèle et celui de la limitation du préjudice. La principale distinction est la suivante : la limitation du préjudice s'intéresse à la question de savoir si, après que le défendeur a manqué à son obligation, le demandeur a agi raisonnablement afin d'atténuer sa perte. Par contre, la question de la prestation parallèle consiste à se demander si un avantage compensatoire reçu par le demandeur, la plupart du temps à la suite de mesures prises avant le manquement, devrait être pris en compte dans l'évaluation des dommages-intérêts dus au demandeur : voir A. I. Ogus, *The Law of Damages* (1973), p. 87-88.

(2) Dans quelles circonstances la prestation parallèle pose-t-elle problème?

[23] Les prestations qu'un demandeur peut toucher ne soulèvent pas toutes un problème de prestation parallèle. La question de la déduction ne

must constitute some form of excess recovery for the plaintiff's loss and it must be sufficiently connected to the defendant's breach of legal duty.

[24] For example, there is no excess recovery if the party supplying the benefit is subrogated to — that is, steps into the place of — the plaintiff and recovers the value of the benefit. In those circumstances, the defendant pays the damages he or she has caused, the party who supplied the benefit is reimbursed out of the damages and the plaintiff retains compensation only to the extent that he or she has actually suffered a loss: see, e.g., *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359, at pp. 386-88, *per* McLachlin J., as she then was, dissenting in part. (The employment insurance example that I mentioned earlier is now resolved in this way by statute: see below, at para. 44.)

[25] Even if there is some form of excess recovery, however, there is only a collateral benefit problem if the benefit is sufficiently connected to the defendant's breach. This requirement of sufficient connection serves a purpose with respect to collateral benefits that is analogous to that served by rules of causation and remoteness with respect to damages. Just as plaintiffs cannot recover all losses, no matter how loosely related to the defendant's breach or how far beyond the parties' reasonable contemplation, so too the defendant does not get credit for all benefits accruing to the plaintiff, no matter how loosely connected to the defendant's wrongful conduct.

[26] Before turning to the nature of the required link, I note that scholars have objected to the term "collateral benefit" because it assumes the answer to the question. The word "collateral" suggests that the benefit should not be taken into account. But of course the legal problem is whether or not the benefit should be deducted. Scholars have suggested that the term "compensating advantages" is

se pose que si la prestation reçue par le demandeur constitue une sorte d'indemnisation excédentaire pour la perte qu'il a subie, et il doit exister un lien suffisant entre cette prestation et le manquement du défendeur à son obligation légale.

[24] Par exemple, une indemnisation n'est pas excédentaire si la partie qui verse la prestation est subrogée dans les droits du demandeur — c'est-à-dire qu'elle se substitue au demandeur — et recouvre la valeur de la prestation. Dans de telles circonstances, le défendeur répare le préjudice qu'il a causé, la partie qui a versé les prestations est remboursée à même les dommages-intérêts et le demandeur ne conserve que cette partie de l'indemnité qui couvre la perte réellement subie : voir, p. ex., *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359, p. 386-388, la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dissidente en partie. (Dans l'exemple de l'assurance-emploi déjà évoqué, la loi prévoit maintenant cette solution : voir plus loin au par. 44.)

[25] Toutefois, même en présence d'une certaine forme d'indemnisation excédentaire, le problème de la prestation parallèle ne se pose que s'il existe un lien suffisant entre les prestations et le manquement du défendeur. Cette exigence d'un lien suffisant est utile quant à la question des prestations parallèles de la même façon que les règles de la causalité et de l'éloignement sont utiles en matière de dommages-intérêts. Tout comme le demandeur ne peut pas recouvrer en totalité sa perte, peu importe qu'il n'y ait qu'un lien ténu entre la perte et le manquement du défendeur ou que la perte dépasse largement ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager, le défendeur ne peut profiter de tous les avantages dont bénéficie le demandeur, peu importe qu'il n'y ait qu'un lien ténu entre les avantages et le comportement fautif du défendeur.

[26] Avant de traiter de la nature du lien requis, je tiens à signaler que des auteurs se sont opposés à l'expression « prestation parallèle » parce qu'elle suggère la réponse à la question. Le mot « parallèle » donne à penser que la prestation ne devrait pas être prise en compte. Se pose évidemment le problème juridique de savoir si la prestation devrait être déduite. Selon certains

a better one and that is the term I will use in my reasons: see, e.g., Ogus, at pp. 93-94; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd ed. 2004), at p. 156; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at para. 15.700.

[27] Another problem with the terms "collateral benefit" or "collateral source" is that they suggest that the test for whether a benefit is deductible is whether it is "collateral", that is, independent of the relation between the plaintiff and the defendant. Some of the American jurisprudence, for example, has recognized that this "independence" test is an oversimplification which does not explain the treatment of benefit in the cases: see, e.g., *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), at pp. 931-33. Moreover, it can lead to fruitless semantic debates about whether a benefit is or is not "collateral" or "independent" rather than furthering principled analysis. As one court put it, that a benefit "comes from the defendant tortfeasor does not itself preclude the possibility that it is from a collateral source. The plaintiff may receive benefits from the defendant himself which, because of their nature, are not considered double compensation": *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), at p. 450; *Sloas v. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (4th Cir. 2010), at p. 389. As we shall see, several factors other than the source of the benefit may be considered in order to determine whether it should be deducted.

[28] Returning to the issue of connection between the benefit and the breach, the question is what sort of link is required before the issue about deduction arises. The cases suggest two answers. The advantage must either be one that (a) would not have accrued to the plaintiff "but for" the defendant's breach *or* (b) was intended to indemnify the plaintiff for the sort of loss resulting from it. If neither of these conditions is present, there is no

auteurs, l'expression [TRADUCTION] « avantages compensatoires » conviendrait mieux, et c'est l'expression que j'utiliserai dans mes motifs : voir, p. ex., Ogus, p. 93-94; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3e éd. 2004), p. 156; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5e éd. 2012), par. 15.700.

[27] Les expressions « prestation parallèle » ou « source parallèle » posent un autre problème : elles laissent entendre que le critère pour déterminer si une prestation est déductible consiste à savoir si elle est « parallèle », c'est-à-dire indépendante de la relation entre le demandeur et le défendeur. Une partie de la jurisprudence américaine, par exemple, reconnaît que ce critère d'« indépendance » constitue une simplification excessive qui n'explique pas la façon dont les prestations sont traitées dans la jurisprudence : voir, p. ex., *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), p. 931-933. Qui plus est, ce critère risque de susciter des débats sémantiques inutiles quant à savoir si une prestation est ou n'est pas « parallèle » ou « indépendante », plutôt que de faire avancer une analyse raisonnée. Pour reprendre les termes employés par un tribunal, le fait qu'une prestation [TRADUCTION] « provienne du défendeur auteur du délit n'écarte pas la possibilité qu'elle provienne d'une source parallèle. Le demandeur peut recevoir du défendeur des prestations qui, vu leur nature, ne sont pas considérées comme une double indemnisation » : *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), p. 449-450; *Sloas c. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (4th Cir. 2010), p. 389. Comme nous le verrons, pour déterminer si la prestation devrait être déduite, plusieurs facteurs autres que sa source peuvent être pris en compte.

[28] Pour revenir à la question du lien entre la prestation et le manquement, il faut se demander quel genre de lien est requis avant que ne se pose la question de la déduction. La jurisprudence suggère deux réponses. La prestation doit être soit a) une prestation que le demandeur n'aurait pas reçue, n'eût été le manquement du défendeur, *ou* b) une prestation qui visait à indemniser le demandeur pour la perte découlant du manquement. Si aucune

issue about deduction. If either of these conditions is present, there is.

[29] In relation to the "but for" connection between the breach and the advantage, consider this example. A plaintiff who has been injured by a defendant's negligence buys a lottery ticket, as is his usual practice, and wins a large sum of money. No one would argue that the amount of the winnings should be deducted from the damages payable by the defendant. There is no "but for" causal connection between the defendant's negligence and the plaintiff's purchase of the winning ticket: see Burrows, at p. 156.

[30] Even if there is no "but for" causal link between a benefit and the breach, there may still be a problem about whether a benefit should be deducted. This will occur where the benefit and the breach are connected in the sense that the benefit is intended to indemnify the type of loss caused by the breach — *Sylvester* is an example. Mr. Sylvester was unable to work and receiving disability payments under his employment contract when he was wrongfully dismissed. There was clearly no causal link between the employer's failure to give reasonable notice of termination (or payment in lieu of notice) and the receipt of the disability benefits. Nonetheless, the Court found that there was a compensating advantages problem. As Major J. pointed out, the disability benefits were intended to be a substitute for Mr. Sylvester's regular salary: para. 14. In other words, the benefit was intended to be an indemnity for the loss of the regular salary, precisely the sort of loss that resulted from the defendant's breach of the employment contract.

[31] The existence of these sorts of links between the breach and the benefit identifies whether there is a compensating advantage problem. But the existence of such a link is not a reliable marker of whether a particular benefit should be deducted. Relying on strict principles of causation, for example, often conceals unarticulated policy concerns: see, e.g., *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.),

de ces conditions n'est présente, la question de la déduction ne se pose pas. Mais elle se pose si l'une ou l'autre de ces conditions est présente.

[29] En ce qui a trait au lien déterminant entre le manquement et l'avantage, prenons l'exemple du demandeur qui a subi un préjudice à cause de la négligence d'un défendeur, qui achète un billet de loterie, comme il en a l'habitude, et qui gagne une somme d'argent importante. Personne ne dirait que les gains devraient être déduits des dommages-intérêts payables par le défendeur. Il n'existe aucun lien déterminant entre la négligence du défendeur et l'achat du billet gagnant par le demandeur : voir Burrows, p. 156.

[30] Même s'il n'y a aucun lien déterminant entre une prestation et le manquement, la question de savoir si une prestation devrait être déduite peut tout de même se poser. Ce sera le cas lorsqu'il existe un lien entre la prestation et le manquement en ce sens que la prestation vise à indemniser le type de perte causée par le manquement — comme c'était le cas dans *Sylvester*. M. Sylvester était incapable de travailler et recevait des prestations d'invalidité en vertu de son contrat de travail lorsqu'il a été congédié injustement. De toute évidence, il n'existait aucun lien de causalité entre le fait que l'employeur n'ait pas donné un préavis raisonnable de cessation d'emploi (ou une indemnité tenant lieu de préavis) et le fait que M. Sylvester recevait des prestations d'invalidité. Néanmoins, la Cour a conclu que la question des avantages compensatoires posait problème. Comme l'a souligné le juge Major, les prestations d'invalidité visaient à remplacer le salaire versé ordinairement à M. Sylvester : par. 14. Autrement dit, la prestation visait à l'indemniser pour la perte de son salaire régulier, précisément le type de perte résultant de la rupture du contrat de travail par le défendeur.

[31] L'existence de liens de ce genre entre le manquement et la prestation permet de savoir s'il existe un problème d'avantage compensatoire. Cependant, l'existence d'un tel lien n'indique pas nettement qu'une prestation donnée devrait être déduite. Le fait de se fonder sur les principes rigoureux de la causalité, par exemple, cache souvent des préoccupations de principe non exprimées : voir, p. ex.,

at pp. 34-35, *per* Lord Pearce; Ogus, at pp. 225-26; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at pp. 965-66. Similarly, the indemnity factor is not a reliable marker of which benefits are or are not deductible. This is clear, for example, from the Court's decision in *Cunningham*. In issue were disability benefits provided for under collective agreements. They were clearly intended to provide an indemnity for wage loss arising from an inability to work. Nonetheless, the Court held that the benefits should *not* be deducted.

[32] To sum up, a potential compensating advantage problem exists if the plaintiff receives a benefit that would result in compensation of the plaintiff beyond his or her actual loss and *either* (a) the plaintiff would not have received the benefit but for the defendant's breach, *or* (b) the benefit is intended to be an indemnity for the sort of loss resulting from the defendant's breach. These factors identify a potential problem with a compensating advantage, but do not decide how it should be resolved.

(3) Why Is There a Problem About Deduction in This Case?

[33] A compensating advantage issue arises in this case. First, there is an element of excess compensation. Mr. Waterman has received his full pension benefits and, in addition, the salary he would have earned had he worked during the period of reasonable notice (less an allowance for his earnings from other employment). Had IBM not breached the contract of employment and instead given him working notice, he would have received only his salary during that period and not his pension. Second, there is a "but for" causal relationship between IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of the pension benefits. One could say that it was the pension plan rather than IBM's breach of contract that gave rise to the benefit, but it is artificial to suggest that there is no "but for" causal link between IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of his pension

Parry c. Cleaver, [1970] A.C. 1 (H.L.), p. 34-35, lord Pearce; Ogus, p. 225-226; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 965-966. De même, le facteur de l'indemnité n'indique pas nettement les prestations qui sont ou ne sont pas déductibles. Cela ressort clairement, par exemple, de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Cunningham* où il était question des prestations d'invalidité prévues dans les conventions collectives. Ces prestations visaient clairement à indemniser les pertes de salaire résultant de l'incapacité de travailler. Malgré tout, la Cour a conclu que les prestations *ne* devraient *pas* être déduites.

[32] En résumé, un problème en matière d'avantages compensatoires peut survenir si, en recevant une prestation, le demandeur est indemnisé au-delà de la perte réelle qu'il a subie et *s'il s'avère* a) qu'il n'aurait pas reçu cette prestation n'eût été du manquement du défendeur, *ou* b) que la prestation devait servir d'indemnité pour le type de perte découlant du manquement du défendeur. Ces facteurs permettent de déceler un problème potentiel d'avantage compensatoire, mais n'indiquent pas la façon de le régler.

(3) Pourquoi la déduction pose-t-elle un problème en l'espèce?

[33] Une question d'avantage compensatoire se pose en l'espèce. Premièrement, il existe un élément d'indemnisation excédentaire. M. Waterman a touché le plein montant des prestations de retraite, en plus du salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable (déduction faite de son revenu tiré d'un autre emploi). Si IBM avait respecté le contrat d'emploi et lui avait donné un préavis, il n'aurait touché que son salaire pendant cette période; il n'aurait pas touché les prestations de retraite. Deuxièmement, il existe un lien de causalité déterminant entre la rupture du contrat par IBM et le fait que M. Waterman ait touché des prestations de retraite. On pourrait dire que c'est le régime de retraite, plutôt que la rupture de contrat par IBM, qui l'a rendu admissible aux prestations, mais il est factice de prétendre qu'il n'existe aucun lien déterminant entre la rupture

benefits: "but for" the breach, there would have been no termination and, "but for" the termination, Mr. Waterman would not have started to collect his pension. Given that there was double recovery and that the benefit would not have arisen but for IBM's breach, we must decide whether the benefit should or should not be deducted from damages otherwise payable by IBM.

B. *Is the Compensation Principle the Answer to the Problem?*

[34] IBM's first main point is that the compensation principle requires the pension benefits to be deducted. Mr. Waterman is better off as a result of the damage award than he would have been if IBM had given reasonable working notice. It follows, in IBM's submission, that the pension benefits must be deducted so that the damage award places Mr. Waterman in the economic position he would have been in had IBM given him reasonable working notice. This is essentially the position adopted by my colleague Rothstein J.

[35] While I agree that the damage award is a departure from the compensation principle, this in itself is not an answer to the problem posed by the appeal. As I will explain, the compensation principle cannot be, and is not, applied strictly or inflexibly in a manner that is divorced from other considerations. The question is whether the compensation principle should be strictly applied in this case. In my view, it should not. To explain why, it is helpful to look first at why the compensation principle is not applied strictly, or at all, in various situations.

de contrat par IBM et le fait que M. Waterman ait touché ses prestations de retraite. N'eût été la rupture du contrat, M. Waterman n'aurait pas été congédié, et n'eût été le congédiement, M. Waterman n'aurait pas commencé à toucher ses prestations de retraite. Comme il y a eu double indemnisation et qu'il n'y aurait eu aucun avantage n'eût été la rupture de contrat par IBM, nous devons décider si les prestations devraient ou non être déduites des dommages-intérêts autrement payables par IBM.

B. *Le principe d'indemnisation offre-t-il une solution au problème?*

[34] Selon le premier argument principal avancé par IBM, le principe d'indemnisation exige la déduction des prestations de retraite. Comme des dommages-intérêts lui ont été accordés, la situation de M. Waterman est plus avantageuse qu'elle ne l'aurait été si IBM lui avait donné un préavis raisonnable. IBM prétend donc que les prestations de retraite doivent être déduites, de sorte qu'après avoir reçu son indemnité M. Waterman se trouvera dans la situation financière où il se serait trouvé si IBM lui avait donné un préavis raisonnable. C'est essentiellement le point de vue de mon collègue le juge Rothstein.

[35] Bien que je convienne que l'octroi de dommages-intérêts représente une dérogation au principe d'indemnisation, ce n'est pas, en soi, une solution au problème soulevé en appel. Comme je l'expliquerai plus loin, le principe d'indemnisation ne peut pas être appliqué, et n'est pas appliqué, d'une manière stricte ou rigide sans tenir compte d'autres considérations. Il faut se demander si le principe d'indemnisation devrait être appliqué de manière stricte en l'espèce. Selon moi, il ne doit pas l'être. Avant d'expliquer pourquoi, il convient d'examiner les raisons pour lesquelles le principe d'indemnisation n'est pas appliqué de manière stricte, voire pas du tout appliqué, dans différentes situations.

(1) When Does the Compensation Principle Not Apply Strictly?

[36] Considerations other than the extent of the plaintiff's actual loss shape the way the compensation principle is applied and there are well-established exceptions to it. For example, the rule that contract damages compensate only the plaintiff's actual loss is not the only rule that applies to assessing contract damages. As a leading English case put it, "Damages are measured by the plaintiff's loss, not the defendant's gain. But the common law, pragmatic as ever, has long recognised that there are many commonplace situations where a strict application of this principle would not do justice between the parties. Then compensation for the wrong done to the plaintiff is measured by a different yardstick" : *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), at p. 278. In some cases, for example, an award of damages in contract may be based on the advantage gained by the defendant as a result of the breach rather than the loss suffered by the plaintiff: see, e.g., *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 25. The rule that damages are measured by the plaintiff's actual loss, while the general rule, does not cover all cases. In addition, through the doctrines of remoteness and mitigation, the compensation principle gives way to considerations of reasonableness in relation to whether the plaintiff's expectations of the contract and his or her conduct in response to the breach of it were reasonable.

[37] Finally, there are well-recognized exceptions in which benefits flowing to plaintiffs are not taken into account even though the result is that they are better off, economically speaking, after the breach than they would have been had there been no breach. These exceptions are ultimately based on factors other than strict compensatory considerations. As Lord Reid put it in *Parry*, "[t]he

(1) Dans quels cas le principe d'indemnisation ne s'applique-t-il pas de manière stricte?

[36] L'application du principe d'indemnisation repose sur des facteurs autres que l'importance de la perte réelle du demandeur et comporte des exceptions bien établies. Par exemple, la règle selon laquelle les dommages-intérêts en matière contractuelle n'indemnisent le demandeur que pour la perte qu'il a réellement subie n'est pas la seule règle qui s'applique à la détermination des dommages-intérêts. Comme il est expliqué dans un arrêt de principe rendu en Angleterre, [TRADUCTION] « [l]es dommages-intérêts sont fixés en fonction de la perte du demandeur plutôt que du gain du défendeur. Cependant, la common law, toujours aussi pragmatique, reconnaît depuis longtemps que, dans plusieurs situations courantes, une application stricte de ce principe n'assurerait pas la justice entre les parties. L'indemnité pour le tort causé au demandeur est alors calculée en fonction de critères différents » : *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), p. 278. Dans certains cas, par exemple, les dommages-intérêts en matière contractuelle peuvent être calculés en fonction de l'avantage que le défendeur tire de l'inexécution du contrat plutôt qu'en fonction de la perte subie par le demandeur : voir, p. ex., *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 25. La règle selon laquelle les dommages-intérêts sont calculés en fonction de la perte réelle du demandeur, bien qu'il s'agisse d'une règle générale, ne s'applique pas dans toutes les situations. En outre, par application des principes de l'éloignement et de la limitation du préjudice, le principe d'indemnisation cède le pas à des critères de raisonnabilité, à savoir si les attentes du demandeur quant au contrat et sa réaction suite à la rupture du contrat étaient raisonnables.

[37] Enfin, il y a des exceptions bien connues où les avantages reçus par le demandeur ne sont pas pris en considération même si ce dernier se trouve dans une situation financière meilleure après le manquement qu'elle ne l'aurait été s'il n'y avait pas eu manquement. Ces exceptions sont en définitive fondées sur des facteurs autres que les considérations strictes de l'indemnisation. Comme

common law has treated [the deductibility of compensating advantages] as one depending on justice, reasonableness and public policy": p. 13. Or, as McLachlin J. wrote, this issue raises a question of "basic policy": *Ratych*, at p. 959.

(2) What Factors Help to Identify When Compensating Advantages Are Not Deducted?

[38] What are some of these considerations of justice, reasonableness and policy? An answer may be found by looking at the two well-established situations in which compensating advantages are not deducted: charitable gifts and private insurance.

(a) *Charitable Gifts*

[39] The first is the less controversial. The rule is that charitable gifts made to the plaintiff are generally not deductible from the plaintiff's damages even though they were made as a result of and in response to the injury or loss caused by the defendant's wrong: see, e.g., Waddams, at paras. 3.1550-3.1560; Cassels and Adjin-Tettey, at pp. 420-21. Two concerns explain the exception: first, that if these charitable gifts were deducted, "the springs of private charity would be found to be largely, if not entirely, dried up" and, second, that it rarely makes practical sense to spend the time and effort required to take these sorts of gifts into account: *Redpath v. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167 (K.B.), at p. 170. See also Ogus, at p. 223; Waddams, at para. 3.1550; Cassels and Adjin-Tettey, at pp. 420-21; *Cunningham*, at p. 370.

[40] These explanations of the exception suggest we may take into account the broader incentives created by deducting or not deducting a benefit as well as pragmatic considerations relating to whether the applicable rule is clear, coherent and easy to apply: *Cunningham*, at p. 388, *per* McLachlin J.

lord Reid l'a expliqué dans *Parry* [TRADUCTION] « [e]n common law, [la déductibilité des avantages compensatoires] dépend de la justice, de la raisonnabilité et de l'intérêt public » : p. 13. Ou, selon le propos de la juge McLachlin, cette question en soulève une autre de « politique générale fondamentale » : *Ratych*, p. 959.

(2) Quels facteurs aident à déterminer les circonstances dans lesquelles les avantages compensatoires ne sont pas déduits?

[38] Quelles sont ces considérations de justice, de raisonnabilité et d'intérêt public? On peut trouver une réponse en examinant les deux cas bien connus où les avantages compensatoires ne sont pas déduits : les dons de bienfaisance et l'assurance privée.

a) *Dons de bienfaisance*

[39] Le premier cas est le moins controversé. La règle veut que les dons de bienfaisance faits au demandeur ne soient habituellement pas déductibles des dommages-intérêts auxquels il a droit, même s'ils lui ont été faits en raison du préjudice ou de la perte attribuable à la faute du défendeur : voir, p. ex., Waddams, par. 3.1550-3.1560; Cassels et Adjin-Tettey, p. 420-421. Il y a deux raisons à cette exception : premièrement, si ces dons de bienfaisance étaient déduits, [TRADUCTION] « les sources de charité privée seraient largement, voire entièrement, taries » et, deuxièmement, il est rarement sensé, sur le plan pratique, de consacrer le temps et les efforts nécessaires pour tenir compte des dons de cette sorte : *Redpath c. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167 (K.B.), p. 170. Voir également Ogus, p. 223; Waddams, par. 3.1550; Cassels et Adjin-Tettey, p. 420-421; *Cunningham*, p. 370.

[40] Les raisons de cette exception laissent croire que nous pouvons tenir compte des facteurs d'incitation plus généraux qu'offrent la déduction ou la non-déduction d'un avantage ainsi que des considérations pragmatiques touchant la question de savoir si la règle applicable est claire, cohérente et d'application facile : *Cunningham*, p. 388, la juge McLachlin.

(b) *Private Insurance*

[41] A second and more controversial exception relates to payments from the plaintiff's private insurance. The core of the exception is well established: benefits received by a plaintiff through private insurance are not deductible from damage awards. However, both the precise scope and the rationale of the exception have been the subject of judicial and scholarly debate. Its practical importance is limited given the widespread use of subrogation, which avoids the compensating advantage issue altogether. While the exception more typically arises in tort cases, it has also been applied in contract actions, including actions for wrongful dismissal: *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812. The approach in both areas of law is the same in principle, although the terms of the contract and the dealings between the parties will inform the analysis in contract cases.

[42] One area of controversy relates to the sorts of benefits which fall within the private insurance exception. Does it apply to both indemnity and non-indemnity insurance? Does it extend to disability benefits, employment insurance or pensions payable on retirement? The Court has held that the answer to all of these questions is yes, but not, as we shall see, without well-reasoned dissent. In short, the so-called private insurance exception has been applied by analogy to a variety of payments that do not originate in a contract of insurance.

[43] In *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, the Court applied the insurance exception to prevent deduction of the present value of Canada Pension Plan benefits available to surviving dependents from the damages awarded in a fatal injuries claim. Spence J., for the Court, held that the payments were "so much of the same nature as contracts of insurance that they also should be excluded from consideration when

b) *L'assurance privée*

[41] Il existe une deuxième exception plus controversée qui se rapporte aux prestations reçues aux termes de la police d'assurance privée du demandeur. L'essence même de l'exception est bien établie : les prestations que reçoit un demandeur en application d'un régime d'assurance privée ne sont pas déductibles des dommages-intérêts. Cependant, la portée précise et le fondement de l'exception ont fait couler beaucoup d'encre dans la jurisprudence et dans la doctrine. Son importance pratique est limitée compte tenu du fait qu'on a généralement recours à la subrogation, ce qui a pour effet d'éviter la question de l'avantage compensatoire. Bien que l'exception s'applique habituellement en matière de responsabilité délictuelle, elle a également été appliquée en matière contractuelle, y compris dans le cadre d'actions pour congédiement injustifié : *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812. Dans ces deux domaines du droit, le raisonnement est le même en principe, bien que les modalités du contrat et les rapports entre les parties guideront l'analyse en matière contractuelle.

[42] Un point controversé a trait aux types de prestations que vise l'exception relative à l'assurance privée. L'exception s'applique-t-elle aux assurances à caractère indemnitaire et à caractère non indemnitaire? S'applique-t-elle aux prestations d'invalidité, aux prestations d'assurance-emploi ou aux prestations de retraite? La Cour a répondu par l'affirmative à toutes ces questions, mais non, comme nous le verrons, sans une dissidence bien motivée. Bref, l'exception dite relative à l'assurance privée a été appliquée par analogie à diverses prestations qui ne découlent pas d'un contrat d'assurance.

[43] Dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, la Cour a appliqué l'exception de l'assurance de façon à ce que la valeur actuelle des prestations payables aux personnes à charge survivantes en vertu du Régime de pensions du Canada ne soit pas déduite des dommages-intérêts accordés dans le cadre d'une action pour blessures mortelles. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Spence a conclu que les prestations

assessing damages under the provisions of that statute": p. 670; see also *Grand Trunk Railway v. Beckett* (1887), 16 S.C.R. 713, at p. 714, and *Quebec Workmen's Compensation Commission v. Lachance*, [1973] S.C.R. 428, at pp. 433-34.

[44] In *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, Mr. Guy's injury led to his retirement and receipt of pension benefits. They were not deducted from damages for loss of earnings. Ritchie J., for the Court, viewed pensions, whether contributory or non-contributory, as flowing from the employee's work and part of what the employer was prepared to pay for the employee's services. He agreed with Lord Reid's conclusion, in *Parry*, as quoted by Spence J., in *Gill*, that "[t]he fact that they flow from past work equates them to rights which flow from an insurance privately effected by [the employee]": *Guy*, at p. 763. Similarly, in *Jack Cewe*, the Court did not deduct a dismissed employee's unemployment insurance benefits from his wrongful dismissal damages. The benefits, wrote Pigeon J., for the Court, were a consequence of the contract of employment making them similar to contributory pension benefits: p. 818. (The collateral benefit issue that arose in *Jack Cewe* is now addressed by s. 45 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, which states that a claimant who receives benefits and is subsequently awarded damages for the same period, "shall pay to the Receiver General as repayment of an overpayment of benefits an amount equal to the benefits that would not have been paid if the earnings had been paid or payable at the time the benefits were paid".)

[45] In *Ratych*, the Court found that sick leave benefits should be deducted from damages otherwise payable for loss of earning by the party whose

« présentent un caractère tellement semblable aux contrats d'assurance ordinaires qu'elles doivent également ne pas entrer en ligne de compte dans l'évaluation des dommages effectuée en vertu des dispositions du *Families' Compensation Act* » : p. 670; voir aussi *Grand Trunk Railway c. Beckett* (1887), 16 R.C.S. 713, p. 714, et *Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance*, [1973] R.C.S. 428, p. 433-434.

[44] Dans *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, M. Guy a pris sa retraite et a commencé à toucher ses prestations de retraite après avoir subi une blessure. Les prestations n'ont pas été déduites des dommages-intérêts pour perte de gains. Le juge Ritchie, au nom de la Cour, a considéré que les pensions, qu'elles soient contributives ou non, provenaient du travail de l'employé et faisaient partie de ce que l'employeur était disposé à payer pour ses services. Il a accepté la conclusion tirée par lord Reid dans *Parry*, et citée par le juge Spence dans *Gill*, selon laquelle « [l]e fait qu'elles proviennent d'un travail passé les assimile à des droits qui dérivent d'une assurance privée contractée par l'employé » : *Guy*, p. 763. De même, dans *Jack Cewe*, la Cour n'a pas déduit les prestations d'assurance-emploi touchées par l'employé des dommages-intérêts qui lui avaient été accordés pour congédiement injustifié. Le juge Pigeon a écrit au nom de la Cour que les prestations étaient une conséquence du contrat de louage de service et que la situation était la même que pour les prestations de pension contributive : p. 818. (La question de la prestation parallèle soulevée dans cet arrêt est maintenant traitée à l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, lequel prévoit qu'un prestataire qui reçoit des prestations et qui se voit par la suite accorder des dommages-intérêts au titre de la même période « est tenu de rembourser au receveur général à titre de remboursement d'un versement excédentaire de prestations les prestations qui n'auraient pas été payées si, au moment où elles l'ont été, la rémunération avait été ou devait être versée ».)

[45] Dans *Ratych*, la Cour a conclu que l'indemnité de congé de maladie devrait être déduite des dommages-intérêts payables au titre de la perte de

negligence was responsible for the injuries. For the majority, McLachlin J. wrote that it may well be appropriate not to deduct benefits where the employee can show a contribution equivalent to payment of an insurance premium. In other words, benefits may not be deductible when they come about because the plaintiff has prudently obtained and paid for insurance. However, that was not the case in *Ratych*, making it a different situation than one in which the benefits flow from the employer/employee relationship: pp. 973-74. In *Cunningham*, disability insurance benefits payable under the terms of collective agreements were held not to be deductible because there was evidence that the plaintiffs had paid for these disability plans through reduced wages. The Court's earlier decision in *Ratych* was distinguished on this basis.

[46] Finally, in *Sylvester*, non-contributory disability benefits received during the notice period were deducted from wrongful dismissal damages otherwise payable. The benefits were intended to be an indemnity for lost wages while the plaintiff was unable to work, the plaintiff had not contributed to acquire the benefit, and policy considerations favoured deduction.

[47] The two cases in which the private insurance exception was *not* applied (*Ratych* and *Sylvester*) involved benefits that were intended to be an indemnity for the type of loss that resulted from the defendant's breach and to which the plaintiff had not contributed. Retirement pension benefits, which are not an indemnity for loss of wages resulting from inability to work and to which the employee contributes directly or indirectly, have been held by this Court and others to fall within the private insurance exception: *Guy*; *Gill*; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd*. (1992), 2 C.C.P.B. 101 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), aff'd (1993), 2 C.C.P.B. 99 (Ont. Ct. J. (Div. Ct.)); *Emery v. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302 (Gen. Div.); *Parry*.

revenus par la partie dont la négligence a entraîné des blessures. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge McLachlin a écrit qu'il peut être approprié de ne pas déduire les prestations lorsque l'employé peut établir qu'il a payé des cotisations équivalant aux primes d'une police d'assurance. Autrement dit, il est possible que les prestations ne soient pas déductibles parce que le demandeur a souscrit et payé par mesure de prudence une assurance personnelle. Cependant, ce n'était pas le cas dans *Ratych*, qui présente une situation différente de celle où les prestations découlent de la relation employeur-employé : p. 973-974. Dans *Cunningham*, les prestations d'invalidité payables aux termes des conventions collectives ont été jugées non déductibles parce qu'il avait été démontré que les demandeurs avaient contribué au régime en acceptant une diminution de salaire. La Cour a établi à cet égard une distinction d'avec l'arrêt antérieur *Ratych*.

[46] Enfin, dans *Sylvester*, les prestations d'invalidité non contributives reçues pendant la période de préavis ont été déduites des dommages-intérêts par ailleurs payables pour congédiement injustifié. Les prestations étaient versées à titre d'indemnité pour perte de salaire pendant que le demandeur était incapable de travailler, le demandeur n'avait pas cotisé au régime et des considérations de principe favorisaient la déduction.

[47] Dans les deux cas où l'exception relative à l'assurance privée *n*'a *pas* été appliquée (*Ratych* et *Sylvester*), il était question de prestations auxquelles le demandeur n'avait pas contribué et qui devaient servir à indemniser ce dernier pour la perte causée par le manquement du défendeur. Les tribunaux, y compris notre Cour, ont jugé que les prestations de retraite, qui ne constituent pas une indemnité pour perte de salaire découlant d'une incapacité à travailler et auxquelles l'employé contribue directement ou indirectement, étaient visées par l'exception relative à l'assurance privée : *Guy*; *Gill*; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd*. (1992), 2 C.C.P.B. 101 (C.J. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1993), 2 C.C.P.B. 99 (C.J. Ont. (C. div.)); *Emery c. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302 (Div. gén.); *Parry*.

[48] IBM relies on *Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 86, 301 N.R. 321, but, in my view, this reliance is misplaced. The human rights complainant in that case, Master Corporal (retired) Carter, complained that his release from the Canadian Forces by virtue of his age constituted discrimination; in other words, his claim was not that his employer had failed to give him reasonable notice of termination, but that it could not lawfully terminate him. Following his release from service, a proper legislative basis for compulsory retirement was put in place, thus ending the discrimination. The question was whether the compensation awarded by the Human Rights Tribunal for lost wages during the period of discrimination should be reduced by the amount of pension benefits received during that period. The Federal Court of Appeal held that they should. However, it specifically declined to decide the case on the basis of the private insurance exception: para. 20. Instead, it reasoned that Master Corporal Carter should be treated as a member of the regular force during the period of discrimination. But, by virtue of the applicable provisions of the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17, a person may *either* be a member of the regular armed forces contributing to the superannuation account *or* a person who has ceased to be a member and entitled to benefits, but not both at the same time. On that basis, his claim for both pension benefits and his full salary was inconsistent with the nature of his claim and the governing legislation. This reasoning cannot apply to this case, however. The private insurance exception applies to wrongful dismissal actions: *Jack Cewe*. In addition, the contractual provisions here, unlike the statute that governed Master Corporal Carter's case, do not have any general bar against receiving full pension entitlement and employment income.

[48] IBM se fonde sur l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 86 (CanLII), mais elle le fait à tort, selon moi. Le caporal-chef Carter, le plaignant dans cette affaire de droits de la personne, affirmait que sa mise à la retraite par les Forces canadiennes, constituait de la discrimination en raison de l'âge; en d'autres mots, il ne prétendait pas que son employeur ne lui avait pas donné un préavis raisonnable, mais que l'employeur ne pouvait pas légalement le mettre à la retraite. Après cette mise à la retraite, des mesures législatives valides relatives à la retraite obligatoire ont été mises en place, ce qui a mis fin à la discrimination. La question était de savoir si l'indemnité accordée par le Tribunal des droits de la personne pour perte de salaire pendant la période au cours de laquelle le plaignant avait été victime de discrimination devait être réduite du montant des prestations de retraite versées au cours de cette période. La Cour d'appel fédérale a conclu que les prestations de retraite devaient être déduites. Cependant, elle a expressément refusé de trancher l'affaire sur le fondement de l'exception relative à l'assurance privée : par. 20. La cour a plutôt estimé que le caporal-chef Carter devait être traité comme un membre de la force régulière pendant la période au cours de laquelle il a été victime de discrimination. Toutefois, en vertu des dispositions applicables de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17, une personne est *soit* un membre de la force régulière qui contribue au compte de pension de retraite, *soit* un ancien membre qui a droit à des prestations, mais non les deux à la fois. Pour cette raison, M. Carter ne pouvait réclamer à la fois des prestations de retraite et son plein salaire, cela étant incompatible avec la nature de sa demande et les dispositions législatives applicables. Ce raisonnement ne peut toutefois pas s'appliquer en l'espèce. L'exception relative à l'assurance privée s'applique aux actions pour congédiement injustifié : *Jack Cewe*. De plus, les dispositions contractuelles en l'espèce, contrairement à la loi régissant le cas du caporal-chef Carter, n'interdisent pas qu'une personne touche la pension maximale et le revenu d'emploi.

[49] A second area of controversy concerns the basis of the private insurance exception. It has been explained on various grounds, which may be grouped under three main headings. One is concerned with the strength of the causal connection between receipt of the benefit and the defendant's breach, a second relates to the nature of the benefit, and a third concerns a variety of policy considerations that may be served by either deducting or not deducting the benefit.

[50] Before turning to those issues, however, I must address a contention advanced by my colleague Rothstein J. He maintains that application of the collateral benefit or private insurance exception is not appropriate where the plaintiff's cause of action and his right to a particular benefit arise from the same contract. I respectfully do not accept that there is or should be any such categorical "single contract" rule in relation to compensating advantages. This proposition is not consistent with this Court's jurisprudence.

[51] In *Jack Cewe*, unemployment insurance benefits were not deducted from wrongful dismissal damages. The Court held that the benefits were the "consequence of the contract of employment", making them similar to contributory pension benefits: p. 818. Thus, although the Court considered that the benefits and the claim for damages arose as a consequence of the same contract, the benefits were *not* deducted from the wrongful dismissal damages. Thus, my colleague's proposition is contradicted by a leading authority from this Court on the deduction of benefits from wrongful dismissal damages.

[52] The *Sylvester* case, from this Court, does not lay down any such broad "single contract" rule. If that had been the Court's view, it would have provided a much simpler solution to the issue in *Sylvester* than the one it unanimously adopted. Of course, in *Sylvester*, the sick leave benefits and the claim for wrongful dismissal damages both arose

[49] Le deuxième point controversé concerne le fondement de l'exception relative à l'assurance privée. Pour expliquer cette exception, diverses raisons ont été avancées et peuvent être regroupées sous trois rubriques principales. La première a trait à l'importance du lien de causalité entre l'obtention de la prestation et le manquement du défendeur. La deuxième se rapporte à la nature de la prestation et la troisième touche aux différents objectifs de politique générale pouvant être atteints selon que la prestation est ou n'est pas déduite.

[50] Cependant, avant d'aborder ces questions, je dois traiter d'une prétention de mon collègue le juge Rothstein. À son avis, il ne convient pas d'appliquer l'exception relative à la prestation parallèle ou à l'assurance privée lorsque la cause d'action du demandeur et son droit à une prestation donnée découlent du même contrat. Soit dit en toute déférence, je n'accepte pas l'idée qu'il existe ou qu'il devrait exister une règle aussi catégorique du « contrat unique » applicable aux avantages compensatoires. Cette thèse n'est pas conforme à la jurisprudence de notre Cour.

[51] Dans *Jack Cewe*, les prestations d'assurance-emploi n'ont pas été déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. La Cour a conclu que les prestations étaient « une conséquence du contrat de louage de service », les assimilant aux prestations de pension contributive : p. 818. Ainsi, même si la Cour estimait que les prestations et la réclamation de dommages-intérêts découlaient du même contrat, les prestations *n'*ont *pas* été déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. La thèse de mon collègue est donc contredite par un arrêt de principe de notre Cour relatif à la déduction des prestations des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié.

[52] Notre Cour n'établit aucune règle du « contrat unique » aussi générale dans son arrêt *Sylvester*. Si elle avait vu les choses de cette façon, la Cour aurait trouvé une solution beaucoup plus simple à la question en litige dans l'arrêt *Sylvester* que celle qu'elle a unanimement adoptée. Certes, dans *Sylvester*, les prestations pour congé de maladie

from the contract of employment, but the Court did not rely on, or even mention, the broad "single contract" rule advanced by my colleague. On the contrary, Major J., writing for the Court, was careful *not* to articulate any broad "single contract" rule in relation to compensating advantages. He stated that

> [t]here may be cases where an employee will seek benefits in addition to damages for wrongful dismissal on the basis that the disability benefits are akin to benefits from a private insurance plan for which the employee has provided consideration. This is not the case here. . . . The issue whether disability benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal where the employee has contributed to the disability benefits plan was not before the Court. [Emphasis added; para. 22.]

Of course, whether the employee contributes to the benefits or not, they equally arise under the employment contract. The fact that the Court explicitly left this point open is inconsistent with the Court intending to adopt the broad "single contract" rule espoused by Rothstein J. *Sylvester* teaches that, where a cause of action and a benefit arise under the contract of employment, we must look first to that contract to determine the issue of whether an employment benefit should be deducted from wrongful dismissal damages. As in *Sylvester*, Mr. Waterman's contract of employment is silent on this issue, so we must attempt to discern the parties' intentions in light of the express terms of the contract of employment.

[53] I return to the three areas of controversy in relation to the basis of the private insurance exception.

(i) Strength of Connection to the Defendant's Breach

[54] The strength-of-connection factor has often been referred to in the cases. The argument is that private insurance benefits (and benefits considered analogous to them) should not be deducted because they result from the plaintiff's contract of

et la réclamation de dommages-intérêts pour congédiement injustifié découlaient toutes deux du contrat de travail, mais la Cour n'a pas invoqué, ni même mentionné, la règle générale du « contrat unique » posée par mon collègue. Au contraire, le juge Major, s'exprimant au nom de la Cour, a pris soin de ne formuler *aucune* règle générale du « contrat unique » applicable aux avantages compensatoires. Il a affirmé ce qui suit :

> Il est possible qu'il se présente des cas où l'employé demandera des prestations en sus des dommages-intérêts pour congédiement injustifié, pour le motif que les prestations d'invalidité s'apparentent aux prestations d'un régime privé d'assurance auquel il a cotisé. Ce n'est pas le cas en l'espèce. [. . .] Notre Cour n'était pas saisie de la question de savoir si les prestations d'invalidité devraient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié lorsque l'employé a cotisé au régime de prestations d'invalidité. [Je souligne; par. 22.]

Bien sûr, les prestations découlent du contrat de travail, que l'employé cotise ou non au régime d'assurance. Le fait que la Cour ait explicitement laissé cette question en suspens est incompatible avec l'idée qu'elle ait voulu adopter la règle générale du « contrat unique » proposée par le juge Rothstein. L'arrêt *Sylvester* nous enseigne que, lorsqu'une cause d'action et une prestation découlent du contrat de travail, il nous faut d'abord examiner ce contrat pour déterminer si une prestation d'emploi doit être déduite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Tout comme dans l'affaire *Sylvester*, le contrat de travail de M. Waterman ne précise rien sur ce point, et il nous faut donc tenter de dégager l'intention des parties à partir des termes exprès de ce contrat.

[53] Je reviens aux trois points controversés relativement au fondement de l'exception relative à l'assurance privée.

(i) L'importance du lien de causalité avec le manquement du défendeur

[54] La jurisprudence a souvent fait état de l'importance du lien de causalité. On prétend que les prestations d'assurance privée (et les prestations jugées analogues) ne devraient pas été déduites parce qu'elles découlent du contrat d'assurance du

insurance, not from the defendant's wrongful act. This was part of the reasoning in *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1, but at the distance of 140 years, this analysis seems artificial. Moreover, scholars have pointed out that decisions about legal as opposed to factual causation often simply disguise the true policy reasons underlying the decisions: see, e.g., Ogus, at p. 94; Burrows, at p. 162. In the leading English case on the private insurance exception, *Parry*, Lord Pearce commented that strict principles of causation do not provide a "satisfactory line of demarcation" between benefits that are and are not deductible: p. 34. While, as discussed, considering the connection between the breach and the benefit helps to identify that there is an issue about whether the benefit should be deducted, principles of causation do not provide reliable markers of whether a benefit should be deducted or not.

(ii) The Nature and Purpose of the Benefit

[55] The nature and purpose of the benefit, on the other hand, is often a better explanation of why private insurance benefits should or should not be deducted. Two factors relating to the nature of the benefit have been particularly important: whether the benefit is an indemnity for the loss caused by the defendant's breach and whether the plaintiff has directly or indirectly paid for the benefit.

[56] I will not attempt to lay down general principles that will cover all possible types of benefits. However, as we shall see, a review of this Court's jurisprudence supports the following general propositions (subject, of course, to statutory or contractual provisions to the contrary).

- Benefits have *not* been deducted if (a) they *are not* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach *and* (b) the plaintiff has contributed to the entitlement to the benefit: *Gill*; *Guy.*

demandeur, non de l'acte fautif du défendeur. C'est là en partie le raisonnement suivi dans *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1, mais 140 ans plus tard, cette analyse semble artificielle. De plus, des auteurs ont souligné que les décisions portant sur la causalité juridique plutôt que factuelle cachent souvent les vraies raisons de principe sous-jacentes aux décisions : voir, p. ex., Ogus, p. 94; Burrows, p. 162. Dans *Parry*, l'arrêt de principe anglais qui portait sur l'exception relative à l'assurance privée, lord Pearce a fait remarquer que les principes stricts de la causalité ne permettent pas d'établir une [TRADUCTION] « ligne de démarcation satisfaisante » entre les prestations qui sont déductibles et celles qui ne le sont pas : p. 34. Comme nous l'avons vu, si l'examen du lien entre le manquement et la prestation contribue à déterminer que la question de la déductibilité de la prestation pose problème, les principes de la causalité n'offrent aucun indicateur fiable permettant de décider si une prestation devrait ou non être déduite.

(ii) La nature et l'objet de la prestation

[55] Par contre, la nature et l'objet de la prestation expliquent souvent mieux les raisons pour lesquelles des prestations d'assurance privée devraient ou non être déduites. Deux facteurs relatifs à la nature de la prestation se sont avérés particulièrement importants : la question de savoir si la prestation constitue une indemnité pour la perte causée par le manquement du défendeur, et la question de savoir si le demandeur a directement ou indirectement payé pour obtenir la prestation.

[56] Je n'essaierai pas d'énoncer des principes généraux applicables à tous les types de prestations possibles. Cependant, comme nous le verrons plus loin, un examen de la jurisprudence de la Cour étaye les propositions générales suivantes (sous réserve, bien sûr, de dispositions législatives ou contractuelles à l'effet contraire) :

- Les prestations *n*'ont *pas* été déduites si a) elles *n*'étaient *pas* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement *et* b) le demandeur a payé pour avoir droit aux prestations : *Gill*; *Guy*.

- Benefits have *not* been deducted where the plaintiff has contributed to an indemnity benefit: *Jack Cewe*; *Cunningham*.

- Benefits *have* been deducted when they *are* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach but the plaintiff has not contributed in order to obtain entitlement to the benefit: *Sylvester*; *Ratych*.

[57] The pension benefit in this case was not intended to be an indemnity for lost wages and Mr. Waterman contributed to the acquisition of his pension through his years of service. This, no doubt, is why it has never been argued that the benefits should be deducted under the principle of mitigation. The pension benefit, therefore, is the type of benefit which should not be deducted. The reasoning leading me to this conclusion follows.

[58] I begin my review with the decision of the House of Lords in *Parry*, which is the foundation of much of the Canadian jurisprudence. Lord Reid ultimately based his conclusion that the benefit (a pension) should not be deducted based on its "intrinsic nature": "A pension is intrinsically of a different kind from wages. . . . [W]ages are a reward for contemporaneous work, but . . . a pension is the fruit, through insurance, of all the money which was set aside in the past in respect of his past work. They are different in kind": p. 16. Lord Pearce also considered the nature and purpose of the benefit when he asked: "Is there anything else in the nature of these pension rights derived from work which puts them into a different class from pension rights derived from private insurance? Their 'character' is the same": p. 37. Lord Wilberforce also focused on the nature of the pension benefit, noting that it did not prevent the injured officer from taking other paid employment, whether it be for a wage that was less, equal to or more than his police officer's salary: p. 42.

- Les prestations *n'*ont *pas* été déduites dans les cas où le demandeur a contribué à une prestation indemnitaire : *Jack Cewe*; *Cunningham*.

- Les prestations *ont* été déduites dans les cas où elles *étaient* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement, mais le demandeur n'a pas payé pour avoir droit aux prestations : *Sylvester*; *Ratych*.

[57] Les prestations de retraite en l'espèce n'étaient pas destinées à dédommager M. Waterman d'une perte de salaire et ce dernier a contribué à l'acquisition de sa pension pendant ses années de service. C'est certainement la raison pour laquelle il n'a jamais été allégué que les prestations devraient être déduites suivant le principe de la limitation du préjudice. La prestation de pension est donc du genre de celles qui ne devraient pas être déduites. Voici le raisonnement qui m'amène à cette conclusion.

[58] J'examine d'abord la décision rendue par la Chambre des lords dans *Parry*, qui constitue l'assise d'une grande partie de la jurisprudence canadienne. Lord Reid a en définitive basé sa conclusion selon laquelle la prestation (une pension) ne devrait pas être déduite sur le fait de sa [TRADUCTION] « nature intrinsèque » : « De par sa nature, une pension est différente d'un salaire. [. . .] Le salaire est la rétribution immédiate d'un travail [. . .] tandis qu'une pension représente le fruit, produit par l'assurance, de la totalité des fonds mis de côté dans le passé relativement à son travail. Leur nature est différente » : p. 16. Lord Pearce a aussi tenu compte de la nature et de l'objet de la prestation lorsqu'il s'est posé la question suivante : « Existe-t-il, dans la nature de ces droits à pension découlant d'un travail, un autre élément qui les place dans une catégorie différente des droits à pension découlant d'une assurance privée? Leur "caractère" est le même » : p. 37. Lord Wilberforce a aussi insisté sur la nature de la prestation de retraite, soulignant qu'elle n'empêchait pas l'agent blessé d'accepter un autre travail rémunéré, que le salaire soit inférieur, égal ou supérieur à son salaire d'agent de police : p. 42.

[59] The nature and purpose of the benefit was central to the minority's reasoning in *Cunningham*. While the majority was concerned with authority, fairness and deterrence, the minority refocused the analysis on the nature of the benefit, distinguishing between "indemnity" and "non-indemnity" insurance. The former should be deductible, while the latter should not:

> This distinction is critical to a discussion of collateral benefits. If the insurance money is not paid to indemnify the plaintiff for a pecuniary loss, but simply as a matter of contract on a contingency, then the plaintiff has not been compensated for any loss. He may claim his entire loss from the negligent defendant without violating the rule against double recovery. [pp. 371-72]

[60] Importantly, the minority judges accepted that the dominant tide of the jurisprudence in the common law world is that non-indemnity pension benefits should not be deducted: *Cunningham*, at p. 376. Although they mostly do not rely on the private insurance exception, Commonwealth decisions conclude that pension benefits should not be deducted from a damages award because pension benefits are not meant to compensate the plaintiff for the injury or breach of contract or to act as wage replacement. See for example: *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Parry*; *Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502 (H.L.). In *Hopkins v. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565 (Q.B.), the High Court applied this reasoning to the deductibility of pension benefits in a wrongful dismissal suit. The reasoning is also consistent with the decision of the U.K. Employment Appeal Tribunal in *Knapton v. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084. The non-deductibility of pension benefits was affirmed by the New Zealand Court of Appeal in *Gilbert v. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72. This is consistent with the approach in *Guy*, discussed earlier, which concerned pension benefits that were clearly not intended to be an indemnity for loss of earnings

[59] Dans *Cunningham*, les juges minoritaires ont axé leur raisonnement sur la nature et l'objet de la prestation. Les juges majoritaires s'intéressaient aux précédents, à l'équité et à la dissuasion, mais les juges minoritaires ont réorienté l'analyse sur la nature de la prestation, en établissant une distinction entre l'assurance à caractère « indemnitaire » et l'assurance à caractère « non indemnitaire ». La première devrait être déduite alors que la seconde ne devrait pas l'être :

> Cette distinction est cruciale pour toute analyse des prestations parallèles. Si le montant de l'assurance n'est pas versé pour dédommager le demandeur d'une perte pécuniaire mais qu'il est simplement payé dans le cadre d'un contrat relatif à un événement aléatoire, le demandeur n'a pas été indemnisé d'une perte. Il peut donc réclamer la totalité de sa perte au défendeur négligent sans violer la règle interdisant la double indemnisation. [p. 371-372]

[60] Fait important, les juges minoritaires ont reconnu que, suivant la tendance dominante de la jurisprudence des pays de common law, les prestations de retraite non indemnitaires ne devraient pas être déduites : *Cunningham*, p. 376. Même si la plupart des décisions du Commonwealth ne sont pas fondées sur l'exception relative à l'assurance privée, on y conclut que les prestations de retraite ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts parce qu'elles ne sont pas destinées à dédommager le demandeur d'un préjudice ou d'une rupture de contrat, pas plus qu'elles ne visent à remplacer le revenu. Voir par exemple : *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Parry*; *Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502 (H.L.). Dans *Hopkins c. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565 (B.R.), la Haute Cour a appliqué ce raisonnement à la déductibilité des prestations de retraite dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié. Ce précédent a été suivi par le Tribunal d'appel du travail du R.-U. dans *Knapton c. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084. La non-déductibilité des prestations de retraite a été confirmée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans *Gilbert c. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

due to an inability to work. They were held not to be deductible from damages for loss of earnings payable by those responsible for the plaintiff's inability to work.

Cette démarche est conforme à celle suivie dans l'arrêt *Guy*, dont il est question précédemment, lequel traitait de prestations de retraite qui n'étaient manifestement pas destinées à dédommager d'une perte de gains attribuable à une incapacité à travailler. Selon cet arrêt, les prestations n'étaient pas déductibles des dommages-intérêts au titre de la perte de gains que devaient payer les personnes responsables de l'incapacité à travailler du demandeur.

[61] The nature of the benefit was also an important factor in the Court's decision to deduct employer-funded disability payments from wrongful dismissal damages in *Sylvester*. The Court's analysis looked first to the nature and purpose of the benefit and, in particular, to the question of whether the benefit is in the nature of an indemnity for the sort of loss caused by the defendant's breach of contract. The fact that the benefit was intended to be an indemnity for wage loss was one of the reasons for the Court's conclusion that the benefit should be deducted.

[61] Dans *Sylvester*, la nature de la prestation a également été un facteur important dans la décision de la Cour de déduire des dommages-intérêts payables pour congédiement injustifié les prestations d'invalidité financées par l'employeur. Dans son analyse, la Cour a d'abord examiné la nature et l'objet de la prestation et, plus particulièrement, la question de savoir si la prestation constituait une indemnité pour le type de perte causée par la rupture du contrat par le défendeur. Le fait que la prestation était destinée à dédommager d'une perte de revenus figure parmi les raisons qui ont amené la Cour à conclure que la prestation devrait être déduite.

[62] Reliance on the distinction between indemnity and non-indemnity benefits is sound in principle. As McLachlin J. pointed out in her dissenting reasons in *Cunningham*, if the benefit "is not paid to indemnify the plaintiff for a pecuniary loss, but simply as a matter of contract on a contingency", the benefit cannot be seen as having compensated the plaintiff for that pecuniary loss: pp. 371-72. If that is the case, the arguments in favour of deducting the benefit are weaker in the sense that IBM is asking to deduct apples from oranges.

[62] Il est justifié sur le plan des principes de se fonder sur la distinction entre les prestations indemnitaires et non indemnitaires. Comme l'a signalé la juge McLachlin dans les motifs dissidents qu'elle a rédigés dans l'arrêt *Cunningham*, si la prestation « n'est pas versé[e] pour dédommager le demandeur d'une perte pécuniaire, mais qu'[elle] est simplement payé[e] dans le cadre d'un contrat relatif à un événement aléatoire », on ne peut considérer qu'elle a dédommagé le demandeur de cette perte pécuniaire : p. 372. Si c'est le cas, les arguments invoqués en faveur de la déductibilité de la prestation sont plus faibles en ce sens que IBM demande que des pommes soient déduites des oranges.

[63] The fact that Mr. Waterman's pension comes from a defined benefit plan does not change its nature as a non-indemnity benefit.

[63] Le fait que la pension de M. Waterman provient d'un régime à prestations déterminées n'en change pas la nature, soit qu'il s'agit d'une prestation non indemnitaire.

[64] The Court in *Sylvester* also considered another factor — that the plaintiff had not contributed to obtain the benefit by paying for it directly or indirectly — in support of its conclusion that the benefit should be deducted from the damages. This factor has often been mentioned and relied on in the cases.

[65] For example, the Court first applied *Parry* in the 1973 case of *Gill*, and reaffirmed it in *Guy*. In both cases, the Court emphasized that the plaintiff had directly or indirectly paid for the benefit in question. As Ritchie J., writing for the Court, put it in *Guy*:

> . . . this contributory pension is derived from the appellant's contract with his employer and . . . the payments made pursuant to it are akin to payments under an insurance policy. This view is in accord with the judgment of the House of Lords in *Parry v. Cleaver*, which was expressly approved in this Court in the reasons for judgment of Mr. Justice Spence in *Canadian Pacific Ltd. v. Gill* . . . . [p. 762]

[66] This line of reasoning was repeated in *Jack Cewe*, which held that contributory unemployment insurance benefits were not deductible from wrongful dismissal damages. This factor was also an important one in *Cunningham*. As Cory J. put it, on behalf of the majority: "The application of the insurance exception to benefits received under a contract of employment should not be limited to cases where the plaintiff is a member of a union and bargains collectively. Benefits received under the employment contracts of non-unionized employees will also be non-deductible if proof is provided of payment in some manner by the employee for the benefits": p. 408 (emphasis added). The majority found that there was evidence of such payment and held that the benefit should not be deducted.

[67] While the cases from this Court have referred to whether the plaintiff has directly or indirectly contributed to the benefit, there are strong arguments against giving this consideration much weight as an explanation of why particular benefits

[64] Dans *Sylvester*, la Cour a aussi tenu compte d'un autre facteur — soit que le demandeur n'avait pas cotisé en vue d'obtenir la prestation en la payant directement ou indirectement — pour étayer sa conclusion selon laquelle la prestation devait être déduite des dommages-intérêts. Ce facteur a souvent été évoqué et retenu dans la jurisprudence.

[65] Par exemple, la Cour a d'abord appliqué le raisonnement adopté dans *Parry* dans l'arrêt *Gill* rendu à 1973 et l'a confirmé dans *Guy*. Dans ces deux arrêts, la Cour a souligné le fait que le demandeur avait payé directement ou indirectement afin d'obtenir la prestation en question. Comme l'a dit au nom de la Cour le juge Ritchie dans *Guy* :

> . . . cette pension contributive provient du contrat de l'appelant avec son employeur et [. . .] les paiements faits en vertu de celle-ci sont de même nature que les paiements faits aux termes d'une police d'assurance. Cette opinion concorde avec le jugement de la Chambre des lords dans *Parry v. Cleaver*, que cette Cour a expressément approuvé dans les motifs de jugement du juge Spence dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Gill* . . . [p. 762]

[66] Ce raisonnement a été repris dans l'arrêt *Jack Cewe*, où la Cour a conclu que les prestations d'assurance-emploi contributives n'étaient pas déductibles des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Ce facteur a aussi joué un rôle important dans *Cunningham*. Comme l'a indiqué le juge Cory au nom des juges majoritaires : « L'exception visant les assurances ne devrait pas s'appliquer aux avantages conférés en vertu d'un contrat de travail seulement lorsque le demandeur est syndiqué et négocie collectivement. Les prestations reçues par un employé non syndiqué en vertu de son contrat de travail seront également non déductibles s'il est démontré que l'employé a d'une certaine manière payé les avantages conférés » : p. 408 (je souligne). Les juges majoritaires ont conclu que cette contribution avait été établie et que la prestation ne devait pas être déduite.

[67] Bien que les arrêts de notre Cour posent la question de savoir si le demandeur a directement ou indirectement contribué à la prestation, des arguments solides militent contre l'idée d'accorder beaucoup d'importance à ce facteur pour justifier

should or should not be deducted. As McLachlin J. pointed out in her partial dissent in *Cunningham*, reliance on this factor may be seen as inconsistent with legal principle and logic. With respect to legal principle, the defendant takes the plaintiff as he or she is and the plaintiff is compensated for his or her actual loss and no more. As a matter of logic, it does not seem right to say that deducting the benefits deprives the plaintiff of the contributions made to gain entitlement to those benefits — whether deducted from damages or not, the plaintiff receives the benefits: *Cunningham*, at pp. 381-83; for a critique of reliance on this factor, see also Ogus, at pp. 226-27.

[68] The pension benefits in issue in this case are not an indemnity for loss of wages and, as we shall see, pension benefits earned through years of service are invariably found to be contributory. The fact that the pension plan here is a defined benefit plan does not detract from that conclusion. As a result, the problem highlighted in the difference between the majority and the dissent in *Cunningham*, i.e. how to treat indemnity benefits to which the plaintiff contributed, does not arise in this case.

[69] I conclude from this review that whether the benefit is in the nature of an indemnity for the loss caused by the defendant's breach and whether the plaintiff has directly or indirectly paid for the benefit have been important explanations of why particular benefits fall, or do not fall, within the private insurance exception. The Court has been sharply and closely divided on the issue of the deduction for an indemnity benefit to which the plaintiff has contributed. However, there is no decision of the Court of which I am aware that has required deduction of a non-indemnity benefit to which the plaintiff has contributed, like the pension benefits in this case.

la déductibilité ou la non-déductibilité de certaines prestations. Comme l'a signalé la juge McLachlin dans ses motifs dissidents de l'arrêt *Cunningham*, le fait de s'appuyer sur ce facteur peut sembler incompatible avec les principes juridiques et la logique. En ce qui concerne les principes juridiques, le défendeur prend le demandeur dans la situation dans laquelle ce dernier se trouve et le demandeur est dédommagé de la perte qu'il a réellement subie, sans plus. En toute logique, il semble incorrect de dire que la déduction des prestations prive le demandeur des contributions qu'il a versées pour être admissible à ces prestations — qu'elles soient ou non déduites des dommages-intérêts, le demandeur reçoit les prestations : *Cunningham*, p. 381-383; pour une critique de l'importance accordée à ce facteur, voir aussi Ogus, p. 226-227.

[68] Les prestations de retraite en l'espèce ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus et, comme nous le verrons, les prestations de retraite accumulées au fil des années de service sont invariablement jugées contributives. Le fait que le régime de retraite en l'espèce soit un régime à prestations déterminées ne change rien à cette conclusion. Par conséquent, le problème qui ressort de ce qui oppose l'opinion majoritaire et la dissidence dans *Cunningham*, c.-à-d. la façon dont il convient de traiter les prestations indemnitaires auxquelles le demandeur a contribué, ne se pose pas en l'espèce.

[69] Je conclus de cet examen que les questions de savoir si la prestation est de la nature d'une indemnité pour la perte attribuable au manquement du défendeur, et si le demandeur a contribué directement ou indirectement à la prestation, ont joué un rôle important lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi certaines prestations sont ou ne sont pas visées par l'exception relative à l'assurance privée. Les opinions exprimées par la Cour ont été nettement et étroitement partagées sur la question de la déduction d'une prestation indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué. Cependant, à ma connaissance, aucune décision de la Cour n'a exigé la déduction d'une prestation non indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué, comme les prestations de retraite en l'espèce.

(iii) Broader Policy Considerations

[70] Three main policy considerations have often been advanced to explain why a benefit should or should not be deducted: punishment, deterrence, and the provision of incentives for socially responsible behaviour.

[71] The private insurance exception has often been justified on the basis that deducting the benefit from the damages reduces their punitive and deterrent value. However, the notion that the exception was intended to have a punitive and deterrent value has been widely, and, in my view, soundly, criticized. Authors agree that punitive and deterrent value ought not to be relied on to explain why a benefit is or is not deducted: see J. G. Fleming, "The Collateral Source Rule and Contract Damages" (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56, at pp. 58-59; J. Marks, "Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not" (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387, at p. 1420; J. M. Perillo, "The Collateral Source Rule in Contract Cases" (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, at p. 716; Ogus, at p. 225; Burrows, at pp. 162-63. This view is supported by both the High Court of Australia and the House of Lords: see *National Insurance Co.*, at p. 571, *per* Dixon C.J., and *Parry*, at p. 33. In *Parry*, Lord Pearce put it this way at p. 33: "The word 'punitive' gives no help. It is simply a word used when a court thinks it unfair that a defendant should be saddled with liability for a particular item." I would add that it is hard to defend punishment and deterrence as rationales against the incisive critique advanced by McLachlin J. in her dissenting reasons in *Cunningham*, at pp. 383-84. I conclude that it is unsound to rely on a punitive or deterrent justification for the private insurance exception, particularly in breach of contract cases where fault is not an operating concept.

(iii) Considérations de principe plus générales

[70] Trois considérations de principe principales ont souvent été invoquées pour expliquer pourquoi une prestation devrait ou ne devrait pas être déduite : la punition, la dissuasion ainsi que des facteurs d'incitation en vue de l'adoption d'une conduite socialement responsable.

[71] L'exception relative à l'assurance privée a souvent été justifiée par le fait que la déduction de la prestation réduit la valeur punitive et dissuasive des dommages-intérêts. Cependant, la notion que cette exception devait avoir une valeur punitive et dissuasive a été largement critiquée, à bon droit à mon avis. Les auteurs s'entendent pour dire qu'il ne faut pas se fonder sur ces facteurs pour expliquer pourquoi une prestation est ou n'est pas déduite : voir J. G. Fleming, « The Collateral Source Rule and Contract Damages » (1983), 71 *Cal. L .Rev.* 56, p. 58-59; J. Marks, « Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not » (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387, p. 1420; J. M. Perillo, « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev*. 705, p. 716; Ogus, p. 225; Burrows, p. 162-163. Ce point de vue a été retenu tant par la Haute Cour d'Australie que par la Chambre des lords : voir *National Insurance Co.*, p. 571, le juge en chef Dixon, et *Parry*, p. 33. Dans *Parry*, lord Pearce s'est exprimé comme suit à la p. 33 : [TRADUCTION] « Le mot "punitif" n'est d'aucune utilité. Il s'agit simplement d'un mot utilisé quand un tribunal estime injuste qu'un défendeur soit tenu au paiement de dommages-intérêts relativement à un article donné. » J'ajouterais qu'il est difficile d'invoquer la punition et la dissuasion pour écarter la critique incisive faite par la juge McLachlin dans les motifs dissidents qu'elle a rédigés dans *Cunningham*, p. 383-384. Je conclus qu'il ne convient pas d'invoquer la punition ou la dissuasion pour justifier l'exception relative à l'assurance privée, surtout dans les cas de rupture de contrat où la notion de faute ne s'applique pas.

[72] This is not to say, however, that the approach to damages does or should ignore the underlying purposes of the substantive obligations the breach of which they seek to remedy. If, for example, an important purpose of the law of contracts is to protect the reasonable expectations of the parties to a contract, it is appropriate to consider how well the award of damages furthers that purpose in a particular case: see, e.g., A. Swan and J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §1.27. This consideration may be taken into account along with the other principles of damages law in order to ensure that there is a good "remedial fit" between the breach of obligation and the remedy.

[73] The private insurance exception has also been justified by the incentives it may provide. For example, deducting benefits that plaintiffs have provided for themselves might discourage plaintiffs from acting prudently in obtaining that sort of protection. This, however, has been a controversial explanation. The majority relied on it in *Cunningham*, but it was trenchantly criticized by the dissent and a similar critique has been made by scholars: see, e.g., Ogus, at pp. 226-27.

[74] In my view, we should be cautious about relying too heavily on the incentives that may result from deducting or not deducting. There will sometimes be little basis in fact for supposing that either deducting or not deducting certain benefits will have any impact on people's behaviour. For example, do we think it likely that deducting insurance benefits will discourage people from buying insurance? The coverage is not limited to situations in which there will be legal recourse against a defendant. Even when legal recourse is available, it will likely require a longer and more expensive process, as compared to making an insurance claim. Nor is it likely that people will be less ready to buy insurance if they are not doubly compensated in cases in which fault can be established. It seems to me that we should generally rely on these broader

[72] Cela ne veut toutefois pas dire que l'approche applicable à l'égard des dommages-intérêts ne tient pas compte, ou ne devrait pas tenir compte, des objets sous-jacents aux obligations substantielles non respectées auxquelles on veut remédier par l'attribution de dommages-intérêts. Si, par exemple, la protection des attentes raisonnables des parties à un contrat constitue l'un des objectifs importants du droit contractuel, il convient alors d'examiner dans quelle mesure l'attribution de dommages-intérêts favorise cet objectif dans une affaire donnée : voir, p. ex., A. Swan et J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3e éd. 2012), §1.27. Ce facteur peut être pris en considération, ainsi que les autres principes du droit afférent aux dommages-intérêts, pour faire en sorte que la réparation soit bien adaptée au manquement à l'obligation.

[73] L'exception relative à l'assurance privée a aussi été justifiée par les facteurs d'incitation qu'elle peut offrir. Par exemple, déduire les prestations que les demandeurs se sont procurées est susceptible de décourager les demandeurs d'agir prudemment lorsqu'ils prennent une mesure de protection de ce genre. Cette explication suscite toutefois une certaine controverse. Les juges majoritaires se sont fondés sur cette explication dans *Cunningham*, mais les juges dissidents, ainsi que certains auteurs, l'ont vigoureusement critiquée : voir, p. ex., Ogus, p. 226-227.

[74] À mon avis, nous devons nous garder d'accorder trop de poids aux facteurs d'incitation qui peuvent résulter de la déduction ou la non-déduction. Parfois, peu d'éléments nous permettront de croire que la déduction ou la non-déduction de certaines prestations aura une incidence sur le comportement des gens. Par exemple, croyons-nous qu'il soit probable que la déduction des prestations d'assurance aura pour effet de décourager les gens à souscrire une assurance? Le contrat d'assurance ne couvre pas seulement les situations qui se prêteront à un recours judiciaire contre un défendeur. Même lorsqu'un recours est possible, le processus peut s'avérer plus long et plus coûteux que le dépôt d'une réclamation d'assurance. Il n'est pas non plus vraisemblable de penser que les gens seront réticents à souscrire une assurance

policy concerns only when they are directly related to the particular benefit in issue and when there is some reasonable basis in fact or experience to suppose that deducting or not deducting will actually serve the policy objective.

[75] *Sylvester* provides an example of grounding policy considerations in the facts of the case. The result in that case was supported by the fact that deducting the disability benefits from wrongful dismissal damages ensured that all affected employees would receive equal damages: if the benefits were not deducted, a dismissed employee collecting disability benefits would receive more compensation than would the employee who is dismissed while working (para. 21). In the same paragraph, the Court considered the incentives created by the deduction or non-deduction of the disability benefits: failing to deduct the disability benefits could be an undesirable deterrent to employers establishing disability benefit plans. These concerns are directly related to the benefits in question and have a reasonable basis in fact.

[76] From this review of the authorities, I reach these conclusions:

(a) There is no single marker to sort which benefits fall within the private insurance exception.

(b) One widely accepted factor relates to the nature and purpose of the benefit. The more closely the benefit is, in nature and purpose, an indemnity against the type of loss caused by the defendant's breach, the stronger the case for deduction. The converse is also true.

s'ils ne reçoivent pas une double indemnité dans les cas où une faute peut être établie. Il me semble qu'en général nous devrions nous fonder sur ces considérations de principe plus générales seulement lorsqu'elles sont directement liées à la prestation en question et qu'un fondement factuel raisonnable ou l'expérience nous permettent de penser que la déduction ou la non-déduction favoriseront effectivement l'objectif recherché.

[75] L'arrêt *Sylvester* offre un exemple où l'on a fondé les considérations de principes sur les faits en cause. La décision rendue dans cette affaire s'appuyait sur le fait que la déduction des prestations d'invalidité des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié garantissait que tous les employés touchés recevraient des dommages-intérêts équivalents. Si les prestations n'étaient pas déduites, un employé congédié pendant qu'il touche des prestations d'invalidité obtiendrait une indemnité plus élevée que l'employé congédié pendant qu'il travaille (par. 21). Dans ce même paragraphe, la Cour a examiné les facteurs d'incitation résultant de la déduction ou la non-déduction des prestations d'invalidité — le fait de ne pas déduire les prestations pourrait constituer, pour les employeurs qui établissent des régimes de prestations d'invalidité, un facteur de dissuasion qui n'est pas souhaitable. Ces préoccupations sont directement liées aux prestations en question et ont un fondement factuel raisonnable.

[76] Cet examen de la jurisprudence et de la doctrine me permet de tirer les conclusions suivantes.

a) Aucun facteur unique ne permet de déterminer les prestations qui sont visées par l'exception relative à l'assurance privée.

b) Un facteur largement reconnu a trait à la nature et à l'objet de la prestation. Plus la prestation s'apparente, de par sa nature et son objet, à un dédommagement du type de perte causée par le manquement du défendeur, plus les circonstances militent en faveur de la déduction. L'inverse est aussi vrai.

(c) Whether the plaintiff has contributed to the benefit remains a relevant consideration, although the basis for this is debatable.

(d) In general, a benefit will not be deducted if it is *not an indemnity* for the loss caused by the breach and the plaintiff *has contributed* in order to obtain entitlement to it.

(e) There is room in the analysis of the deduction issue for broader policy considerations such as the desirability of equal treatment of those in similar situations, the possibility of providing incentives for socially desirable conduct, and the need for clear rules that are easy to apply.

(3) Application to This Case

[77] Where would these factors lead us in this case? In my view, they clearly support not deducting the retirement pension benefits from wrongful dismissal damages. The retirement pension is not an indemnity for wage loss, but rather a form of retirement savings. While the employer made all of the contributions to fund the plan, Mr. Waterman earned his entitlement to benefits through his years of service. As the plan states, its primary purpose is "to provide periodic pension payments to eligible employees . . . after retirement . . . in respect of their service as employees": art. 1.01, A.R., at p. 117. Thus, it seems to me that this case falls into the category of cases in which the insurance exception has always been applied: the benefit is not an indemnity and the employee contributed to the benefit. This result is consistent with the dominant view in the case law and among legal scholars: *Guy*; *Gill*; *Chandler*; *Emery*; *Parry*; Ogus, at p. 223.

[78] To conclude, the compensation principle should not be applied strictly in this case because the pension benefits fall within the private

c) La question de savoir si le demandeur a contribué à la prestation demeure pertinente, bien que son fondement soit discutable.

d) En général, une prestation ne sera pas déduite s'il *ne* s'agit *pas d'une indemnité* pour la perte causée par le manquement du défendeur et le demandeur *a contribué* dans le but d'y avoir droit.

e) L'analyse de la question de la déduction permet l'examen de considérations de principe plus générales, comme le fait qu'il soit souhaitable que toutes les personnes dans des situations semblables reçoivent un traitement équivalent, la possibilité d'offrir des incitations pour une conduite sociale souhaitable et la nécessité que des règles claires puissent facilement s'appliquer.

(3) Application à la présente affaire

[77] À quelle conclusion ces facteurs nous mènent-ils en l'espèce? À mon avis, ils militent clairement en faveur de la non-déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus, mais plutôt une forme d'épargne-retraite. Bien que l'employeur ait fait toutes les cotisations au régime, M. Waterman a acquis pendant ses années de service le droit de recevoir des prestations. Comme il est énoncé dans le régime, le principal objet consiste à [TRADUCTION] « assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles [. . .] après la retraite [. . .] pour les services qu'ils ont rendus à titre d'employés » : art. 1.01, d.a., p. 117. Par conséquent, il me semble que la présente espèce entre dans la catégorie des situations auxquelles l'exception relative à l'assurance s'est toujours appliquée : la prestation n'est pas une indemnité et l'employé a cotisé au régime. Cette conclusion concorde avec l'opinion la plus généralement admise dans la jurisprudence et la doctrine : *Guy*; *Gill*; *Chandler*; *Emery*; *Parry;* Ogus, p. 223.

[78] En conclusion, le principe d'indemnisation ne devrait pas être appliqué strictement en l'espèce parce que les prestations de retraite sont visées

insurance exception and should not be deducted from the wrongful dismissal damages.

C. *Does the Court's Decision in Sylvester Support IBM's Position That the Pension Benefits Must Be Deducted?*

[79] I turn to IBM's second main argument, that the Court's decision in *Sylvester* supports its position that the pension benefits must be deducted here. In my view *Sylvester* does not support that result.

[80] The issue in *Sylvester* was whether damages for wrongful dismissal should be reduced by the amount of disability benefits paid during the notice period from an employer-funded plan. The Court's analysis addressed three factors: the nature of the benefit, the intentions of the parties as reflected in the employment contract, and some broader policy considerations. When these factors are considered in light of the facts of this case, they lead to the opposite conclusion than they did in *Sylvester*.

[81] The Court in *Sylvester* began by looking at the nature of the benefit. Was it intended to be a substitute (i.e. an indemnity) for wages payable during the period of reasonable notice? For two reasons, the Court determined that they were. First, the disability benefits were a wage replacement benefit. It was clear from the terms of the plans that the benefits were intended to continue the employee's earnings in the event the employee was unable to work due to illness or injury. Second, the disability benefits would be reduced by other income received by the employee, including other disability income, wage continuation plan benefits, pension benefits, workers' compensation benefits and salary from other employment: para. 14. They were therefore not freestanding entitlements — they were linked to and defined by the extent of actual income loss. (As I have already noted, the Court was also careful not to opine on whether the result would be the same if the employee had

par l'exception relative à l'assurance privée et ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

C. *L'arrêt Sylvester de notre Cour appuie-t-il la thèse d'IBM selon laquelle les prestations de retraite doivent être déduites?*

[79] J'aborde maintenant le deuxième argument principal soulevé par IBM, soit que l'arrêt *Sylvester* rendu par la Cour appuie sa thèse voulant que les prestations de retraite doivent être déduites en l'espèce. À mon avis, *Sylvester* n'appuie pas cette conclusion.

[80] La question en litige dans *Sylvester* était de savoir si les dommages-intérêts pour congédiement injustifié devaient être réduits du montant des prestations d'invalidité payées, pendant la période visée par le préavis, au titre d'un régime financé par l'employeur. L'analyse de la Cour portait sur trois facteurs : la nature de la prestation, les intentions des parties exprimées au contrat de travail, et quelques considérations de principe plus générales. L'examen de ces facteurs à la lumière des faits de l'affaire qui nous occupe mène à la conclusion contraire à celle tirée par la Cour dans *Sylvester*.

[81] Dans *Sylvester*, la Cour a d'abord examiné la nature de la prestation. Se voulait-elle une solution de rechange (c.-à-d. une indemnité) au salaire payable pendant la période de préavis raisonnable? La Cour a jugé que c'était le cas, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les prestations d'invalidité remplaçaient le salaire. Il ressortait clairement des modalités des régimes en cause que les prestations visaient à maintenir le paiement de la rémunération de l'employé dans l'éventualité où celui-ci serait incapable de travailler pour cause de maladie ou de blessure. Deuxièmement, les prestations d'invalidité étaient réduites des autres revenus de l'employé, y compris les autres revenus d'invalidité, les prestations reçues au titre d'un régime de continuation de la rémunération, les prestations de pension, les indemnités d'accident du travail et le salaire tiré d'un autre emploi : par. 14. Elles ne constituaient donc pas un droit indépendant — elles étaient liées à la perte de salaire réelle et

contributed money or money's worth in order to obtain the benefit. The Court specifically left open the question of whether "disability benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal where the employee has contributed to the disability benefits plan": para. 22.)

définies par cette perte. (Comme je l'ai déjà signalé, la Cour a aussi pris soin de ne pas se prononcer sur la question de savoir si la conclusion serait la même si l'employé avait cotisé, en argent ou autrement, dans le but d'obtenir les prestations. La Cour a explicitement indiqué qu'elle ne se prononçait pas sur la question de savoir si les « prestations d'invalidité devraient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié lorsque l'employé a cotisé au régime de prestations d'invalidité » : par. 22.)

[82] The benefit in issue in this case is of an entirely different nature. Unlike the disability benefits in *Sylvester*, the pension benefit is clearly not an indemnity benefit for loss of salary due to inability to work. The purpose of the pension benefits, as expressed in the plan documents, "is to provide periodic pension payments to eligible employees . . . after retirement and until death in respect of their service as employees": art. 1.01, A.R., at p. 117. The pension plan is, in essence, a retirement savings vehicle to which an employee earns an absolute entitlement over time. Benefits are determined by years of service and salary level. An employee who leaves employment after 10 or more years of service receives either a deferred pension or a transfer of the lump sum commuted value of the pension entitlement to a locked-in retirement vehicle. Pensionable earnings are credited at 100 percent of salary while on approved unpaid leave or short-term disability. Moreover, unlike the disability payments in *Sylvester*, pension payments or entitlements are not in general reduced by other income or benefits received by the recipient. Mr. Waterman could have retired, drawn his full pension, and drawn a full salary from another employer. Pension benefits are clearly not intended to provide an indemnity for loss of income.

[82] Les prestations en l'espèce sont de nature complètement différente. Contrairement aux prestations d'invalidité en cause dans *Sylvester*, les prestations de retraite ne sont manifestement pas des prestations indemnitaires pour perte de salaire en raison d'une incapacité à travailler. Selon ce qu'indiquent les documents relatifs au régime, les prestations de retraite visent à [TRADUCTION] « assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles [. . .] après leur retraite et jusqu'à leur décès pour les services qu'ils ont rendus à titre d'employés » : art. 1.01, d.a., p. 117. Le régime de retraite est essentiellement un outil d'épargne-retraite sur lequel l'employé acquiert un droit absolu au fil du temps. Les prestations sont fonction des années de service et du niveau de salaire. L'employé qui quitte son emploi après 10 ans ou plus de service touche des prestations de retraite différées ou obtient le transfert de la valeur de rachat globale admissible de sa pension dans un compte de retraite immobilisé. Les gains ouvrant droit à pension sont calculés en fonction du plein salaire pendant un congé sans solde autorisé ou un congé d'invalidité de courte durée. De plus, contrairement aux prestations d'invalidité dans *Sylvester*, les autres sources de revenus ou prestations reçues par le bénéficiaire ne sont généralement pas déduites des prestations de retraite ou des droits à pension. M. Waterman aurait pu prendre sa retraite, toucher sa pleine pension et recevoir un plein salaire d'un autre employeur. Les prestations de retraite n'ont manifestement pas pour objet de compenser une perte de revenus.

[83] There is an even more fundamental difference. As Prowse J.A. points out in her reasons in

[83] Il existe une différence encore plus fondamentale. Comme la juge Prowse l'a souligné

the Court of Appeal, pension benefits like those in issue here bear many of the hallmarks of a property right. They, as she put it, are regarded as belonging to the employee:

> . . . although the payments under the [Defined Benefit Pension] Plan are made wholly by IBM, they are made "on behalf of" the employee. This is also reflected in IBM's [Defined Contribution] Plan, where employer contributions are attributed to a fund in the name of the employee. In both instances, the pension benefits are regarded as belonging to the employee. They have the right to designate beneficiaries of the benefit; they can elect to transfer their pension account to another locked-in RRSP or to another employer after 10 years of service upon leaving IBM; there is a provision for a lump-sum pay-out on retirement in the case of "small pensions" (of lesser magnitude than that enjoyed by Mr. Waterman (Article 10.08)); and, in many jurisdictions, their pension rights are divisible between spouses on marriage breakdown. [Emphasis added; para. 60.]

dans ses motifs en Cour d'appel, les prestations de retraite telles celles en cause dans la présente affaire revêtent plusieurs des caractéristiques d'un droit de propriété. Pour reprendre ses propos, ces prestations sont considérées comme appartenant à l'employé :

> [TRADUCTION] . . . bien que les paiements prévus au régime [de retraite à prestations déterminées] soient entièrement versés par IBM, ils le sont « pour le compte de » l'employé. C'est également ce qui appert du régime [à cotisations déterminées] d'IBM, où les cotisations de l'employeur sont versées dans une caisse au nom de l'employé. Dans les deux cas, les prestations de retraite sont considérées comme appartenant à l'employé. Ce dernier peut désigner les bénéficiaires des prestations et décider de transférer son compte de pension dans un autre REÉR immobilisé ou chez un autre employeur après 10 ans de service au moment où il cesse de travailler pour IBM; une disposition prévoit le versement d'une indemnité de départ forfaitaire à l'employé qui prend sa retraite et qui a droit à une « petite pension » (inférieure à celle dont jouit M. Waterman (article 10.08)); et, dans plusieurs ressorts, la valeur de ses droits à pension peut être partagée entre les conjoints en cas de rupture du mariage. [Je souligne; par. 60.]

[84] This view is supported by basic principles of pension law. Mr. Waterman's pension was vested. As A. Kaplan and M. Frazer explain in *Pension Law* (2nd ed. 2013), at p. 203:

> Vesting is the "foundation stone" of employee protections upon which pension regulation is based . . . . An employee who is vested has an enforceable statutory right to the accrued value of his or her pension benefit earned to date, even if the employee terminates employment and plan membership prior to retirement age. It is the vesting of pension benefits that shift our perception of pensions from purely contractual entitlements to quasi-proprietary interests.

[84] Ce point de vue s'appuie sur les principes de base du droit des pensions. La pension de M. Waterman était acquise. Comme l'expliquent A. Kaplan et M. Frazer dans *Pension Law* (2e éd. 2013), p. 203 :

> [TRADUCTION] L'acquisition est la « pierre d'assise » des mesures de protection offertes à l'employé sur laquelle repose la réglementation des régimes de retraite [. . .] L'employé ayant acquis une pension se voit conférer par la loi un droit exécutoire à la valeur accumulée des prestations de retraite qu'il a déjà gagnées, même s'il met fin à son emploi et cesse de participer au régime de retraite avant d'avoir atteint l'âge de la retraite. C'est l'acquisition des prestations de retraite qui nous amène à voir les pensions non plus comme des droits de nature purement contractuelle, mais comme des intérêts quasi propriétaux.

[85] Pension benefits have consistently been viewed as an entitlement earned by the employee. As Lord Reid put it in *Parry*, at p. 16: "The products of the sums paid into the pension fund are in fact delayed remuneration for [the employee's] current work. That is why pensions are regarded

[85] Les prestations de retraite ont toujours été perçues comme un droit acquis par l'employé. Comme l'a expliqué lord Reid à la p. 16 de l'arrêt *Parry* : [TRADUCTION] « Le produit des sommes versées dans la caisse de retraite constitue, en fait, une rémunération différée du travail actuel [de

as earned income." The pension is therefore a form of retirement savings earned over the years of employment to which the employee acquires specific and enforceable rights. This is no less the case because the pension benefits were not reduced by the wrongful dismissal; had they been, there would be no collateral benefit problem and no question of deduction. It is useful to ask this question: In light of the contract of employment, would the parties have intended to use an employee's vested pension entitlements to subsidize his or her wrongful dismissal? In my view, the answer must be no. As Joseph M. Perillo writes:

> Suppose an employer fires an employee without justification, breaching a contract of employment, and the employee turns to his or her savings account for living expenses. No one would argue that the employee's recovery against the employer should be diminished by the employee's withdrawals from savings. The savings account is a collateral source. To the extent that another collateral source resembles a savings account, the plaintiff should be able to recover damages without a deduction for the amount received from the collateral source. [Emphasis added; p. 706.]

[86] My colleague Rothstein J. does not accept that the different nature of the benefits in issue here and in *Sylvester* is a relevant distinction between the two cases. However, Major J., writing for a unanimous Court in *Sylvester*, clearly thought it was. His first reason for deciding that the benefits ought to be deducted was that "the disability benefits were intended to be a substitute for the respondent's regular salary": para. 14. In other words, it was a key aspect of the Court's reasoning in *Sylvester* that the benefit in issue was intended to be an indemnity for wage loss. I find it impossible to dismiss the first reason the Court in *Sylvester* gave for its decision as irrelevant.

l'employé]. C'est la raison pour laquelle on considère les prestations de retraite comme un revenu gagné. » Il s'agit donc d'une forme d'épargne-retraite gagnée au fil des années de service sur laquelle l'employé acquiert des droits spécifiques et exécutoires. Il n'en est pas moins ainsi du fait que le congédiement injustifié n'a pas entraîné une réduction des prestations de retraite; si elles avaient été réduites du fait du congédiement injustifié, il n'y aurait aucun problème de prestation parallèle et la question de la déduction ne se poserait pas. Il convient de poser la question suivante : compte tenu du contrat d'emploi, les parties auraient-elles eu l'intention d'utiliser les droits à pension acquis à l'employé pour financer son congédiement injustifié? À mon avis, il faut répondre par la négative. Joseph M. Perillo a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Supposons qu'un employeur congédie un employé sans justification, qu'il rompt le contrat d'emploi, et que l'employé utilise ses épargnes pour couvrir ses frais de subsistance. Personne n'irait prétendre que les montants retirés du compte d'épargne de l'employé devraient être déduits de la réparation payée à l'employé par l'employeur. Le compte d'épargne est une source parallèle. Dans la mesure où une autre source parallèle ressemble à un compte d'épargne, le demandeur devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts sans que le montant provenant de la source parallèle ne soit déduit. [Je souligne; p. 706.]

[86] Mon collègue le juge Rothstein n'accepte pas que la nature différente des prestations en l'espèce par rapport à celles dont il est question dans *Sylvester* puisse constituer une distinction pertinente entre les deux affaires. Cependant, le juge Major, qui a rédigé la décision unanime de la Cour dans *Sylvester*, croyait manifestement que c'était le cas. La première raison pour laquelle il était d'avis que les prestations devaient être déduites était que « les prestations d'invalidité visaient à remplacer le salaire reçu ordinairement par l'intimé » : par. 14. Autrement dit, le fait que les prestations en cause devaient être une indemnité pour perte de salaire constituait un aspect essentiel du raisonnement adopté par la Cour dans *Sylvester*. J'estime qu'il est impossible de rejeter la première raison donnée par la Cour à l'appui de sa décision dans *Sylvester* au motif qu'elle n'est pas pertinente.

[87] The Court in *Sylvester* then turned to the contract of employment. The goal was to see if it shed any light on the parties' intentions with respect to the receipt of both damages for wrongful dismissal and disability benefits. Contrary to the view of my colleague Rothstein J., the relevant question was *not* what Mr. Sylvester was entitled to under his contract in the event that his employer had not breached it. The question was whether the contract expressly or impliedly provided for him to receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal: para. 13. Although the employment contract in *Sylvester* (as in this case) did not expressly address that question, it did so by implication. The receipt of both disability benefits and wages was not possible in any circumstances under the contract of employment. Moreover, other income of any nature had to be deducted from the amount of the disability payments. This suggested that the parties did not intend Mr. Sylvester to receive both disability benefits and damages representing lost wages during the notice period. As Major J. put it:

> The respondent's contractual right to damages for wrongful dismissal and his contractual right to disability benefits are based on opposite assumptions about his ability to work and it is incompatible with the employment contract for the respondent to receive both amounts. The damages are based on the premise that he would have worked during the notice period. The disability payments are only payable because he could not work. It makes no sense to pay damages based on the assumption that he would have worked in addition to disability benefits which arose solely because he could not work. This suggests that the parties did not intend the respondent to receive both damages and disability benefits. [Emphasis added; para. 17.]

[88] As I read *Sylvester*, this analysis does not suggest that we should focus narrowly on the precise provisions of the employment contract,

[87] Dans *Sylvester*, la Cour a ensuite examiné le contrat d'emploi dans le but de mieux comprendre les intentions des parties en ce qui concerne l'obtention de dommages-intérêts pour congédiement injustifié et de prestations d'invalidité. Contrairement à l'avis exprimé par mon collègue le juge Rothstein, la question pertinente *n'*était *pas* de savoir à quoi M. Sylvester avait droit aux termes de son contrat d'emploi si son employeur ne l'avait pas violé. La question était de savoir si le contrat prévoyait, expressément ou implicitement, qu'il reçoive à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié : par. 13. Le contrat d'emploi dont il était question dans *Sylvester* (comme en l'espèce) ne traitait pas expressément de cette question, mais il le faisait implicitement. Quelles que soient les circonstances, il était impossible que M. Sylvester touche à la fois, en vertu du contrat d'emploi, des prestations d'invalidité et un salaire. De plus, les autres revenus, de quelque nature que ce soit, devaient être déduits du montant des prestations d'invalidité. Cela signifiait que les parties n'avaient pas l'intention que M. Sylvester touche à la fois les prestations d'invalidité et les dommages-intérêts pour perte de salaire pendant la période de préavis. Le juge Major l'a expliqué comme suit :

> Le droit contractuel de l'intimé de recevoir des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations d'invalidité reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne sa capacité de travailler, et il est incompatible avec le contrat de travail que l'intimé puisse toucher ces deux sommes d'argent. Les dommages-intérêts sont fondés sur la prémisse qu'il aurait travaillé pendant la période visée par le préavis. Les prestations d'invalidité ne sont payables que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Il serait illogique de verser des dommages-intérêts en supposant que l'employé aurait travaillé, en sus de prestations d'invalidité découlant d'un droit qui n'a pris naissance que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Cela tend à indiquer que les parties n'entendaient pas que l'intimé reçoive à la fois des dommages-intérêts et des prestations d'invalidité. [Je souligne; par. 17.]

[88] Selon mon interprétation de l'arrêt *Sylvester*, cette analyse ne signifie pas qu'il faille s'intéresser exclusivement aux dispositions précises du contrat

unless of course they deal expressly with the issue of whether pension benefits should be deducted from wrongful dismissal damages. In the absence of such an explicit provision — and, as in *Sylvester*, there is no explicit provision in this case — we must look at the contract in an attempt to determine what the parties intended with respect to the receipt of both wrongful dismissal damages and pension benefits.

[89] When we examine the employment contract in this case, the picture is much less clear than it was in *Sylvester*. It is true that because Mr. Waterman was between the ages of 65 and 71 at the time of his dismissal and qualified for his full pension, he could not in fact receive both employment income from IBM and pension benefits. However, looking at the contract as a whole, it is not a fair implication that the parties agreed that pension entitlements should be deducted from wrongful dismissal damages.

[90] First, an employee who is dismissed before his date of retirement would receive, without deduction, wrongful dismissal damages and all of his or her entitlements under the plan (for example, a deferred pension or its commuted value transferred to a locked-in savings vehicle). No one has suggested that these amounts would in any way affect wrongful dismissal damages. In fact, the value of any pension entitlements lost during the notice period would be a compensable loss in a wrongful dismissal action: see, e.g., J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6th ed. 2012), at pp. 6-51 to 6-52.6. Second, a retired employee would receive, in full, both his pension benefits and any employment income earned from another employer. There is nothing before us to suggest that a retired IBM employee could not obtain employment with another employer and keep both his or her pension income and the new employment income. Third, once an employee reaches age 71, he or she could receive in full both employment income *from IBM* and pension benefits: plan description, at p. 2 (A.R., at p. 103); plan art. 9.02 (A.R., at p. 132). In *Sylvester*, not only was it impossible *in all*

de travail, à moins bien sûr qu'elles portent expressément sur la question de la déductibilité des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. En l'absence d'une telle disposition expresse — et, tout comme dans *Sylvester*, il n'y en a aucune en l'espèce — nous devons examiner le contrat afin de déterminer quelle était l'intention des parties en ce qui concerne l'obtention de dommages-intérêts pour congédiement injustifié et de prestations de retraite.

[89] Lorsque nous examinons le contrat de travail en l'espèce, le tableau est beaucoup moins clair qu'il ne l'était dans *Sylvester*. Il est vrai que, parce que M. Waterman avait entre 65 et 71 ans au moment de son congédiement et qu'il était admissible à la pension maximale, il ne pouvait pas en fait toucher à la fois un revenu d'emploi d'IBM et des prestations de retraite. Cependant, lorsqu'on examine le contrat dans son ensemble, il n'est pas juste d'en inférer que les parties ont convenu que les droits à la pension devraient être déduits des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

[90] Premièrement, l'employé qui est congédié avant la date de sa retraite recevrait, sans déduction, des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et tous les droits prévus par le régime (par exemple, une pension différée ou le transfert de la valeur de rachat dans un compte de retraite immobilisé). Nul n'a laissé entendre que ces montants auraient une incidence quelconque sur les dommages-intérêts pour congédiement injustifié. En fait, la valeur des droits à la pension perdue pendant la période visée par le préavis serait indemnisable dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié : voir, p. ex., J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6e éd. 2012), p. 6-51 à 6-52.6. Deuxièmement, l'employé retraité toucherait la pension maximale et tout revenu d'emploi d'un autre employeur. Rien ne nous permet de penser qu'un employé retraité d'IBM ne pourrait pas obtenir un emploi ailleurs et conserver son revenu de pension ainsi que le nouveau revenu d'emploi. Troisièmement, à l'âge de 71 ans, l'employé pourrait toucher le plein salaire *versé par IBM* et la pension maximale : description du régime, p. 2 (d.a., p. 103); régime, art. 9.02 (d.a., p. 132). Dans *Sylvester*, non seulement était-il

circumstances to receive salary and disability benefits, it was clear that the amount of disability benefits would be reduced by any other income, whatever its source, received by the employee: para. 14. Unlike *Sylvester*, it cannot be said here that the rights to damages for wrongful dismissal and to pension benefits are based on opposite or incompatible assumptions. This conclusion is also consistent with the understanding of vested pension entitlements as being akin to property rights which accrue over time for the employee's benefit.

[91] I conclude that, unlike the situation in *Sylvester*, Mr. Waterman's receipt of pension benefits and wrongful dismissal damages is not based on opposite assumptions about his ability to work and it is not incompatible with the employment contract that he could receive both pension benefits and employment income.

[92] Finally, the Court in *Sylvester* turned to the broader policy concerns, notably that dismissed employees should be treated alike and that the incentives should encourage rather than discourage employers from setting up disability plans. As Major J. put it, at para. 21:

> If disability benefits are paid in addition to damages for wrongful dismissal, the employee collecting disability benefits receives more compensation than the employee who is dismissed while working. Deducting disability benefits ensures that all affected employees receive equal damages . . . . If disability benefits are not deductible, employers who set up disability benefits plans will be required to pay more to employees upon termination than employers who do not set up plans. This deterrent to establishing disability benefits plans is not desirable. [Emphasis added.]

[93] These factors are also relevant here, although, in this case, they support not deducting rather than

impossible pour l'employé, *en toutes circonstances*, de toucher un salaire et des prestations d'invalidité, mais il était clair que le montant de ces prestations serait réduit de tout autre revenu reçu par l'employé, peu importe la source : par. 14. Contrairement à l'affaire *Sylvester*, on ne peut affirmer en l'espèce que le droit à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et le droit aux prestations de retraite reposent sur des hypothèses opposées ou incompatibles. Cette conclusion s'accorde aussi avec l'idée que les droits acquis à la pension sont analogues aux droits de propriété qui s'accumulent avec le temps au profit de l'employé.

[91] Je conclus que, contrairement à la situation dans l'arrêt *Sylvester*, le fait que M. Waterman ait reçu des prestations de retraite et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié ne repose pas sur des hypothèses opposées à propos de sa capacité à travailler et n'est pas incompatible avec le contrat d'emploi selon lequel il peut toucher à la fois des prestations de retraite et un revenu d'emploi.

[92] Enfin, dans l'arrêt *Sylvester*, la Cour a examiné des préoccupations de principe plus générales, notamment le fait que les employés congédiés devraient être traités de la même façon et que les mesures incitatives devraient encourager, et non dissuader, les employeurs à établir des régimes d'invalidité. Comme l'a expliqué le juge Major au par. 21 :

> Si des prestations d'invalidité sont payées en sus de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, l'employé qui reçoit des prestations d'invalidité reçoit une indemnité plus élevée que l'employé qui est congédié pendant qu'il travaille. Le fait de déduire les prestations d'invalidité garantit que tous les employés touchés reçoivent des dommages-intérêts équivalents [. . .] Si les prestations d'invalidité ne sont pas déductibles, les employeurs qui établissent des régimes de prestations d'invalidité devront, en cas de cessation d'emploi, payer davantage aux employés touchés que les employeurs qui n'établissent pas de tels régimes. Ce facteur de dissuasion à l'établissement de régimes de prestations d'invalidité n'est pas souhaitable. [Je souligne.]

[93] Ces facteurs sont également pertinents en l'espèce, bien que dans ce cas là, ils appuyaient

deducting the benefits. Unlike in *Sylvester*, non-deduction in this case promotes equal treatment of employees. If deduction is permitted, an employee who is eligible to receive his or her pension but has not reached 71 years of age can, by means of wrongful dismissal, be forced to retire and draw on his or her pension benefits. By contrast, an employee who is not entitled to his or her pension receives either a deferred pension or the commuted value of it plus full damages for wrongful dismissal and an employee over the age of 71 receives both pension and employment income. Deducting the benefits only in the case of employees in Mr. Waterman's situation would constitute unequal treatment of pensionable employees. Moreover, deductibility seems to me to provide an incentive for employers to dismiss pensionable employees rather than other employees because it will be cheaper to do so. This is not an incentive the law should provide. While this is a broader policy consideration, it is directly related to the benefit in question and has a reasonable basis in fact.

la non-déduction des prestations plutôt que leur déduction. Contrairement à la situation rencontrée dans *Sylvester*, la non-déduction en l'espèce favorise le traitement égal de tous les employés. Si la déduction est permise, l'employé admissible à la pension qui n'a pas atteint l'âge de 71 ans peut, s'il est congédié injustement, être obligé de prendre sa retraite et de toucher ses prestations de retraite. Par contre, l'employé non admissible à la pension touche des prestations de retraite différées ou la valeur de rachat de sa pension en sus de tous les dommages-intérêts pour congédiement injustifié, et l'employé âgé de plus de 71 ans touche à la fois ses prestations de retraite et son revenu d'emploi. Déduire les prestations seulement pour les employés qui se trouvent dans la même situation que M. Waterman constituerait une inégalité de traitement pour les employés admissibles à la pension. De plus, la déductibilité me semble avoir pour effet d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Il ne s'agit pas là d'un facteur d'incitation que la loi devrait favoriser. Bien qu'il s'agisse d'une préoccupation de principe plus générale, elle est directement liée à la prestation en question et elle repose sur un fondement factuel raisonnable.

[94] My colleague Rothstein J. is of the view that there is no such incentive because "with respect to the cost of dismissing pensionable and non-pensionable employees, there is a difference only in form, not substance": para. 134. Respectfully, I cannot agree. The suggestion implicit in this is that there is a dollar for dollar correlation between the amount of the pension benefits that IBM claims should be deducted and the amount IBM contributed over time in order to fund those benefits such that it is not cheaper to dismiss a pensionable employee than one who is not eligible to collect a full pension. This proposition, however, is based on a considerable oversimplification of how pension benefits are funded and, in my respectful view, is not accurate.

[94] Mon collègue le juge Rothstein estime qu'il n'existe aucun facteur d'incitation de ce genre parce que « la différence entre le coût lié au congédiement des employés admissibles à la pension et le coût lié au congédiement des employés non admissibles est une question de forme seulement et non de fond » : par. 134. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. Il laisse entendre implicitement par là qu'il existe un rapport d'équivalence entre le montant des prestations de retraite qui, selon IBM, devrait être déduit et la somme qu'elle a cotisée au fil du temps pour financer ces prestations, de sorte qu'il n'est pas plus économique de congédier un employé admissible à la pension que de congédier un employé non admissible à une pleine pension. Cette proposition repose toutefois sur une simplification fort excessive, et inexacte à mon humble avis, du financement des prestations de retraite.

[95] My colleague Rothstein J. suggests that failure to deduct earned pension benefits from wrongful dismissal damages may disadvantage other employees in the future because it may "incentivize" employers to require an employee to work through the duration of the reasonable notice period to the potential disadvantage of employees. However, the risk of such an incentive seems to me to be highly speculative. There are pluses and minuses for both the employer and employee of giving (and receiving) working notice. From the employer's perspective, it may not be advantageous to have the employee remain on the employer's premises during the period of working notice. In addition, the employer loses the benefit of the employee's efforts to mitigate damages by finding alternate employment, a benefit that is often unpredictable at the time of termination. The employer is always able to negotiate before firing an employee rather than firing without first negotiating. In light of these considerations, among others, it seems to me to be highly speculative to say that refusal to deduct pension benefits will encourage employers to give working notice rather than offer severance.

[96] Finally, there is no parallel, from a policy analysis perspective, between this case and *Sylvester.* The Court in *Sylvester* was concerned that failure to deduct the non-contributory wage replacement benefits in issue there might make employers reluctant to fund wage replacement benefits. This concern does not arise here, given that the pension benefit is not intended to be an indemnity for wage loss and that the employees contribute to the cost of the pension benefits. Moreover, any employer who has this concern (and it must be said that the scarcity of reported cases on the point suggest that it arises very uncommonly) can address it by adding appropriate language to the pension plan text.

[97] To conclude: in this case, the pension benefits are markedly different in nature than the disability benefits in issue in *Sylvester*, the intention

[95] Selon mon collègue le juge Rothstein, l'omission de déduire les prestations de retraite acquises des dommages-intérêts pour congédiement injustifié peut défavoriser d'autres employés à l'avenir en « incitant » les employeurs à exiger de l'employé qu'il travaille jusqu'à la fin de la période de préavis raisonnable, ce qui pourrait défavoriser les employés. Cependant, le risque associé à ce facteur d'incitation me semble éminemment conjectural. Le fait de donner (et de recevoir) un préavis comporte des avantages et des inconvénients tant pour l'employeur que pour l'employé. Du point de vue de l'employeur, il n'est peut-être pas avantageux que l'employé reste sur les lieux de travail pendant la période de préavis. De plus, l'employeur ne bénéficie pas des efforts que pourrait déployer l'employé pour trouver un autre emploi et, ainsi, limiter le préjudice, un avantage imprévisible dans bien des cas au moment du congédiement. L'employeur peut toujours négocier avant de congédier un employé au lieu de le congédier sans avoir d'abord négocié. Vu ces considérations, entre autres, il me semble très conjectural de dire que le refus de déduire les prestations de retraite encouragera les employeurs à donner un préavis plutôt qu'à offrir une indemnité de départ.

[96] Enfin, il n'existe aucun parallèle, du point de vue des considérations de politique générale, entre l'affaire *Sylvester* et la présente affaire. Dans *Sylvester*, la Cour craignait que si les prestations de remplacement du salaire non contributives n'étaient pas déduites, les employeurs pourraient se montrer réticents à financer ces prestations. Cette préoccupation n'est pas présente en l'espèce vu que la prestation de retraite n'est pas censée constituer une indemnité pour perte de salaire et que les employés contribuent au coût des prestations de retraite. De plus, un employeur en proie à cette crainte (il convient cependant de préciser que le peu de cas signalés donne à penser que ce problème survient très rarement) peut la dissiper en ajoutant une disposition appropriée au texte du régime de retraite.

[97] Pour conclure, j'estime qu'en l'espèce, les prestations de retraite sont de nature très différente des prestations d'invalidité en cause dans l'affaire

of the parties in relation to the issue of deduction is much more uncertain in this case than in *Sylvester* and the broader policy considerations point in the opposite direction. Unlike the disability benefits in *Sylvester*, the pension benefits are not an indemnity for loss of earnings, they are not reduced by other benefits or income received and the employee over time receives a legal entitlement to the commuted value of the benefits. Unlike the situation respecting disability benefits in *Sylvester*, there is no general bar against an employee receiving both pension income and employment income, and receipt of the benefits and income is not based on opposite or incompatible assumptions. Pension benefits are not reduced by other income. Not deducting the pension benefits serves the goal of equal treatment of employees and provides better incentives for just treatment of all employees.

[98] I conclude, therefore, that *Sylvester* does not support IBM's position in this case, and that it, in fact, supports the conclusion that the pension benefits should not be deducted from the wrongful dismissal damages.

V. Disposition

[99] I would dismiss the appeal with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein J. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

I. Introduction

[100] Richard Waterman brought this suit alleging that his employer, IBM Canada Ltd., breached his employment contract by failing to provide him with reasonable notice of his termination. The trial judge found, and it is now undisputed, that Mr. Waterman was entitled to 18 months more notice than he

Sylvester, que l'intention des parties en ce qui concerne la déductibilité est bien plus ambivalente que dans *Sylvester*, et que les préoccupations de principe plus générales vont dans le sens contraire de cet arrêt. Contrairement aux prestations d'invalidité en cause dans *Sylvester*, les prestations de retraite ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus, elles ne sont pas réduites par le versement d'autres prestations ou par un revenu et l'employé acquiert au fil du temps le droit de toucher la valeur de rachat des prestations. Contrairement à la situation relative aux prestations d'invalidité dans *Sylvester*, rien n'interdit à un employé de toucher à la fois ses prestations de retraite et un revenu d'emploi, et l'obtention de ces prestations et de ce revenu n'est pas fondée sur des hypothèses opposées ou incompatibles. Les prestations de retraite ne sont pas réduites par d'autres revenus. La non-déduction des prestations de retraite permet d'offrir aux employés un traitement égal et d'inciter plus efficacement les employeurs à traiter tous leurs employés de façon équitable.

[98] Je conclus par conséquent que l'arrêt *Sylvester* n'étaye pas la thèse d'IBM en l'espèce, mais qu'il appuie plutôt la conclusion selon laquelle les prestations de retraite ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

V. Dispositif

[99] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

I. Introduction

[100] Richard Waterman a intenté la présente action dans laquelle il allègue que son employeur, IBM Canada Ltée, a violé son contrat de travail en ne lui donnant pas un préavis de congédiement raisonnable. Le juge de première instance a conclu, ce que nul ne conteste maintenant, que

was given, and that he is accordingly entitled to the salary he would have earned if he continued to work during that period. During the 18-month period, IBM paid Mr. Waterman monthly pension benefits under the assumption that he was retired. The sole issue in this case is whether the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman during the 18-month notice period must be deducted in calculating the appropriate damages award.

[101] I agree with the majority that a straightforward application of the governing principle of contract damages — that the non-breaching party be placed in the position he would have been in had the contract been performed — leads to the conclusion that deduction is required (see para. 2). The parties agree that, had Mr. Waterman been given reasonable notice and worked through the reasonable notice period, he would have received his salary, but not his pension, until the notice period elapsed. Deducting the pension benefits IBM paid him during the reasonable notice period thus puts him in the position he would have been in had the contract been performed and failure to deduct gives him a windfall.

[102] However, the majority accepts Mr. Waterman's argument that he should be allowed a windfall because his pension benefits are subject to the "private insurance" exception. I would reject that argument. This case requires the Court to assess Mr. Waterman's loss under the terms of a single contract which gave rise to both Mr. Waterman's right to reasonable notice and his right to pension benefits. The private insurance exception has no application to such a case. Where the Court is called upon to assess loss under a single contract, the plaintiff's entitlement turns on the ordinary governing principle that he should be put in the

M. Waterman avait droit à un préavis de 18 mois en plus de celui qu'on lui avait donné, et qu'il a par conséquent droit au salaire qu'il aurait gagné s'il avait continué à travailler pendant cette période. Au cours de la période de 18 mois, IBM a versé à M. Waterman des prestations de retraite mensuelles en tenant pour acquis que celui-ci avait pris sa retraite. La seule question en litige dans la présente affaire est de savoir si les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis de 18 mois doivent être déduites lors du calcul de la somme qui doit lui être versée à titre de dommages-intérêts.

[101] Je conviens avec les juges majoritaires que, si l'on applique simplement le principe qui régit les dommages-intérêts contractuels — suivant lequel la partie innocente doit être rétablie dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté — les prestations de retraite doivent être déduites (voir par. 2). Les parties s'entendent pour dire que, s'il avait reçu un préavis raisonnable et s'il avait travaillé pendant toute la période du préavis raisonnable, M. Waterman n'aurait touché que son salaire, mais pas ses prestations de retraite, jusqu'à la fin de la période de préavis. La déduction des prestations de retraite qu'IBM lui a versées au cours de la période de préavis raisonnable permet donc de remettre M. Waterman dans la même situation que celle dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. En ne déduisant pas les prestations de retraite, on permettrait à M. Waterman de réaliser un gain fortuit.

[102] Or, les juges majoritaires acceptent l'argument de M. Waterman selon lequel il faudrait lui laisser ce gain fortuit parce que ses prestations de retraite sont visées par l'exception relative à l'« assurance privée ». Je suis d'avis de rejeter cet argument. En l'espèce, la Cour doit déterminer la perte subie par M. Waterman selon les modalités d'un seul contrat qui a donné à M. Waterman le droit à un préavis raisonnable et le droit de toucher des prestations de retraite. L'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas à un tel cas. Lorsque la Cour est appelée à déterminer une perte aux termes d'un seul contrat, le droit du demandeur

position he would have been in had the contract been performed.

[103] It is important to note that not all pension plans are alike. Mr. Waterman's pension plan is a defined benefit plan, under which IBM undertook to provide Mr. Waterman with pension benefits from the time of his retirement until the time of his death, based on a predetermined formula. That is to say that, from Mr. Waterman's perspective, upon retirement, he would receive his defined benefits from an unlimited fund for the rest of his life. For this reason, Mr. Waterman's receipt of pension benefits during the reasonable notice period did not affect his future entitlement to pension benefits and deducting the benefits does not have the effect of taking anything away from Mr. Waterman. Rather, not deducting has the effect of giving Mr. Waterman more than he bargained for and charging IBM more than it agreed to pay.

II. Factual Background

[104] Mr. Waterman was an employee of IBM for approximately 42 years. At the time he was terminated, he was 65 years old.

[105] As an employee of IBM, Mr. Waterman became a member of the company's defined benefit pension plan. Under the terms of the plan, IBM was required to make contributions to the pension plan on behalf of its employees and, upon an employee's eligibility to receive benefits, IBM would provide the employee with monthly benefits according to a predetermined formula until the employee's death. An employee became eligible to receive his monthly benefits upon retiring after reaching the age of 65. An employee whose employment was terminated prior to the age of 65 could receive his pension benefits upon turning 65 or could elect to transfer the actuarial equivalent of his accrued pension to a new employer. An employee also became eligible to receive his benefits upon reaching the age of 71, independent of whether he had been terminated

repose sur le principe ordinaire applicable suivant lequel celui-ci doit être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté.

[103] Il importe de signaler que les régimes de retraite ne sont pas tous semblables. M. Waterman bénéficie d'un régime de retraite à prestations déterminées, aux termes duquel IBM s'est engagée à lui verser des prestations selon une formule prédéterminée, et ce, à compter de sa retraite et, par la suite, jusqu'à son décès. Autrement dit, du point de vue de M. Waterman, celui-ci devait toucher, sa vie durant à compter de sa retraite, des prestations déterminées à même un fonds illimité. C'est pourquoi les prestations de retraite reçues par M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable n'ont pas eu d'incidence, pour l'avenir, sur son droit aux prestations de retraite, et la déduction de ces prestations n'enlève rien à M. Waterman. Au contraire, la non-déduction a pour effet de lui accorder davantage que ce qu'il a négocié et d'obliger IBM à verser une somme plus élevée que celle convenue.

II. Contexte factuel

[104] M. Waterman a travaillé pour IBM pendant environ 42 ans. Au moment de son congédiement, il était âgé de 65 ans.

[105] En tant qu'employé d'IBM, M. Waterman a adhéré au régime de retraite à prestations déterminées de la compagnie. Aux termes du régime, IBM devait cotiser au régime pour le compte de ses employés et, dès qu'un employé devenait admissible à toucher des prestations, IBM versait à cet employé des prestations mensuelles selon une formule prédéterminée, et ce, jusqu'à son décès. Le régime prévoyait qu'un employé devenait admissible à des prestations mensuelles au moment de sa retraite, après avoir atteint l'âge de 65 ans. L'employé dont l'emploi prenait fin avant l'âge de 65 ans pouvait toucher ses prestations de retraite après avoir atteint l'âge de 65 ans ou choisir de transférer à un nouvel employeur l'équivalent actuariel de ses prestations de retraite accumulées. L'employé devenait également admissible

or retired, which, according to the parties, was necessary for the plan to comply with income tax regulations. At the time Mr. Waterman was terminated by IBM, the monthly payment he would receive upon becoming eligible had already been determined for several years.

[106] IBM terminated Mr. Waterman in March 2009. It provided him with two months' working notice, after which it would consider him retired and begin paying him his pension benefits. The trial judge found, and it is now undisputed, that IBM was required to give Mr. Waterman an additional 18 months of notice.

[107] The termination letter also offered Mr. Waterman a separation payment in exchange for a general release from liability. As explained later, the separation offer would have provided Mr. Waterman with more than he would have earned had he been given the full 20-month notice period and worked through the notice period. Mr. Waterman declined IBM's separation offer. He continued to work for IBM during the two-month notice period that he was given, and thereafter began collecting monthly pension benefits from IBM. On June 11, 2009, Mr. Waterman initiated this action to enforce his contractual right to be provided with reasonable notice of his termination.

[108] In September 2009, Mr. Waterman obtained alternative employment as a part-time insurance salesman.

III. Procedural History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021*

[109] After a summary trial, Goepel J. found that IBM breached Mr. Waterman's employment contract by failing to provide him with reasonable

à recevoir ses prestations à l'âge de 71 ans, peu importe qu'il ait été congédié ou qu'il ait pris sa retraite, ce qui, selon les parties, était nécessaire pour que le régime soit conforme aux règlements de l'impôt sur le revenu. Au moment où IBM a congédié M. Waterman, la somme que ce dernier devait recevoir chaque mois à partir du moment où il devenait admissible était déjà calculée depuis de nombreuses années.

[106] IBM a congédié M. Waterman au mois de mars 2009. Elle lui a donné un préavis de deux mois, après quoi elle le considérerait à la retraite et commencerait à lui verser des prestations de retraite. Le juge de première instance a conclu, et personne ne le conteste maintenant, qu'IBM avait l'obligation de donner à M. Waterman un préavis supplémentaire de 18 mois.

[107] La lettre de congédiement offrait également à M. Waterman une indemnité de cessation d'emploi en échange d'une décharge de toute responsabilité. Comme je l'explique plus loin, l'offre de cessation d'emploi aurait accordé à M. Waterman davantage que ce qu'il aurait reçu si on lui avait donné un préavis complet de 20 mois et s'il avait travaillé pendant toute la durée du préavis. M. Waterman a refusé l'offre de cessation d'emploi d'IBM. Il a continué à travailler pour IBM pendant la période de préavis de deux mois qu'il avait reçu et il a commencé par la suite à toucher des prestations de retraite mensuelles d'IBM. Le 11 juin 2009, M. Waterman a introduit la présente action en vue de faire reconnaître son droit contractuel à un préavis de congédiement raisonnable.

[108] En septembre 2009, M. Waterman a obtenu un autre emploi comme vendeur d'assurance à temps partiel.

III. Historique procédural

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021*

[109] Au terme d'un procès sommaire, le juge Goepel a conclu qu'IBM avait violé le contrat de travail de M. Waterman en ne lui donnant pas

notice. Goepel J. held that IBM was required to provide Mr. Waterman with an additional 18 months of notice beyond the two months that had been provided. As a result, Mr. Waterman was entitled to the salary he would have earned and benefits he would have accrued if he had continued to work for IBM during that time.

[110] Goepel J. did not deduct the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman during the notice period in calculating his damages. Goepel J. expressed the view that he was bound by the Court of Appeal for British Columbia's decision in *Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1, in which it was held that pension benefits should not be deducted from wrongful dismissal damages. He acknowledged the possibility that *Girling* was no longer an accurate statement of the law in light of this Court's decision in *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315, but found it incumbent upon him to follow *Girling* for reasons of judicial comity.

[111] Based on this reasoning, Goepel J. awarded Mr. Waterman $93,305 in damages, which reflected the salary and benefits he would have earned if he had worked through the additional 18 months of notice, less the income earned from his new employment during that period.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241*

[112] Writing for a unanimous panel, Prowse J.A. dismissed IBM's appeal.

[113] Prowse J.A. observed that the approach the Court of Appeal had previously taken in *Girling* was rejected by this Court's decision in *Sylvester*. In particular, *Sylvester* rejected the Court of Appeal for British Columbia's approach of treating agreements for employee benefits as contracts distinct from the

un préavis raisonnable. Le juge Goepel a estimé qu'IBM avait l'obligation de donner à M. Waterman un préavis de 18 mois en plus de celui qu'il avait reçu. M. Waterman avait par conséquent droit au salaire qu'il aurait gagné et aux prestations qu'il aurait accumulées s'il avait continué à travailler pour IBM pendant cette période.

[110] Dans son calcul des dommages-intérêts, le juge Goepel n'a pas déduit les prestations de retraite qu'IBM avait versées à M. Waterman au cours de la période de préavis. Le juge Goepel s'est dit d'avis qu'il était lié par la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1, dans laquelle il avait été jugé que les prestations de retraite ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Le juge a admis la possibilité que l'arrêt *Girling* ne représente plus un énoncé exact de l'état du droit, compte tenu de l'arrêt *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315, de notre Cour, mais a conclu que, pour des raisons de courtoisie judiciaire, il se devait d'appliquer l'arrêt *Girling*.

[111] S'appuyant sur ce raisonnement, le juge Goepel a accordé à M. Waterman 93 305 $ en dommages-intérêts, ce qui correspondait au salaire et aux prestations que M. Waterman aurait reçus s'il avait travaillé pendant toute la période du préavis de 18 mois supplémentaires, déduction faite du revenu tiré de son nouvel emploi au cours de la même période.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241*

[112] S'exprimant au nom d'une formation unanime, la juge Prowse a rejeté l'appel interjeté par IBM.

[113] La juge Prowse a fait observer que la démarche suivie par la Cour d'appel dans l'arrêt *Girling* avait été écartée par notre Cour dans l'arrêt *Sylvester*. En particulier, cet arrêt avait rejeté la méthode de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique consistant à considérer les ententes

employment contract. According to Prowse J.A., under *Sylvester*, Mr. Waterman's entitlement to both salary and payment of his pension benefits during the notice period turned on the construction of the contractual arrangement between the parties.

[114] After reviewing the terms of Mr. Waterman's employment contract and IBM's defined benefit plan, Prowse J.A. found that there was no express provision addressing Mr. Waterman's rights in the event of wrongful dismissal. Prowse J.A. turned to consider what the parties would have intended had they put their minds to that circumstance. She concluded that, although there was no evidence regarding the parties' intention, had they considered the issue, they would not have intended for Mr. Waterman's pension benefits to be deducted from wrongful dismissal damages.

[115] Prowse J.A. also concluded, at para. 62, that "the pension benefits in issue are also properly characterized as a form of non-deductible, non-indemnity insurance", as described by McLachlin J., as she then was, in *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359.

IV. Issue

[116] The only issue before this Court is whether the pension benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period should have been deducted in calculating his damages.

V. Analysis

[117] My analysis proceeds in two stages. First, I consider whether it is necessary to deduct the pension benefits Mr. Waterman received during the reasonable notice period in order to put him in the position he would have been in had the contract

portant sur les prestations d'employé comme des contrats distincts du contrat de travail. La juge Prowse s'est dite d'avis que, selon l'arrêt *Sylvester*, le droit de M. Waterman à son salaire et au versement de prestations de retraite pendant la période de préavis dépendait de l'interprétation que l'on faisait de l'entente contractuelle intervenue entre les parties.

[114] Après avoir examiné les modalités du contrat de travail et du régime de retraite à prestations déterminées de M. Waterman, la juge Prowse a conclu que les droits de M. Waterman en cas de congédiement injustifié n'y étaient pas expressément définis. La juge Prowse a ensuite examiné l'intention qu'auraient eue les parties si elles s'étaient arrêtées à la situation. Elle a conclu que, malgré l'absence d'éléments de preuve concernant l'intention des parties, ces dernières n'auraient pas voulu, si elles s'étaient penchées sur la question, que les prestations de retraite de M. Waterman soient déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

[115] La juge Prowse a également conclu, au par. 62, que [TRADUCTION] « les prestations de retraite en litige sont également qualifiées à juste titre de prestations d'assurance non déductibles et non indemnitaires », pour reprendre les qualificatifs employés par la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359.

IV. Question en litige

[116] La seule question en litige devant notre Cour est de savoir si les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable auraient dû être déduites lors du calcul de ses dommages-intérêts.

V. Analyse

[117] Mon analyse comporte deux étapes. Premièrement, je détermine s'il est nécessaire de déduire les prestations de retraite que M. Waterman a touchées au cours de la période de préavis raisonnable afin de remettre M. Waterman dans

been performed — i.e. had he been given reasonable notice and worked through the end of the reasonable notice period. Second, I consider whether there is a basis for applying the private insurance exception, which allows a plaintiff to receive excess compensation in certain circumstances. I conclude that, to put Mr. Waterman in the position he would have been in had the contract been performed, the pension benefits he received must be deducted. The private insurance exception is not applicable to this case.

A. *Contract Damages for Wrongful Dismissal*

[118] The governing principle for damages upon breach of contract is that the non-breaching party should be provided with the financial equivalent of performance (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 871). With respect to wrongful dismissal, damages should "represent the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period, less any amounts credited to mitigation" (*Sylvester*, at para. 1). I agree with the majority that applying this rule leads to the deduction of the pension benefits in this case.

[119] In *Sylvester*, this Court considered whether disability benefits received by a wrongfully terminated employee during his reasonable notice period should be deducted from damages for wrongful dismissal. Major J., writing for a unanimous Court, held that deduction was required. He explained that employer-provided benefits should not be considered as "distinct from the employment contract, but rather as integral components of it" (para. 13). As such, "[t]he question of deductibility . . . turn[ed] on the terms of the employment contract and the intention of the parties" (para. 12).

la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté — c.-à-d. s'il avait reçu un préavis raisonnable et s'il avait travaillé pendant toute la durée de la période du préavis raisonnable. Deuxièmement, je détermine s'il y a lieu d'appliquer l'exception relative à l'assurance privée, laquelle permet au demandeur de recevoir une indemnisation excédentaire dans certaines circonstances. Je conclus qu'il faut déduire les prestations de retraite que M. Waterman a touchées afin de remettre celui-ci dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. L'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas en l'espèce.

A. *Dommages-intérêts contractuels pour congédiement injustifié*

[118] Selon le principe applicable en matière de dommages-intérêts pour violation de contrat, la partie non fautive devrait recevoir l'équivalent matériel de la prestation qu'elle aurait obtenue si le contrat avait été respecté (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2e éd. 2012), p. 871). Les dommages-intérêts pour congédiement injustifié devraient « représente[r] le salaire que l'employé aurait gagné s'il avait travaillé au cours de la période visée par le préavis, déduction faite de toute somme devant être affectée à la limitation des dommages » (*Sylvester*, par. 1). Je conviens avec les juges majoritaires que l'application de cette règle mène en l'espèce à la déduction des prestations de retraite.

[119] Dans *Sylvester*, notre Cour a examiné la question de savoir si les prestations d'invalidité qu'un employé congédié injustement avait reçues pendant la période visée par le préavis raisonnable devaient être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. S'exprimant au nom d'une Cour unanime, le juge Major a estimé qu'il fallait déduire ce montant. Il a expliqué que les prestations versées par l'employeur ne devaient pas être considérées comme des contrats « distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci » (par. 13). Ainsi, « [l]a question de la déductibilité repos[ait] [. . .] sur les modalités du contrat de travail et sur l'intention des parties » (par. 12).

[120] Major J. went on to explain that damages for wrongful dismissal were "based on the premise that the employee would have worked during the notice period" (para. 15). The employee's "contractual right to damages for wrongful dismissal and his contractual right to disability benefits [were] based on opposite assumptions about his ability to work and it [was] incompatible with the employment contract for the respondent to receive both amounts" (para. 17). Based on this analysis, Major J. concluded: "It makes no sense to pay damages based on the assumption that [the plaintiff] would have worked in addition to disability benefits which arose solely because he could not work" (para. 17).

[120] Le juge Major a ensuite expliqué que les dommages-intérêts pour congédiement injustifié étaient « fondés sur la prémisse que l'employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis » (par. 15). « Le droit contractuel de [l'employé] de recevoir des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations d'invalidité [reposaient] sur des hypothèses opposées en ce qui concerne sa capacité de travailler, et il [était] incompatible avec le contrat de travail que l'intimé puisse toucher ces deux sommes d'argent » (par. 17). S'appuyant sur cette analyse, le juge Major a conclu : « Il serait illogique de verser des dommages-intérêts en supposant que [le demandeur] aurait travaillé, en sus de prestations d'invalidité découlant d'un droit qui n'a pris naissance que parce qu'il ne pouvait pas travailler » (par. 17).

[121] It follows from a straightforward application of *Sylvester* that deduction is required in this case. In particular, Mr. Waterman's wrongful dismissal damages must be "based on the premise that the employee would have worked during the notice period" (*Sylvester*, at para. 15). Under the terms of Mr. Waterman's employment contract, he would have been eligible to receive pension benefits *only* upon being terminated or retiring. Therefore, as in *Sylvester*, Mr. Waterman's contractual right to wrongful dismissal damages and his contractual right to his pension are based on "opposite assumptions" about his availability to work (para. 17). It thus "makes no sense" to pay damages on the assumption that he could have earned both (*ibid.*).

[121] Une simple application de l'arrêt *Sylvester* permet d'affirmer que la déduction s'impose en l'espèce. En particulier, les dommages-intérêts accordés à M. Waterman pour congédiement injustifié doivent être « fondés sur la prémisse que l'employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis » (*Sylvester*, par. 15). Selon les modalités de son contrat de travail, M. Waterman aurait été admissible à des prestations de retraite *uniquement* à la suite de son congédiement ou de sa retraite. Par conséquent, tout comme dans l'affaire *Sylvester*, le droit contractuel de M. Waterman à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations de retraite reposent sur « des hypothèses opposées » en ce qui concerne la possibilité qu'il puisse travailler (par. 17). Il serait donc « illogique » de lui verser des dommages-intérêts en supposant qu'il aurait pu recevoir les deux montants (*ibid.*).

[122] This conclusion is necessitated by the nature of the pension plan at issue in this case — a defined benefit plan. This plan is materially different from a defined *contribution* plan, and the distinction between these two types of pension plans is at the heart of my disagreement with the majority.

[122] Cette conclusion découle de la nature du régime de retraite en litige dans la présente affaire — un régime à prestations déterminées. Ce régime se distingue sensiblement d'un régime à *cotisations* déterminées, et la distinction entre ces deux types de régimes de retraite se situe au cœur de mon désaccord avec la majorité.

[123] A defined contribution plan "operates in much the same way as group registered retirement savings plans", in that it provides an employee with

[123] Un régime de retraite à cotisations déterminées [TRADUCTION] « ressemble beaucoup à un régime enregistré d'épargne-retraite collectif », en

a finite total amount or lump sum of retirement benefits (A. Kaplan and M. Frazer, *Pension Law* (2nd ed. 2013), at p. 89). It would be inappropriate to deduct pension benefits that a wrongfully terminated employee receives from a defined contribution plan because deduction would leave the employee in a worse position that he would have been in had his employment contract not been breached.

[124] In particular, in the case of a defined contribution plan, if the employee's employment contract is performed (i.e. he is given reasonable working notice of his termination and he continues to work through the notice period), he would expect to receive his salary through the notice period and the full lump sum he would have accrued in his savings account or defined contribution plan by the end of the reasonable notice period, including whatever additions should have been made to the plan during that notice period. If, instead, the employee is wrongfully dismissed and draws benefits from his finite lump sum during the reasonable notice period, deducting the pension benefits would leave the employee with an amount equal to his salary through the notice period and the lump sum, less the amount he had withdrawn during the notice period. He would thus be awarded *less* than he was entitled to under his employment contract.

[125] Throughout Mr. Waterman's argument before this Court, he has made submissions that his pension operates like a savings account. He is not alone in this respect. The Court of Appeal, at para. 48, quoted with approval language from Kent J. in *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), that pension payments should be viewed "as akin to a registered Retirement Savings Plan" (para. 4).

[126] The majority too accepts the analogy. It holds that "[p]ension benefits . . . constitute a type of retirement savings" (para. 4; see also para. 85).

ce qu'il permet à l'employé de recevoir en prestations de retraite un montant total ou un « montant forfaitaire » déterminé (A. Kaplan et M. Frazer, *Pension Law* (2e éd. 2013), p. 89). Il ne conviendrait pas que l'on déduise les prestations de retraite que l'employé congédié injustement a retirées d'un régime de retraite à cotisations déterminées parce que la déduction placerait l'employé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé si son contrat de travail avait été respecté.

[124] En particulier, dans le cas d'un régime de retraite à cotisations déterminées, si le contrat de travail de l'employé est respecté (c.-à-d. qu'il a reçu un préavis de congédiement raisonnable et continue de travailler pendant toute la période du préavis), l'employé s'attendrait à toucher son salaire pendant toute la durée du préavis ainsi que le plein montant forfaitaire qu'il aurait accumulé dans son compte d'épargne ou dans son régime de retraite à cotisations déterminées à l'expiration de la période de préavis raisonnable, y compris toute cotisation versée au régime pendant la période de préavis. Par contre, si, pendant la période de préavis raisonnable, l'employé congédié injustement retire des prestations de ce montant forfaitaire déterminé, la déduction des prestations de pension ferait en sorte qu'il se retrouverait avec un montant égal au salaire gagné au cours de la période de préavis et le montant forfaitaire, diminué de la somme qu'il aurait retirée au cours de la période du préavis. Il obtiendrait ainsi *moins* que ce à quoi il avait droit en vertu de son contrat de travail.

[125] Tout au long de son argumentation devant notre Cour, M. Waterman a plaidé que son régime de retraite s'apparente à un compte d'épargne. Il n'est pas le seul à l'affirmer. La Cour d'appel a cité et approuvé, au par. 48, les propos tenus par le juge Kent dans *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (C.J. Ont. (Div. gén.)), selon lesquels les prestations de retraite devraient être considérées comme [TRADUCTION] « semblables à un régime enregistré d'épargne-retraite » (par. 4).

[126] Les juges majoritaires acceptent également l'analogie. Ils affirment que « [l]es prestations de retraite [. . .] constituent un type d'épargne-retraite »

It quotes, with emphasis, the following language from J. M. Perillo, "The Collateral Source Rule in Contract Cases" (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, at p. 706:

> Suppose an employer fires an employee without justification, breaching a contract of employment, and the employee turns to his or her savings account for living expenses. No one would argue that the employee's recovery against the employer should be diminished by the employee's withdrawals from savings. The savings account is a collateral source. To the extent that another collateral source resembles a savings account, the plaintiff should be able to recover damages without a deduction for the amount received from the collateral source. [Emphasis added by Cromwell J.; para. 85.]

These references may wrongly suggest that Mr. Waterman's pension benefits came from a finite account and thus came at a cost to him. If Mr. Waterman had needed to draw from his own savings due to his wrongful dismissal, the amount he withdrew would have to be reflected in the damages award in order to put him in the position he would have been in had the contract been performed. However, analogizing Mr. Waterman's pension to a savings account misconceives the nature of the defined benefit pension plan at issue in this case.

[127] Unlike a defined contribution plan, the defined benefit plan at issue in this case is fundamentally different from a savings account. The defined benefit plan did not provide Mr. Waterman with a finite lump sum that was partially depleted by the pension funds he received during his reasonable notice period. Rather, the plan guaranteed him fixed predetermined payments upon retirement for as long as he would live. For that reason, deducting Mr. Waterman's pension benefits in this case does not have the effect of "taking away" benefits that he would have been entitled to had IBM not breached the contract. On the contrary, deducting provides him with exactly what he would have received had the employment contract been performed: an amount equal to his salary during the reasonable

(par. 4; voir aussi par. 85). Ils citent l'extrait suivant de l'article de J. M. Perillo, « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, p. 706, dont ils soulignent un passage :

> [TRADUCTION] Supposons qu'un employeur congédie un employé sans justification, qu'il rompt le contrat d'emploi, et que l'employé utilise ses épargnes pour couvrir ses frais de subsistance. Personne n'irait prétendre que les montants retirés du compte d'épargne de l'employé devraient être déduits de la réparation payée à l'employé par l'employeur. Le compte d'épargne est une source parallèle. Dans la mesure où une autre source parallèle ressemble à un compte d'épargne, le demandeur devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts sans que le montant provenant de la source parallèle ne soit déduit. [Souligné par le juge Cromwell; par. 85.]

Ces mentions peuvent laisser croire à tort que M. Waterman a touché des prestations de retraite à même un compte déterminé, et ce, à ses propres frais. Si M. Waterman avait dû puiser dans son propre compte d'épargne à la suite de son congédiement injustifié, la somme retirée aurait dû être incluse dans les dommages-intérêts accordés afin que celui-ci soit rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Toutefois, cette analogie entre la pension de M. Waterman et un compte d'épargne néglige la nature du régime de retraite à prestations déterminées en cause dans la présente affaire.

[127] Contrairement à un régime de retraite à cotisations déterminées, le régime de retraite à prestations déterminées en cause diffère fondamentalement d'un compte d'épargne. Le régime de retraite à prestations déterminées n'assurait pas à M. Waterman un montant forfaitaire déterminé qui était partiellement entamé par les prestations de retraite qu'il a reçues au cours de la période de préavis raisonnable. Le régime de retraite lui garantissait plutôt des paiements prédéterminés fixes à compter de sa retraite, et ce, sa vie durant. Pour cette raison, le fait de déduire les prestations de retraite de M. Waterman dans le cas qui nous occupe n'a pas pour effet de le « priver » des prestations auxquelles il aurait eu droit si IBM n'avait pas violé le contrat. Au contraire, la déduction de ces sommes

notice period and thereafter defined benefits for the rest of his life.

[128] The different outcome in the cases of defined benefit and defined contribution plans turns on a straightforward application of the governing principle of contract damages — that the non-breaching party should be placed in the same position he would have been in had the contract been performed. It has nothing to do with the collateral benefit, compensating advantages or private insurance exception. As my colleague correctly observes, those exceptions are relevant only where the plaintiff experiences "excess recovery" (para. 23). However, as the analysis above demonstrates, there is no excess recovery when pension benefits received from a *defined contribution plan are not* deducted or where benefits received from a *defined benefit plan are* deducted. In each case, the result is to put the employee in the position he would have been in had the contract been performed.

[129] At the time Mr. Waterman was wrongfully dismissed, the amount of pension benefits he was to receive upon retirement had already been determined for some time and could not have gone up if he had continued to work for IBM. If Mr. Waterman's pension benefits could have increased during the notice period, his wrongful dismissal damages would have compensated for this loss. However, in this case, Mr. Waterman's wrongful dismissal had no impact on his pension entitlement and, as the parties agree, there is no need to make adjustments to his damage awards based on pension entitlements that would have accrued had he worked through the reasonable notice period.

[130] The majority states that the fact that Mr. Waterman's pension comes from a defined

lui permet de recevoir exactement ce qu'il aurait reçu si le contrat de travail avait été respecté, soit un montant égal à son salaire au cours de la période de préavis raisonnable et, par la suite, des prestations déterminées sa vie durant.

[128] L'issue est différente selon que les affaires concernent un régime de retraite à prestations déterminées ou un régime de retraite à cotisations déterminées en raison de la simple application du principe qui régit les dommages-intérêts contractuels — la partie non fautive doit être rétablie dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté. Cela n'a rien à voir avec la prestation parallèle, avec l'avantage compensatoire ni avec l'exception relative à l'assurance privée. Comme le souligne à juste titre mon collègue, ces exceptions ne sont pertinentes que dans le cas d'une « indemnisation excédentaire » (par. 23). Or, comme le montre l'analyse qui précède, la question d'une indemnisation excédentaire ne se pose pas *en l'absence* d'une déduction des prestations de retraite reçues d'un *régime à cotisations déterminées* ou *en présence* d'une déduction des prestations reçues d'un *régime à prestations déterminées*. Dans les deux cas, l'employé est rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté.

[129] Au moment du congédiement injustifié, le montant des prestations de retraite que M. Waterman devait toucher en prenant sa retraite était déjà calculé depuis un certain temps et n'aurait pas augmenté si celui-ci avait continué à travailler pour IBM. Si les prestations de retraite de M. Waterman avaient pu augmenter pendant la période de préavis, les dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié auraient indemnisé celui-ci de la perte subie. Or, en l'espèce, le congédiement injustifié de M. Waterman n'a eu aucune incidence sur son droit aux prestations de retraite. Comme les parties l'ont reconnu, il n'est pas nécessaire de rajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour tenir compte d'une augmentation des prestations de retraite si M. Waterman avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable.

[130] Les juges majoritaires affirment que le fait que les prestations de retraite de M. Waterman

benefit plan does not change its nature as a contributory, non-indemnity benefit (paras. 63 and 68). However, the nature of the benefit as non-indemnity or contributory does not answer the question of whether the plaintiff will be provided with the financial equivalence of performance or will receive excess recovery. With respect, the majority reasons conflate the analysis of contract damages for wrongful dismissal with what considerations should apply with respect to the private insurance exception to contract damages. Under the governing principle of contract damages, the fact that the pension plan at issue is a defined benefit plan leads to the conclusion that the benefits must be deducted from Mr. Waterman's wrongful dismissal damages.

[131] As an aside, not distinguishing between defined benefit and defined contribution plans may also be why the majority's policy concern about making pensionable employees cheaper to dismiss is incorrect. The majority suggests that deducting the benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period would "provide an incentive for employers to dismiss pensionable employees rather than other employees because it will be cheaper to do so". The majority states that "[t]his is not an incentive the law should provide" (para. 93).

[132] This incentive argument is based on a false premise: that deducting pension benefits from reasonable notice damages would make it cheaper to dismiss a pensionable employee than a non-pensionable employee. That is not the case. The pension benefits that Mr. Waterman received during the notice period did not come out of thin air. With a defined benefit pension plan, the employer is solely responsible for providing the employee with the guaranteed defined benefits. In the event

proviennent d'un régime à prestations déterminées ne change rien à leur nature contributive et non indemnitaire (par. 63 et 68). La nature des prestations n'offre cependant pas de réponse à la question de savoir si le demandeur recevra l'équivalent matériel de la prestation qu'il aurait obtenue si le contrat avait été respecté ou s'il recevra une indemnisation excédentaire. Avec égards, les motifs de la majorité confondent l'analyse relative aux dommages-intérêts contractuels accordés pour congédiement injustifié et les considérations devant s'appliquer à l'égard de l'exception relative à l'assurance privée dans les cas de dommages-intérêts contractuels. Suivant le principe applicable en matière de dommages-intérêts contractuels, le fait que le régime de retraite en litige soit un régime à prestations déterminées permet de conclure que les prestations de retraite reçues doivent être déduites des dommages-intérêts accordés à M. Waterman pour congédiement injustifié.

[131] En passant, l'absence de distinction entre le régime à prestations déterminées et le régime à cotisations déterminées peut aussi expliquer le caractère erroné de la préoccupation de principe évoquée par les juges majoritaires au sujet des employeurs qui seraient incités à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension. Selon les juges majoritaires, la déduction des prestations payées par IBM à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable aurait pour effet « d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres ». Les juges majoritaires affirment : « Il ne s'agit pas là d'un facteur d'incitation que la loi devrait favoriser » (par. 93).

[132] Cet argument relatif au facteur d'incitation repose sur une fausse prémisse, à savoir que la déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts accordés relativement à la période de préavis raisonnable ferait en sorte qu'il serait moins onéreux, pour les employeurs, de congédier les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Tel n'est pas le cas. Les prestations de retraite que M. Waterman a touchées pendant la période de préavis ne sont pas

the payment of the defined benefits results in an actuarial deficit in the pension fund, the employer will be required to top up the fund to meet its statutory obligation to keep it fully funded. Alternatively, if the fund is operating at an actuarial surplus despite payment of the benefits, the contribution holiday that the employer may otherwise be able to take — i.e. the break from its regular contributions to the pension fund — would be reduced. In this way, withdrawal of the benefits from the pension fund, like any other payment, affects the employer's bottom line.

[133] The majority alleges that this analysis is an oversimplification and is inaccurate (para. 94). This assertion seems to misunderstand the impact of IBM having paid pension benefits to Mr. Waterman. The analysis has nothing to do with funding the benefits over time. Rather, the analysis is simply how the pension benefits paid by IBM impacted IBM's obligation to ensure the actuarial solvency of the pension fund, such that it would be necessary to either top up the pension fund or to refrain from taking a contribution holiday to the extent of those pension benefit payments.

[134] It follows that, with respect to the cost of dismissing pensionable and non-pensionable employees, there is a difference only in form, not substance. That is to say, in the case of an employee who is not eligible to receive his defined pension benefits, the employer compensates a dismissed employee by paying him damages equal to the salary he would have earned during the reasonable notice period. In the case of an employee who is eligible to receive his defined pension benefits, the employer pays: (1) pension benefits from the employer's pension fund, which it is responsible for maintaining, and (2) damages equal to the salary the employee would have earned during the notice period less what it has already paid from the pension

sorties de nulle part. Dans le cadre d'un régime de retraite à prestations déterminées, l'employeur a l'entière responsabilité de verser aux employés les prestations déterminées garanties. Advenant que le versement des prestations déterminées donne lieu à un déficit actuariel de la caisse de retraite, l'employeur sera tenu de renflouer la caisse afin de remplir son obligation légale de la maintenir intégralement capitalisée. Par contre, si la caisse de retraite présente un excédent actuariel malgré le versement des prestations, la période d'exonération de cotisations dont l'employeur peut par ailleurs bénéficier — c.-à-d. la période durant laquelle il n'a pas à verser régulièrement des cotisations à la caisse de retraite — sera réduite. Ainsi, le retrait des prestations de la caisse de retraite, comme tout autre paiement, a une incidence sur le résultat net de l'employeur.

[133] Selon les juges majoritaires, cette analyse repose sur une simplification fort excessive et inexacte (par. 94). Ils semblent avoir mal compris l'incidence du versement, par IBM, des prestations de retraite à M. Waterman. L'analyse n'a rien à voir avec le financement des prestations au fil du temps. Elle porte plutôt simplement sur l'incidence du versement des prestations de retraite sur l'obligation d'IBM de garantir la solvabilité actuarielle de la caisse de retraite, de sorte qu'il serait nécessaire de renflouer la caisse de retraite ou de renoncer à bénéficier d'une exonération de contributions correspondant aux prestations de retraite versées.

[134] Il s'ensuit que la différence entre le coût lié au congédiement des employés admissibles à la pension et le coût lié au congédiement des employés non admissibles est une question de forme seulement et non de fond. Autrement dit, dans le cas de l'employé qui n'est pas admissible aux prestations de retraite déterminées, l'employeur indemnise l'employé congédié en lui versant des dommages-intérêts équivalents au salaire qu'il aurait gagné au cours de la période de préavis raisonnable. Dans le cas de l'employé admissible à toucher ses prestations de retraite déterminées, l'employeur paie à la fois : (1) les prestations de retraite provenant de la caisse de retraite de l'employeur, une caisse qu'il a l'obligation de

fund. In both cases, the cost to the employer is the same: an amount equal to the salary the employee would have earned had he worked through the reasonable notice period. There is thus no incentive to terminate pensionable employees.

[135] The majority emphasizes Mr. Waterman's "specific and enforceable rights" in relation to his pension (para. 85). It is not disputed that Mr. Waterman's pension benefits are vested and that this gives him specific and enforceable rights. However, his specific and enforceable rights remain subject to the provisions of the plan text which govern the conditions under which benefits will be paid. As a result, even though Mr. Waterman's pension plan had vested, he could not have demanded to receive both his salary and his pension benefits had he continued to work for IBM through the reasonable notice period.

B. *Applicability of the Private Insurance Exception*

[136] The majority agrees that putting Mr. Waterman in the position he would have been in had the contract been performed would lead to the conclusion that the pension benefits must be deducted (para. 2). According to the majority, however, the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman under his employment contract on the assumption that he was retired may be treated as a "private insurance" and, thus, need not be deducted under the private insurance exception. I disagree with that conclusion. In my view, the private insurance exception has no applicability to this case.

[137] This case involves the interpretation of a single employment contract that gives rise to

maintenir, et (2) les dommages-intérêts équivalents au salaire que l'employé aurait gagné au cours de la période de préavis, déduction faite de ce qu'il a déjà payé à même la caisse de retraite. Dans les deux cas, le coût supporté par l'employeur est le même : le montant équivaut au salaire que l'employé aurait gagné s'il avait travaillé pendant toute la période de préavis raisonnable. Il n'y a ainsi rien qui incite l'employeur à congédier les employés admissibles à la pension.

[135] Les juges majoritaires mettent l'accent sur l'existence des « droits spécifiques et exécutoires » de M. Waterman relativement à sa pension (par. 85). Il n'est pas contesté que M. Waterman a acquis le droit aux prestations de retraite, ce qui lui confère des droits spécifiques et exécutoires. Toutefois, ses droits spécifiques et exécutoires demeurent assujettis aux dispositions du régime qui régissent les conditions auxquelles les prestations sont versées. Par conséquent, même s'il avait acquis des droits à son régime de retraite, M. Waterman n'aurait pas pu demander de toucher à la fois son salaire et ses prestations de retraite s'il avait continué à travailler pour IBM au cours de la période de préavis raisonnable.

B. *Applicabilité de l'exception relative à l'assurance privée*

[136] Les juges majoritaires acceptent que le fait de remettre M. Waterman dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté permettrait de conclure que les prestations de retraite doivent être déduites (par. 2). Toutefois, ils affirment que les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman aux termes de son contrat de travail, en tenant pour acquis que celui-ci avait pris sa retraite, peuvent être considérées comme des prestations d'« assurance privée » et qu'il n'est donc pas nécessaire de déduire ces prestations en vertu de l'exception relative à l'assurance privée. Je ne suis pas d'accord avec cette conclusion. J'estime que l'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas en l'espèce.

[137] La présente affaire porte sur l'interprétation d'un seul contrat de travail qui donne lieu au

Mr. Waterman's right to wrongful dismissal damages and his right to pension benefits. This Court has determined that employer-provided benefits "should not be considered contracts which are distinct from the employment contract, but rather as integral components of it" (*Sylvester*, at para. 13). The majority is correct that the words "'single contract' rule" do not literally appear in *Sylvester*, but the reasoning in *Sylvester* can lead to no other conclusion (para. 52).

[138] As I will explain, in the context of a single contract, the collateral benefit or private insurance exception has no application. The reason is straightforward: where the plaintiff's cause of action and his right to a particular benefit arise from the same contract and the plaintiff is indeed entitled to the benefits — i.e. he has "insured" himself in a manner that requires the defendant to pay the benefits — then the plaintiff will receive the benefits based on the ordinary governing principle that he should be placed in the position he would have been in had the contract been performed. There will be no need to reach the collateral benefit exception.

[139] Said another way, given that Mr. Waterman's pension flows from the same contract under which the court must assess his loss, the need to reach the private insurance exception is itself a concession that Mr. Waterman's pension was not "private insurance" that covered the breach in the first place. If he had "insured" the breach, he would get the benefits under the governing principle that he should be provided with what he would have expected to receive under the terms of the contract.

[140] For this reason, the majority's approach to this case contains an inherent inconsistency: the majority concludes that Mr. Waterman had "private insurance" that allows him to keep his pension benefits in addition to his salary. To the extent Mr. Waterman had such "private insurance", it must

droit de M. Waterman à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et à son droit à des prestations de retraite. Notre Cour a statué que les prestations versées par l'employeur « ne devraient pas être considéré[e]s comme des contrats distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci » (*Sylvester*, par. 13). Les juges majoritaires affirment avec justesse que l'expression « règle [. . .] du "contrat unique" » ne figure pas littéralement dans *Sylvester*, mais le raisonnement formulé dans cet arrêt ne peut mener qu'à cette conclusion (par. 52).

[138] Comme je l'expliquerai plus loin, dans le contexte d'un contrat unique, la prestation parallèle ou l'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas. La raison est simple : si la cause d'action du demandeur et son droit à des prestations particulières découlent du même contrat et que le demandeur a effectivement droit à ces prestations — c.-à-d. il avait « souscrit une assurance » de sorte que le défendeur est tenu de verser les prestations — le demandeur touchera alors ces prestations en raison du principe ordinaire applicable suivant lequel il devrait être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Il ne sera pas nécessaire d'invoquer l'exception relative à la prestation parallèle.

[139] En d'autres mots, vu que la pension de M. Waterman découle du même contrat aux termes duquel la cour doit évaluer la perte que celui-ci a subie, la nécessité d'invoquer l'exception relative à l'assurance privée revient à admettre que la pension de M. Waterman ne constituait pas une « assurance privée » qui couvrait au départ la violation de contrat. S'il avait « souscrit une assurance » couvrant la violation, M. Waterman obtiendrait les prestations afférentes suivant le principe général applicable voulant qu'il obtienne ce à quoi il se serait attendu à recevoir aux termes du contrat.

[140] C'est pourquoi l'approche adoptée par les juges majoritaires en l'espèce comporte une contradiction inhérente : ils concluent que M. Waterman bénéficiait d'une « assurance privée » qui lui permet de garder les prestations de retraite en plus de son salaire. Si M. Waterman

have come from his employment contract. However, if Mr. Waterman's employment contract indeed allowed him to have pension benefits in addition to his salary, there would be no need to reach any exception: he would get the benefits based on what he would have expected under the terms of the contract.

[141] In addition to this troubling inconsistency, applying the private insurance exception to this case would not be consistent with the justification for the exception. The rationale for the private insurance exception is that it would be "unjust and unreasonable to hold that the money which he prudently spent on premiums and the benefit from it should enure to the benefit of the tortfeasor" (*Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), *per* Lord Reid, at p. 14). Accepting the assumption that Mr. Waterman's work for IBM over the years is analogous to paying premiums to obtain his pension plan, it remains that the contractual terms of the pension or "insurance" he paid for allowed him to receive salary or pension benefits, but not both at the same time. In other words, this is not a case where deduction would lead to some benefit that the plaintiff paid for enuring to the benefit of the defendant. Quite to the contrary, as explained above, deducting is necessary to provide the plaintiff with the pension or "insurance" he paid for. Not deducting has the effect of the plaintiff receiving more than he expected to receive under the terms of his contract and requiring the defendant to pay more than it agreed to pay.

[142] This distinguishes the case before the court from all other cases in which the private insurance exception has been applied. Each of *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, and *Cunningham* involved a plaintiff who was personally injured by the defendant and, upon being sued, the defendant sought to pay *less* than what it owed under ordinary principles of compensatory damages based on a distinct contractual or statutory benefit that the plaintiff received from a third party.

bénéficiait d'une telle « assurance privée », celle-ci devait découler de son contrat de travail. Toutefois, si le contrat de travail de M. Waterman lui permettait effectivement de toucher à la fois des prestations de retraite et son salaire, il ne serait pas nécessaire d'invoquer une exception. M. Waterman toucherait les prestations visées simplement en obtenant ce à quoi il se serait attendu aux termes du contrat.

[141] Outre cette contradiction troublante, l'application de l'exception relative à l'assurance privée en l'espèce serait contraire à sa raison d'être, à savoir qu'il serait [TRADUCTION] « injuste et abusif de statuer que les sommes qu'il a prudemment consacrées au paiement des primes et des avantages qui en découlent profitent à l'auteur du délit » (*Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), lord Reid, p. 14). Si l'on accepte l'hypothèse qu'en travaillant pour IBM au fil des ans, M. Waterman a payé des primes pour obtenir son régime de retraite, il n'en demeure pas moins que les termes du contrat relatif à la pension ou à l'« assurance » qu'il a payée lui a permis de toucher un salaire ou des prestations de retraite, mais pas les deux à la fois. En d'autres mots, il ne s'agit pas d'un cas où la déduction donne lieu à un certain avantage pour lequel le demandeur a payé et qui profite au défendeur. Bien au contraire, comme je l'ai déjà expliqué, la déduction est nécessaire afin que le demandeur bénéficie de la pension ou de l'« assurance » pour laquelle il a payé. La non-déduction fait en sorte que le demandeur obtient plus que ce qu'il s'attendait à recevoir aux termes de son contrat et que le défendeur paye plus que ce qu'il avait accepté de payer.

[142] C'est ce qui distingue l'affaire qui nous occupe de toutes les autres affaires dans lesquelles l'exception relative à l'assurance privée a été appliquée. Dans les affaires *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, et *Cunningham*, les défendeurs qui avaient causé un préjudice aux demandeurs et qui étaient poursuivis cherchaient à payer *moins* que ce qu'ils devaient suivant les principes ordinaires en matière de dommages-intérêts compensatoires, parce que les demandeurs avaient reçu de tiers des prestations distinctes aux termes d'un contrat ou de la loi.

[143] Similarly, *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812, involved a wrongful dismissal suit, in which the employer sought to have its damages reduced based on the employee's distinct statutory entitlement to unemployment benefits. Contrary to the majority's assertion that the benefits were derived from the employment contract, the source of the benefits was a *third party* — the government. As with *Guy*, *Gill*, and *Cunningham*, *Jack Cewe* was not a case in which the plaintiff's cause of action and the benefit he received came from a single contract whose terms did not allow the plaintiff to receive both salary and benefits at the same time.

[143] De même, l'arrêt *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812, portait sur une poursuite pour congédiement injustifié dans laquelle l'employeur tentait de faire réduire les dommages-intérêts parce que, aux termes de la loi, l'employé était admissible à des prestations d'assurance-chômage. Contrairement à l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle les prestations découlaient du contrat de travail, la source des prestations dans cette affaire était un *tiers*, en l'occurrence le gouvernement. Comme dans les affaires *Guy*, *Gill* et *Cunningham*, il ne s'agissait pas dans l'affaire *Jack Cewe* d'un cas où la cause d'action du demandeur et les prestations qu'il avait reçues découlaient d'un seul contrat dont les modalités ne permettaient pas à celui-ci de toucher à la fois un salaire et des prestations.

[144] Considered in terms of the justification for the private insurance exception, in each of *Guy*, *Gill*, *Cunningham* and *Jack Cewe*, the Court was faced with two choices: (1) not deduct the benefits and thus require the defendant to pay the amount equal to the plaintiff's loss determined by ordinary principles of tort or (in the case of *Jack Cewe*) contract damages, even though the plaintiff would receive more than his actual loss as a result of the benefits he received; or (2) allow the defendant to pay nothing or some amount less than the plaintiff's loss, such that the plaintiff does not get the benefit resulting from the premiums he paid to the third party. The Court decided, consistent with the rationale for the private insurance exception, that the plaintiff — not the defendant —— should receive the benefits associated with the premiums he paid.

[144] Eu égard à la raison d'être de l'exception relative à l'assurance privée, dans chacune des affaires *Guy*, *Gill*, *Cunningham* et *Jack Cewe*, la Cour devait choisir entre deux solutions : (1) ne pas déduire les prestations et obliger ainsi le défendeur à payer au demandeur la somme correspondant à la perte subie, suivant les principes ordinaires en matière de responsabilité délictuelle ou (comme dans l'affaire *Jack Cewe*) en matière de dommages-intérêts contractuels, même si le demandeur toucherait davantage que l'équivalent matériel de la perte subie en raison des prestations reçues; ou (2) permettre au défendeur de ne verser aucune indemnité ou de verser une somme moindre que l'équivalent matériel de la perte subie par le demandeur, de sorte que celui-ci ne bénéficie pas des prestations découlant des primes versées à un tiers. La Cour a décidé, conformément à la raison d'être de l'exception relative à l'assurance privée, que le demandeur — et non le défendeur — devrait toucher les prestations découlant des primes qu'il avait payées.

[145] The choice in this case is very different. The options are to (1) not deduct, requiring the defendant to pay more than it agreed to pay the plaintiff under the terms of the employment contract and awarding the plaintiff more than he bargained for; or (2) deduct, requiring the defendant to pay an amount equal to the plaintiff's loss (i.e. the

[145] En l'espèce, le choix est tout à fait différent. Les solutions offertes sont (1) ne pas déduire, obligeant ainsi le défendeur à verser une somme plus élevée que celle qu'il avait convenu de verser au demandeur aux termes du contrat de travail, et accordant à ce dernier davantage que ce qu'il a négocié; ou (2) déduire, obligeant ainsi le défendeur

amount required to put the plaintiff in the position he would have been in had the contract been performed) and awarding the plaintiff an amount equal to his loss. In neither case do benefits that the plaintiff actually paid for enure to the defendant. The issue is whether the defendant should be required to pay twice, such that the plaintiff receives more than he bargained for under his contract, or pay once, such that the plaintiff receives exactly what he bargained for under his contract. In my view, the latter is appropriate.

[146] The fact that this case involves a single contract also distinguishes the cases the majority cites, such as *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), and *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), in which employees sued their employers in tort for personal injuries caused by the employer. In each of those cases, the employer sought to pay less than the plaintiff's loss from the injury, according to ordinary tort principles, based on benefits that flowed to the plaintiff from his employment contract. In neither case did the facts before the court establish that it would be inconsistent with the terms of the employment contract for the plaintiff to receive both tort damages and his employment benefits. That is in contrast to this case, where, as described above, Mr. Waterman's contract provided that he could receive salary or pension benefits, but not both.

[147] Further, the choice before the courts in *Price* and *Phillips* was whether to (1) require the defendant to honour both of its legal duties (the legal duty to take reasonable care under tort and the legal duty to pay the plaintiff the amount promised under his employment contract) such that

à verser une somme correspondant à la perte subie par le demandeur (c.-à-d. le montant nécessaire pour que le demandeur soit rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté), et accordant au demandeur une somme équivalente à la perte subie. Dans les deux cas, les prestations pour lesquelles le demandeur a effectivement payé ne profitent pas au défendeur. Il s'agit de déterminer si le défendeur doit être tenu de payer deux fois, de sorte que le demandeur obtienne davantage que ce qu'il a négocié aux termes de son contrat, ou de payer une seule fois, de sorte que le demandeur obtienne exactement ce qu'il a négocié aux termes de son contrat. J'estime que cette dernière solution est la bonne.

[146] L'existence d'un seul contrat en l'espèce permet également d'établir une distinction entre la présente affaire et les décisions citées par les juges majoritaires, notamment, *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), et *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992). Dans ces affaires, des employés victimes de blessures causées par les employeurs ont poursuivi ces derniers en responsabilité délictuelle. Dans chacun de ces cas, l'employeur cherchait à payer moins que la valeur de la perte que la blessure avait causée au demandeur, suivant les principes ordinaires en matière de responsabilité délictuelle, du fait des prestations que ce dernier avait reçues aux termes de son contrat de travail. Dans les deux cas, les faits présentés à la cour n'établissaient pas qu'il serait contraire aux termes du contrat de travail que le demandeur obtienne à la fois des dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle et ses prestations d'emploi. D'où la distinction d'avec la présente affaire où, comme il est indiqué ci-dessus, le contrat de M. Waterman prévoyait qu'il pouvait toucher son salaire ou des prestations de retraite, mais pas les deux.

[147] En outre, le choix qui s'offrait aux tribunaux saisis des affaires *Price* et *Phillips* consistait (1) soit à exiger du défendeur qu'il respecte ses deux obligations légales (l'obligation d'agir avec diligence raisonnable en matière de responsabilité délictuelle et l'obligation de verser au demandeur

the plaintiff would receive compensation for his loss and the benefits he was entitled to under his employment contract; or (2) allow the defendant to offset the damages for breaching its duty of care using the benefits that it had separately promised the plaintiff in his employment contract, such that those benefits would enure to the defendant. Again, there is no parallel here. This case involves a single legal duty to honour the terms of an employment contract. The terms of that contract provided that Mr. Waterman would receive only his salary during his reasonable notice period.

[148] In sum, I would reject the idea that the private insurance exception is applicable to cases that involve a single contract that is the source of both the plaintiff's cause of action and other benefits. In such circumstances, there is no justification for resorting to the private insurance exception because the plaintiff's entitlement to the benefits is established based on the terms of his contract.

C. *The Majority's Treatment of Sylvester*

[149] The majority has devoted an extensive portion of its reasons in attempting to distinguish this case from *Sylvester* and at the same time attempting to rely on *Sylvester* (paras. 80-98). As I read the majority's reasons with respect to *Sylvester*, they say that, under the ordinary principles of contract damages, *Sylvester* would support the proposition that Mr. Waterman is entitled to both his salary and his pension benefits at the same time (paras. 88-91). Indeed, if *Sylvester* was authority for such a result, it is difficult to understand the majority's resort to the private insurance exception. With respect, the majority's analysis of *Sylvester* is strained. In my respectful opinion, a straightforward reading of *Sylvester* demonstrates that it is a fully applicable authority supporting the proposition that under a single contract of employment, barring contract terminology to the contrary, an individual cannot

le montant promis dans le cadre de son contrat de travail) de sorte que le demandeur obtienne une indemnisation pour la perte subie ainsi que les prestations auxquelles il avait droit aux termes de son contrat de travail; (2) soit à permettre au défendeur de compenser les dommages-intérêts pour manquement à son obligation de diligence à même les prestations qu'il avait promises au demandeur dans le cadre de son contrat de travail, de sorte que ces prestations profitent au défendeur. Là encore, la situation est différente de celle en l'espèce. L'affaire qui nous occupe porte sur la seule obligation juridique de respecter un contrat de travail aux termes duquel M. Waterman ne toucherait que son salaire au cours de la période de préavis raisonnable.

[148] En somme, je rejetterais la thèse selon laquelle l'exception relative à l'assurance privée s'applique aux affaires portant sur un contrat unique à l'origine de la cause d'action du demandeur et d'autres prestations. Dans ces circonstances, rien ne justifie le recours à l'exception relative à l'assurance privée parce que le droit du demandeur aux prestations est établi aux termes de son contrat.

C. *L'interprétation de l'arrêt Sylvester donnée par les juges majoritaires*

[149] Dans une grande partie de leurs motifs, les juges majoritaires ont tenté d'établir une distinction entre l'affaire qui nous occupe et l'arrêt *Sylvester* tout en cherchant à s'appuyer sur cet arrêt (par. 80-98). D'après ce que je comprends de leurs motifs à ce sujet, ils affirment que, selon les principes ordinaires en matière de dommages-intérêts contractuels, l'arrêt *Sylvester* confirmerait la thèse voulant que M. Waterman ait droit à la fois à son salaire et à ses prestations de retraite (par. 88-91). Si l'arrêt *Sylvester* appuie effectivement cette thèse, il est difficile de comprendre pourquoi les juges majoritaires ont recours à l'exception relative à l'assurance privée. En toute déférence, l'analyse que font les juges majoritaires de l'arrêt *Sylvester* est forcée. À mon avis, une interprétation simple de *Sylvester* montre que cet arrêt est tout à fait favorable à la thèse voulant qu'aux termes

receive salary as if he is working and pension benefits as if he is retired. These are opposite, incompatible assumptions. Thus, salary and pension income are not payable at the same time.

d'un contrat de travail unique, sous réserve de dispositions contraires du contrat, une personne ne peut toucher un salaire comme si elle travaillait ainsi que des prestations de retraite comme si elle avait pris sa retraite. Il s'agit là d'hypothèses opposées et incompatibles. Ainsi, le salaire et le revenu de pension ne sont pas payables en même temps.

D. *Efficient Breach*

D. *Inexécution rentable*

[150] My colleague appropriately cautions against speculation about "policy" and the future impact of deduction rules. I would not resolve this case based on policy or speculation. In my view, the case should be resolved based on the terms of the parties' contract.

[150] Mon collègue fait à juste titre une mise en garde à propos des conjectures relatives aux considérations de « principe » et aux répercussions futures des règles en matière de déduction. Je ne trancherais pas la présente affaire en fonction de considérations de principe ou de conjectures. J'estime qu'il convient de trancher la présente affaire en fonction des modalités du contrat conclu entre les parties.

[151] Only in response to the majority's concerns about policy, I point out that while the majority's conclusion would operate to Mr. Waterman's benefit in this case, it would do so at the cost of other employees in the future. It is often advantageous for both employers *and* employees to agree to an amount for reasonable notice, rather than having the employee work through the notice period. For instance, in the case of an employer who must terminate an employee, it may be advantageous for the employer to offer the employee at least the amount he would have earned throughout the notice period in order to end the employment relationship immediately. In those circumstances, it will generally also be economically favourable for the employee to accept the offer because he will receive the full salary he would have earned if he worked through the notice period without having to work through the period. He would then be free to earn additional income from alternate employment.

[151] En réponse seulement aux préoccupations des juges majoritaires relatives aux considérations de principe, je signale que si leur conclusion favorisait M. Waterman en l'espèce, ce serait au détriment d'autres employés à l'avenir. Il est souvent avantageux *autant* pour l'employeur *que* pour l'employé, de s'entendre sur une somme correspondant à la période de préavis raisonnable au lieu de maintenir ce dernier en fonctions pendant cette même période. Par exemple, dans le cas de l'employeur qui doit congédier un employé, il peut être avantageux pour cet employeur d'offrir à l'employé à tout le moins la somme qu'il aurait gagnée pendant toute la période du préavis pour mettre fin à la relation d'emploi immédiatement. Dans ces circonstances, il sera en règle générale également avantageux sur le plan économique pour l'employé d'accepter l'offre de l'employeur, parce qu'il touchera alors le plein salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant toute la période du préavis, sans avoir pour autant à travailler. L'employé sera alors libre de tirer un revenu supplémentaire d'un autre emploi.

[152] In fact, the record reveals that this was precisely the case here: IBM offered Mr. Waterman a separation agreement that would have provided

[152] En fait, il ressort du dossier que c'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce : IBM a offert à M. Waterman une entente de cessation

him with even more than he would have earned if he had worked through the reasonable notice period. If IBM had provided Mr. Waterman with the additional 18 months of notice to which he was entitled and Mr. Waterman had worked through the entire notice period, he would have earned approximately $112,000 in salary and accrued benefits. Under the separation offer Mr. Waterman turned down, he would have received an $80,000 separation payment, plus an additional $38,000 in pension payments during the 18-month period. He thus would have received approximately $118,000. In addition, he would have been free to obtain income from alternative employment.

[153] This is an example of efficient breach. This Court has previously described efficient breach and cautioned courts from discouraging such a breach:

> Efficient breach is what economists describe as a Pareto optimal outcome where one party may be better off but no one is worse off, or expressed differently, nobody loses. Efficient breach should not be discouraged by the courts. This lack of disapproval emphasizes that a court will usually award money damages for breach of contract equal to the value of the bargain to the plaintiff.

(*Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 31)

[154] The majority's approach discourages efficient breach in the context of an employer with a defined benefit pension plan who wishes to terminate an employee. This is because, all things equal, the majority approach incentivizes the employer to require the employee to work through the notice period (and avoid paying out the pension benefits) instead of offering the employee a separation package that would be economically superior for the employee. While there are always a number of competing factors that govern whether an employer makes a separation offer and what that offer contains, the majority's approach encourages,

d'emploi qui lui aurait permis d'obtenir davantage que ce qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant toute la période visée par le préavis raisonnable. Si IBM avait accordé à M. Waterman le préavis supplémentaire de 18 mois auquel ce dernier avait droit, et si M. Waterman avait travaillé pendant tout ce temps, il aurait gagné environ 112 000 $ en salaire et en prestations accumulées. Aux termes de l'offre de cessation d'emploi qu'il a refusée, M. Waterman aurait reçu une indemnité de cessation d'emploi de 80 000 $, ainsi que 38 000 $ en prestations de retraite pour la période de préavis de 18 mois. Il aurait donc reçu environ 118 000 $. De plus, il lui aurait été loisible d'obtenir un revenu d'un autre emploi.

[153] Il s'agit là d'un exemple d'inexécution rentable. Notre Cour a déjà décrit l'inexécution rentable et mis en garde les tribunaux de ne pas décourager une telle inexécution :

> L'inexécution rentable correspond à ce que les économistes décrivent comme l'optimum de Pareto : une partie peut être avantagée sans qu'aucune autre ne soit désavantagée; en d'autres termes, personne n'y perd. Les tribunaux ne devraient pas décourager l'inexécution rentable. Cette absence de désapprobation rappelle que les dommages-intérêts pour inexécution contractuelle accordés par les tribunaux équivalent habituellement à la valeur du marché pour le demandeur.

(*Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 31)

[154] L'approche retenue par les juges majoritaires décourage l'inexécution rentable dans le contexte d'un employeur qui offre un régime de retraite à prestations déterminées et qui souhaite congédier un employé. En effet, toutes proportions gardées, cette approche incite l'employeur à obliger l'employé à travailler jusqu'à la fin de la période de préavis raisonnable (et lui évite ainsi de verser à l'employé des prestations de retraite) au lieu de présenter une offre de cessation d'emploi financièrement plus avantageuse pour l'employé. Bien que de multiples facteurs opposés régissent souvent la décision de l'employeur de faire une offre

at least to some extent, giving working notice rather than severance.

VI. Conclusion

[155] The pension benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period should be deducted in assessing Mr. Waterman's damages for wrongful dismissal. I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs throughout, McLachlin C.J. *and* Rothstein J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: MacKenzie Fujisawa, Vancouver.

de cessation d'emploi ainsi que le contenu de cette offre, l'approche des juges majoritaires encourage l'employeur, du moins dans une certaine mesure, à donner un préavis plutôt qu'une indemnité de cessation d'emploi.

VI. Conclusion

[155] Les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable devraient être déduites lors du calcul des dommages-intérêts pour congédiement injustifié de M. Waterman. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLachlin *et le juge* Rothstein *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : MacKenzie Fujisawa, Vancouver.

Police Constable Kris Wood, Acting Sergeant Mark Pullbrook and Police Constable Graham Seguin *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Ruth Schaeffer, Evelyn Minty, Diane Pinder and Ian Scott, Director of the Special Investigations Unit *Respondents/Appellants on cross-appeal*

- and -

Julian Fantino, Commissioner of the Ontario Provincial Police *Respondent/Respondent on cross-appeal*

and

Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Criminal Lawyers' Association (Ontario), Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia, Urban Alliance on Race Relations, Canadian Police Association and Police Association of Ontario *Interveners*

Agent Kris Wood, sergent intérimaire Mark Pullbrook et agent Graham Seguin *Appelants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Ruth Schaeffer, Evelyn Minty, Diane Pinder et Ian Scott, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales *Intimés/Appelants au pourvoi incident*

- et -

Julian Fantino, commissaire de la Police provinciale de l'Ontario *Intimé/Intimé au pourvoi incident*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Criminal Lawyers'Association (Ontario), Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia, Alliance urbaine sur les relations interraciales, Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario *Intervenants*

INDEXED AS: WOOD *v.* SCHAEFFER

2013 SCC 71

File No.: 34621.

2013: April 19; 2013: December 19.

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

RÉPERTORIÉ : WOOD *c.* SCHAEFFER

2013 CSC 71

N° du greffe : 34621.

2013 : 19 avril; 2013 : 19 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Police — Investigations — Special Investigations Unit — Right to counsel — Duty to make notes — Whether

Police — Enquêtes — Unité des enquêtes spéciales — Droit à l'avocat — Obligation de rédiger des notes —

police officers have right to consult with counsel before making notes on incident — Whether police officers are entitled to basic legal advice as to nature of rights and obligations in connection with incident — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15, s. 113 — Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 7, 9.

This case arises from two independent fatal incidents in which civilians were shot by the police. In both cases, the involved officers were instructed by superior officers to refrain from making their police notes on the incident until they had spoken with counsel. The families of the two civilians who were killed brought an application seeking an interpretation of various provisions of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P-15, and *Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit*, O. Reg. 267/10. For purposes of this appeal, the pertinent issue raised by the families was whether the legislative scheme permitted officers to consult with counsel before completing their notes.

The families' application was dismissed by the Superior Court on procedural grounds. The Court of Appeal dealt with the matter on its merits, and held that the regulation did not permit police officers to seek the assistance of counsel in completing their notes. However, it found that, under the regulation, officers were entitled to receive basic legal advice as to the nature of their rights and obligations regarding the incident and the Special Investigations Unit ("SIU") investigation before completing their notes. The officers argue that those limits are too restrictive. The Director of the Special Investigations Unit cross-appeals, arguing that police officers are not entitled to legal advice, basic or otherwise, prior to completing their notes.

Held (LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting in the cross-appeal): The appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Police officers are entrusted by the communities they serve with significant legal authority, including, in some circumstances, the power to use deadly force against their fellow citizens. The indispensible foundation for such authority is the community's steadfast trust in the police. But that trust can be tested when a member of the community is killed or seriously injured at the hands of a police officer. The SIU

L'agent de police a-t-il le droit de consulter un avocat avant de rédiger ses notes au sujet d'un incident? — L'agent de police a-t-il le droit d'obtenir des conseils juridiques de base quant à la nature de ses droits et de ses obligations relativement à l'incident? — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 113 — Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10, art. 7, 9.

La présente affaire résulte de deux incidents fatals distincts au cours desquels des civils ont été abattus par des policiers. Dans les deux cas, les agents en cause ont eu pour instruction de leur supérieur de ne prendre aucune note au sujet de l'incident tant qu'ils n'auraient pas parlé à un avocat. Les familles des deux civils tués ont présenté une requête pour obtenir l'interprétation de diverses dispositions de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, et du Règl. de l'Ont. 267/10, *Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales*. Dans le cadre du présent pourvoi, la question pertinente que soulèvent les familles est celle de savoir si le régime législatif permet aux agents de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes.

La requête des familles a été rejetée par la Cour supérieure pour des motifs d'ordre procédural. La Cour d'appel a jugé l'affaire au fond et conclu que le règlement ne permettait pas aux policiers de recourir à l'aide d'un avocat pour rédiger leurs notes. Toutefois, à son avis, le règlement donnait aux agents le droit à des conseils juridiques de base au sujet de la nature de leurs droits et de leurs obligations relativement à l'incident et à l'enquête de l'Unité des enquêtes spéciales (« UES ») avant la rédaction de leurs notes. Les agents font valoir que ces limites sont trop restrictives. Le directeur de l'UES forme un pourvoi incident, affirmant que les agents n'ont pas droit à des conseils juridiques de quelque nature que ce soit avant d'avoir rédigé leurs notes.

Arrêt (les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents à l'égard du pourvoi incident) : Le pourvoi est rejeté, et le pourvoi incident est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Les policiers se voient conférer par les collectivités qu'ils servent des pouvoirs légaux importants, dont celui de recourir, dans certaines circonstances, à une force létale contre leurs concitoyens. Ces pouvoirs reposent nécessairement sur la confiance inébranlable du public envers la police. Mais cette confiance peut parfois être mise à rude épreuve lorsqu'un citoyen est tué ou grièvement

is charged with the delicate task of determining independently and transparently what happened and why, in the hope of providing the community with answers. Permitting police officers to consult with counsel before their notes are prepared is an anathema to the very transparency that the legislative scheme aims to promote. When the community's trust in the police is at stake, it is imperative that the investigatory process be — and appear to be — transparent.

Under the Act and regulation, a police officer who witnessed or participated in an incident under investigation by the SIU is not permitted to speak with a lawyer before preparing his or her notes concerning the incident. While officers, in their capacity as ordinary citizens, may be free at common law to consult with counsel as and when they see fit, we are considering them here in their professional capacity as police officers who are involved in an SIU investigation. In these circumstances, the point of departure is not the common law, but the regulation which governs these situations and which comprehensively sets out their rights and duties, including their entitlement to counsel. So long as police officers choose to wear the badge, they must comply with their duties and responsibilities under the regulation, even if this means at times having to forego liberties they would otherwise enjoy as ordinary citizens.

Read in the full light of its history and context, it is apparent, for three reasons, that the regulation was not meant to permit officers to consult with counsel before they complete their notes.

First, consultation with counsel at the note-making stage is antithetical to the dominant purpose of the legislative scheme because it risks eroding the public confidence that the SIU process was meant to foster. The legislative scheme specifically combats the problem of appearances that flowed from "police investigating police" by placing investigations of the police in the hands of civilians. Allowing officers to fully consult with counsel at the note-making stage creates an "appearances problem" similar to the one that the SIU was created to overcome: a reasonable member of the public would naturally question whether counsel's assistance at the note-making stage is sought by officers to help them fulfill their duties as police officers, or if it is instead sought, in their self-interest, to protect themselves and their colleagues from the potential liability of an adverse SIU investigation.

blessé par un policier. L'UES s'est vu confier la tâche délicate de déterminer de façon indépendante et transparente les faits et leur cause, le tout dans l'espoir de fournir des réponses à la population. Permettre aux policiers de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes est à l'antipode de la transparence même que le régime législatif vise à favoriser. Lorsqu'il y va de la confiance du public envers la police, il est impératif que le processus d'enquête soit transparent, et aussi qu'il ait toutes les apparences de la transparence.

Suivant la Loi et le règlement, le policier qui est témoin d'un incident faisant l'objet d'une enquête de l'UES ou y est impliqué n'a pas le droit de parler à un avocat avant de rédiger ses notes à ce sujet. Si les agents, en tant que simples citoyens, jouissent de la liberté que la common law reconnaît à quiconque de consulter un avocat à sa guise, c'est à titre professionnel que nous les considérons en leur qualité de policiers visés par des enquêtes de l'UES. Dans ces circonstances, il convient de prendre pour point de départ, non pas la common law, mais le règlement, qui régit ces situations et énonce de façon exhaustive les droits et les obligations des agents, dont le droit à l'avocat. Dès lors qu'il choisit d'arborer son insigne, le policier doit se conformer aux obligations et aux responsabilités énumérées au règlement, et ce même s'il doit, pour ce faire, renoncer à certaines libertés dont il jouirait par ailleurs en tant que simple citoyen.

Il ressort clairement de son contexte et de son historique que ce règlement n'était pas censé permettre aux policiers de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes, et ce pour trois raisons.

Premièrement, reconnaître un droit de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes contrecarrerait l'objet principal du régime législatif, car l'exercice d'un tel droit risque de miner la confiance du public que l'UES était censée favoriser. Le régime législatif remédie expressément au problème d'apparences, qui résultait du fait que « la police enquête sur la police », en confiant les enquêtes sur les policiers à des civils. Autoriser les agents à consulter sans restriction un avocat à l'étape de la prise de notes créerait un « problème d'apparences » semblable à celui qui a motivé la création de l'UES : tout citoyen raisonnable pourrait à juste titre se demander si l'agent recourt à l'assistance d'un avocat à l'étape de la prise de notes pour l'aider à s'acquitter de ses obligations professionnelles ou s'il le fait plutôt dans son intérêt personnel pour se protéger et protéger ses collègues contre une conclusion accablante de la part de l'UES à l'issue de l'enquête.

Second, the legislative history demonstrates that s. 7(1) was never intended to create a freestanding entitlement to consult with counsel that extended to the note-making stage. There was no discussion of a role for counsel at the note-making stage in any of the reports related to the regulation, let alone a recommendation to that effect. While the government has long been aware of the practice of officers consulting with counsel prior to preparing their notes, the government is not required to amend regulations to forbid practices that are already inconsistent with the legislative scheme.

Third, consulting with counsel at the note-making stage impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed and comprehensive notes in accordance with their duty under s. 9 of the regulation. Sections 9(1) and 9(3) of the regulation require witness and subject officers to "complete in full the notes on the incident in accordance with [their] duty". While neither the regulation nor the Act define the duty to make notes, police officers do have a duty to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes as soon as practicable after an investigation. Permitting officers to consult with counsel before preparing their notes runs the risk that the focus of the notes will shift away from the officer's public duty toward his or her private interest in justifying what has taken place. This shift would not be in accord with the officer's duty.

Without in any way impugning the integrity of counsel or police officers, even the perfunctory consultation contemplated by the Court of Appeal is liable to cause the same threat to public confidence, if on a somewhat diminished scale, because the initial consultation is privileged. A loss of public trust would seem a high price to pay for an initial consultation that is limited to providing officers with basic information that can easily be conveyed in ways that do not generate any appearance problem. Nothing in the regulation prevents officers who have been involved in traumatic incidents from speaking to doctors, mental health professionals, or uninvolved senior police officers before they write their notes, and the regulation empowers the chief of police to allow officers more time to complete their notes when required. Once officers have completed their notes and filed them with the chief of police, they are free to consult with counsel.

Per LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting in the cross-appeal): Everyone is at liberty to consult counsel whenever they wish unless doing so is precluded by lawful authority or inconsistent with their duty. This freedom

Deuxièmement, l'historique législatif démontre que le par. 7(1) n'était jamais censé créer un droit autonome à la consultation d'un avocat à l'étape de la rédaction des notes. Aucun des rapports ayant trait au règlement ne comporte de mention d'un quelconque rôle pour l'avocat à l'étape de la prise de notes, encore moins de recommandations en ce sens. Bien que le gouvernement soit au courant depuis longtemps de la pratique qui consiste pour l'agent à consulter un avocat avant de rédiger ses notes, le gouvernement n'a pas à modifier un règlement pour interdire une pratique qui est déjà incompatible avec le régime législatif.

Troisièmement, consulter un avocat à l'étape de la rédaction des notes empêcherait les agents de police de rédiger des notes précises, détaillées et exhaustives conformément à leur obligation comme l'exige l'art. 9 du règlement. Les paragraphes 9(1) et 9(3) du règlement obligent l'agent témoin et l'agent impliqué à rédiger « des notes complètes sur l'incident conformément à [leur] obligation ». Bien que ni le règlement ni la Loi ne définissent l'obligation de rédiger des notes, les policiers ont certes l'obligation de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives dès que possible après l'enquête. Si les policiers pouvaient consulter un avocat avant de rédiger leurs notes, ils risqueraient de s'attacher à défendre leur intérêt personnel et à justifier leurs actes, au détriment de leur devoir public. Un tel changement de perspective serait contraire à ce devoir.

L'intégrité des avocats et des agents de police n'est aucunement mise en doute, mais même la consultation sommaire qu'envisage la Cour d'appel risque aussi de miner la confiance du public, bien que dans une moindre mesure, comme la consultation initiale est protégée par le secret professionnel. Une consultation initiale qui se limite à offrir aux agents des renseignements de base pouvant aisément être transmis par des moyens qui n'occasionnent pas de problème d'apparences ne vaut pas la peine d'ébranler la confiance du public. Rien dans le règlement n'empêche l'agent qui est intervenu dans un incident traumatisant de faire appel à un médecin, à un professionnel de la santé mentale ou à un supérieur n'ayant pas assisté à l'incident avant de rédiger ses notes, et le règlement habilite le chef de police à donner dans ce cas à l'agent un délai supplémentaire pour terminer ses notes, au besoin. Une fois ses notes rédigées et soumises au chef de police, l'agent peut consulter un avocat.

Les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents à l'égard du pourvoi incident) : Chacun demeure libre de consulter un avocat lorsqu'il le juge à propos, sauf si cette consultation s'avère inconciliable avec ses fonctions

reflects the importance of the societal role of lawyers in a country governed by the rule of law and it should not be eliminated in the absence of clear legislative intent.

Interpreting s. 7(1) of the regulation purposively requires that we give effect to police officers' freedom to consult counsel and consider the importance of the SIU's mandate to enhance public confidence in the police. The plain wording of s. 7(1) grants the right to consult with legal counsel and the right to have legal counsel present during an SIU interview. Since this wording does not oust the rights that police officers would otherwise enjoy as ordinary citizens, and since the potential tension between the right to consult and the duty of the officer to write complete and independent notes can be resolved, there is no need to completely eliminate a police officer's liberty to consult counsel.

We must trust that lawyers will know that they cannot give advice about the contents and drafting of the notes, which must remain the result of a police officer's independent account of the events. However, the officer could be advised that he or she is required to complete notes of the incident prior to the end of his or her tour of duty and submit them to the chief of police unless excused by the chief of police; that the chief of police will not pass the notes of a subject officer on to the SIU, but will pass the notes of a witness officer on to the SIU; that the officer will be required to answer questions from the SIU investigators; that the officer will be entitled to consult counsel prior to the SIU interview and to have counsel present during the interview; and that the notes should provide a full and honest record of the officer's recollection of the incident in the officer's own words. This brief, informative conversation might not be as meaningful as comprehensive legal advice on the relationship between an officer's notes and potential liability, but it might help to remind an officer of his or her duties in the circumstances and put the officer at ease after having experienced a potentially traumatic incident.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *R. v. Sussex Justices*, *Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128; *R. v.*

ou que l'exercice d'un pouvoir légitime l'interdit. Cette liberté traduit l'importance du rôle social que jouent les avocats au sein d'un État de droit et il ne convient pas de la supprimer en l'absence d'une intention claire du législateur en ce sens.

L'interprétation téléologique du par. 7(1) du règlement commande que l'on donne effet à la liberté des policiers de consulter un avocat et que l'on tienne compte de l'importance de la mission confiée à l'UES, qui vise à favoriser la confiance du public envers la police. Il ressort de son libellé que le par. 7(1) confère le droit de consulter un avocat et le droit à la présence d'un avocat lors d'une entrevue avec l'UES. Comme ce libellé n'exclut pas les droits dont les policiers jouissent par ailleurs en tant que simples citoyens, et comme la tension potentielle entre le droit de l'agent de consulter un avocat et son obligation de rédiger des notes exhaustives et indépendantes peut être éliminée, rien ne justifie de supprimer entièrement la liberté des agents de police de consulter un avocat.

Nous pouvons compter sur les avocats pour savoir qu'ils ne peuvent donner de conseils au sujet de la teneur et de la rédaction des notes, qui doivent demeurer un récit indépendant des faits par le policier. Cependant, il serait possible de conseiller à l'agent qu'il doit terminer ses notes au sujet de l'incident avant la fin de sa période de service et les soumettre au chef de police à moins d'en être dispensé par ce dernier; que le chef de police ne transmettra pas les notes de l'agent impliqué à l'UES, mais qu'il transmettra les notes de l'agent témoin; que l'agent devra répondre aux questions des enquêteurs de l'UES; qu'il a le droit de consulter un avocat avant son entrevue avec l'UES et a droit à la présence d'un avocat au cours de son entrevue ainsi qu'il doit rendre compte de façon complète et honnête de l'incident, d'après ses souvenirs et dans ses propres mots. Il se peut que ce genre de brève conversation à caractère informatif ne se révèle pas aussi utile qu'une consultation juridique détaillée au sujet des rapports entre les notes de l'agent et sa responsabilité éventuelle, mais puisse contribuer à rappeler à ce dernier ses obligations en pareilles circonstances et à le mettre plus à l'aise à la suite d'un incident possiblement traumatisant.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *R. c. Sussex Justices*, *Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta.

Zack, [1999] O.J. No. 5747 (QL); *R. v. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII); *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

By LeBel and Cromwell JJ. (dissenting on cross-appeal)

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(*b*).
Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 1(1) "subject officer", "witness officer", 6(1), (2), 7, 8(1), (2), 9, 10(3)(b), (c), 12.
Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 673/98, ss. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13.
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 42, 113(3), (5), (7), (9).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.05(3).

Authors Cited

Adams, George W. *Consultation Report of the Honourable George W. Adams, Q.C. to the Attorney General and Solicitor General Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.
Adams, George W. *Review Report on the Special Investigations Unit Reforms prepared for the Attorney General of Ontario by The Honourable George W. Adams, Q.C.* Toronto: Ministry of the Attorney General, 2003.
Clewley, Gary. "Officers and the SIU" (2009), 4 *The Back-Up* 25.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 3. London: Butterworths, 1973.
LeSage, Patrick J. *Report regarding SIU Issues*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2011.
Marin, André. *Oversight Unseen: Investigation into the Special Investigations Unit's operational effectiveness and credibility*. Toronto: Ombudsman Ontario, 2008.
Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

L.R. (4th) 128; *R. c. Zack*, [1999] O.J. No. 5747 (QL); *R. c. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII); *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

Citée par les juges LeBel et Cromwell (dissidents quant au pourvoi incident)

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10*b*).
Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 673/98, art. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13.
Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10, art. 1(1) « agent impliqué », « agent témoin », 6(1), (2), 7, 8(1), (2), 9, 10(3)b), c), 12.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42, 113(3), (5), (7), (9).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3).

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Consultation Report of the Honourable George W. Adams, Q.C. to the Attorney General and Solicitor General Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit*. Toronto : Ministry of the Attorney General, 1998.
Adams, George W. *Rapport d'étude sur les réformes de l'Unité des enquêtes spéciales rédigé à l'intention du procureur général de l'Ontario par l'honorable George W. Adams, c.r.* Toronto : Ministère du Procureur général, 2003.
Clewley, Gary. « Officers and the SIU » (2009), 4 *The Back-Up* 25.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 3. London : Butterworths, 1973.
LeSage, Patrick J. *Rapport sur des questions concernant l'UES*. Toronto : Ministère du Procureur général, 2011.
Marin, André. *Une surveillance imperceptible : Enquête sur l'efficacité et la crédibilité des opérations de l'Unité des enquêtes spéciales*. Toronto : Ombudsman Ontario, 2008.
Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 2e sess., 34e lég., 17 mai 1990, p. 1318.

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., May 17, 1990, p. 1318.
Ontario. Race Relations and Policing Task Force. *The Report of the Race Relations and Policing Task Force*. Toronto: The Task Force, 1989.
Orkin, Mark M. *Legal Ethics*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2011.
Reith, Charles. *The Blind Eye of History: a study of the origins of the present Police era*. Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1975.
Salhany, Roger E. *Report of the Taman Inquiry into the Investigation and Prosecution of Derek Harvey-Zenk*. Winnipeg: Taman Inquiry, 2008.
Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 7th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Armstrong and Rouleau JJ.A.), 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721, 284 O.A.C. 362, 341 D.L.R. (4th) 481, 278 C.C.C. (3d) 57, 246 C.R.R. (2d) 181, [2011] O.J. No. 5033 (QL), 2011 CarswellOnt 12463, setting aside a decision of Low J., 2010 ONSC 3647 (CanLII), [2010] O.J. No. 2770 (QL), 2010 CarswellOnt 4564. Appeal dismissed and cross-appeal allowed, LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting on cross-appeal.

Brian H. Greenspan, *David M. Humphrey* and *Jill D. Makepeace*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Julian N. Falconer and *Sunil S. Mathai*, for the respondents/appellants on cross-appeal Ruth Schaeffer, Evelyn Minty and Diane Pinder.

Marlys A. Edwardh, *Daniel Sheppard* and *Kelly Doctor*, for the respondent/appellant on cross-appeal Ian Scott, Director of the Special Investigations Unit.

Christopher Diana and *Kenneth W. Hogg*, for the respondent/respondent on cross-appeal Julian Fantino, Commissioner of the Ontario Provincial Police.

Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.
Ontario. Race Relations and Policing Task Force. *The Report of the Race Relations and Policing Task Force*. Toronto : The Task Force, 1989.
Orkin, Mark M. *Legal Ethics*, 2nd ed. Toronto : Canada Law Book, 2011.
Reith, Charles. *The Blind Eye of History : a study of the origins of the present Police era*. Montclair, New Jersey : Patterson Smith, 1975.
Salhany, Roger E. *Report of the Taman Inquiry into the Investigation and Prosecution of Derek Harvey-Zenk*. Winnipeg : Taman Inquiry, 2008.
Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 7th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Armstrong et Rouleau), 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721, 284 O.A.C. 362, 341 D.L.R. (4th) 481, 278 C.C.C. (3d) 57, 246 C.R.R. (2d) 181, [2011] O.J. No. 5033 (QL), 2011 CarswellOnt 12463, qui a infirmé une décision de la juge Low, 2010 ONSC 3647 (CanLII), [2010] O.J. No. 2770 (QL), 2010 CarswellOnt 4564. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents quant au pourvoi incident.

Brian H. Greenspan, *David M. Humphrey* et *Jill D. Makepeace*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Julian N. Falconer et *Sunil S. Mathai*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Ruth Schaeffer, Evelyn Minty et Diane Pinder.

Marlys A. Edwardh, *Daniel Sheppard* et *Kelly Doctor*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident Ian Scott, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales.

Christopher Diana et *Kenneth W. Hogg*, pour l'intimé/intimé au pourvoi incident Julian Fantino, commissaire de la Police provinciale de l'Ontario.

Wendy J. Wagner and *Ryan W. Kennedy*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Andrew I. Nathanson and *Gavin R. Cameron*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Christa D. Big Canoe and *Emily R. Hill*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Howard L. Krongold and *Michael Spratt*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marian K. Brown, for the intervener Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia.

Maureen L. Whelton and *Neil Wilson*, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations.

David B. Butt, for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario.

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

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] Police officers are entrusted by the communities they serve with significant legal authority, including, in some circumstances, the power to use deadly force against their fellow citizens. The indispensible foundation for such authority is the community's steadfast trust in the police. Each and every day, thousands of officers across this country work diligently to earn that trust, often putting their own lives on the line.

[2] But that trust can be tested — sometimes severely — when a member of the community is killed or seriously injured at the hands of a police

Wendy J. Wagner et *Ryan W. Kennedy*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Andrew I. Nathanson et *Gavin R. Cameron*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Christa D. Big Canoe et *Emily R. Hill*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Howard L. Krongold et *Michael Spratt*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marian K. Brown, pour l'intervenant Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia.

Maureen L. Whelton et *Neil Wilson*, pour l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales.

David B. Butt, pour les intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario.

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

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Les policiers se voient conférer par les collectivités qu'ils servent des pouvoirs légaux importants, dont celui de recourir, dans certaines circonstances, à une force létale contre leurs concitoyens. Ces pouvoirs reposent nécessairement sur la confiance inébranlable du public envers la police. Jour après jour, aux quatre coins du pays, des milliers d'agents travaillent assidûment pour mériter cette confiance, souvent au risque de leur vie.

[2] Mais cette confiance peut parfois être mise à rude épreuve lorsqu'un citoyen est tué ou grièvement blessé par un policier. Pour cette raison, les

officer. For that reason, the citizens of Ontario have charged an all-civilian Special Investigations Unit ("SIU") with the delicate task of investigating such tragic incidents. The SIU's mission is clear: it is to determine independently and transparently what happened and why, in the hope of providing the community with answers.

[3] No one is above the law. When a member of the community is killed or seriously injured by a police officer, it is not only appropriate to ask whether the police were acting lawfully, it is essential. To that end, the SIU plays a vital role in ensuring that our society remains fair and just and that everyone is treated equally before and under the law.

[4] This appeal concerns one aspect of the way in which the SIU conducts its investigations. The question presented is whether, under the scheme that Ontario has crafted, a police officer who witnessed or participated in an incident under investigation by the SIU is entitled to speak with a lawyer *before* preparing his or her notes concerning the incident. In my view, the answer is "no".

[5] The legislative scheme at issue here reflects the promise of a series of public inquiries and task forces urging reform of the old approach of "police investigating police". Time and time again, reports of these groups have underscored the importance of creating an independent body charged with transparently investigating whether what happened reflected a breach of the public's trust or not.

[6] Permitting police officers to consult with counsel before their notes are prepared is an anathema to the very transparency that the legislative scheme aims to promote. Put simply, appearances matter. And, when the community's trust in the police is at stake, it is imperative that the investigatory process be — and appear to be — transparent.

[7] Manifestly, the legislature did not intend to provide officers with an entitlement to counsel that would undermine this transparency. The SIU's

citoyens ontariens ont confié à un organisme composé exclusivement de civils, l'Unité des enquêtes spéciales (« UES »), la tâche délicate de faire enquête sur ce genre d'incidents tragiques. La mission de l'UES est claire : elle consiste à déterminer de façon indépendante et transparente les faits et leur cause, le tout dans l'espoir de fournir des réponses à la population.

[3] Nul n'est au-dessus des lois. Lorsqu'un citoyen est tué ou grièvement blessé par un policier, il est non seulement opportun mais essentiel de se demander si la police a agi légalement. Dans ce dessein, l'UES joue un rôle vital visant à maintenir la justice et l'équité au sein de notre société et à veiller à l'égalité de chacun devant la loi et dans la loi.

[4] Le présent pourvoi porte sur un aspect des enquêtes de l'UES. La question qui nous est soumise est celle de savoir si, selon le régime que l'Ontario a élaboré, le policier qui est témoin d'un incident faisant l'objet d'une enquête de l'UES ou y est impliqué a le droit de parler à un avocat *avant* de rédiger ses notes à ce sujet. J'estime qu'il faut répondre par la négative à cette question.

[5] Le régime législatif en cause fait suite aux recommandations issues d'une série de commissions d'enquête et de groupes de travail, qui préconisaient la rupture d'avec la pratique rétrograde suivant laquelle la « police enquête sur la police ». À maintes reprises, leurs rapports ont souligné l'importance d'un organisme indépendant qui serait chargé de faire enquête de façon transparente pour déterminer, à la lumière des faits survenus, si la confiance du public avait été trahie.

[6] Permettre aux policiers de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes est à l'antipode de la transparence même que le régime législatif vise à favoriser. En clair, les apparences comptent, et lorsqu'il y va de la confiance du public envers la police, il est impératif que le processus d'enquête soit transparent, et aussi qu'il ait toutes les apparences de la transparence.

[7] Manifestement, le législateur n'avait pas l'intention de conférer aux agents un droit à l'avocat dont l'exercice risquerait de compromettre cette

governing regulation hews closely to the specific recommendations of those tasked with proposing reforms — down to many of its specific provisions. Read in the full light of its history and context, it is apparent that the regulation was not meant to afford officers an entitlement to consult with counsel before they complete their notes.

[8] Nor is such an entitlement consistent with an officer's duties under the legislative scheme. Such an expansive understanding of the entitlement to counsel impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes in accordance with their duty. Permitting consultation with counsel before notes are prepared runs the risk that the focus of the notes will shift away from the officer's public duty toward his or her private interest in justifying what has taken place. This shift would not be in accord with the officer's duty.

[9] In the result, I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal.

II. Facts

[10] This case arises from two independent fatal incidents in which Douglas Minty and Levi Schaeffer were shot by the police. The facts surrounding the incidents are not in dispute.

A. *The Minty Investigation*

[11] On June 22, 2009, Mr. Minty was shot to death by Cst. Seguin of the Ontario Provincial Police ("OPP"). That evening, Cst. Seguin had been dispatched to investigate an alleged assault committed by Mr. Minty on a door-to-door salesman. When Cst. Seguin arrived at the scene, he approached Mr. Minty. Mr. Minty walked quickly toward Cst. Seguin. He had a knife in his hand. Cst. Seguin instructed Mr. Minty to put down or drop his weapon. Mr. Minty ignored these commands and "charged at Cst Seguin with his arm extended and the knife pointing at the officer" (SIU Report, A.R., vol. III, at p. 661). Cst. Seguin shot Mr. Minty five times.

transparence. Le règlement qui régit l'UES serre de près les recommandations formulées par ceux qui étaient chargés de proposer des réformes, jusque dans le détail de nombreuses dispositions. Il ressort clairement de son contexte et de son historique que ce règlement n'était pas censé accorder aux policiers le droit de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes.

[8] Un tel droit est par ailleurs inconciliable avec les obligations que le régime législatif impose aux policiers. Une conception aussi large de leur droit de consulter un avocat compromettrait leur capacité de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives conformément à leur obligation. Si les agents pouvaient obtenir des conseils juridiques avant de rédiger leurs notes, ils risqueraient de s'attacher à défendre leur intérêt personnel et à justifier leurs actes, au détriment de leur devoir public. Un tel changement de perspective serait contraire à ce devoir.

[9] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de faire droit au pourvoi incident.

II. Faits

[10] La présente affaire fait suite à deux incidents distincts au cours desquels Douglas Minty et Levi Schaeffer ont été abattus par des policiers. Les faits entourant les incidents ne sont pas contestés.

A. *Enquête sur la mort de Douglas Minty*

[11] Le 22 juin 2009, M. Minty a été abattu par l'agent Seguin de la Police provinciale de l'Ontario (« OPP »). Ce soir-là, l'agent Seguin avait été dépêché pour enquêter sur de présumées voies de fait commises par M. Minty sur la personne d'un vendeur à domicile. Une fois arrivé sur les lieux, l'agent Seguin s'est approché de M. Minty, qui s'est mis à avancer rapidement vers lui, un couteau à la main. L'agent Seguin a intimé à M. Minty l'ordre de déposer ou de laisser tomber son arme. Refusant d'obtempérer, M. Minty [TRADUCTION] « s'est précipité sur l'agent Seguin en braquant son couteau » (Rapport de l'UES, vol. III, p. 661). L'agent Seguin a tiré cinq coups de feu sur M. Minty.

[12] Cst. Seguin reported that shots had been fired and additional officers arrived at the scene. Sgt. Burton, Cst. Seguin's senior officer, told all of the officers in the area that the SIU might consider them to be witnesses to the incident and instructed them not to make any further notes until they had spoken with counsel.

[13] On October 14, 2009, Mr. Scott, the Director of the SIU (the "SIU Director"), provided his report on the incident to the Attorney General. In his report, the SIU Director found that Cst. Seguin "had a reasonable apprehension of imminent death or grievous bodily harm" from which he could not escape and concluded that "the lethal force used was not excessive" in the circumstances (SIU Report, A.R., vol. III, at p. 661).

[14] Significant for present purposes, the SIU Director noted in his report that he would be raising several issues of concern with the OPP Commissioner. Among them, the SIU Director included his concern that all witness officers had been instructed not to write up their notes until they had spoken to counsel.

B. *The Schaeffer Investigation*

[15] On June 24, 2009, Mr. Schaeffer was shot and killed by Cst. Wood of the OPP. Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook had traveled by boat to a rocky peninsula on Osnaburgh Lake to investigate a reported theft. When they arrived at the peninsula, the officers approached Mr. Schaeffer, questioned him, and attempted to detain him. According to the officers, Mr. Schaeffer physically resisted and pulled a knife out of his pocket. Both officers retreated as Mr. Schaeffer advanced towards them. Mr. Schaeffer did not comply with commands to drop the knife. At that point, Cst. Wood shot Mr. Schaeffer twice in the chest, killing him.

[16] After the shooting, Det. Sgt. Wellock was assigned to attend the scene. Before leaving the detachment, she instructed another officer to tell Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook not to communicate with each other and not to write any notes

[12] L'agent Seguin a signalé qu'il avait déchargé son arme, et d'autres policiers sont arrivés sur les lieux. Le sergent Burton, le supérieur de l'agent Seguin, a expliqué à tous les agents qui se trouvaient dans le secteur qu'ils étaient susceptibles d'être considérés comme étant des témoins de l'incident par l'UES et il leur a donné pour instruction de ne prendre aucune autre note tant qu'ils n'auraient pas parlé à un avocat.

[13] Le 14 octobre 2009, M. Scott, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales, a fait rapport de l'incident au procureur général. Il a conclu que l'agent Seguin [TRADUCTION] « craignait raisonnablement une mort imminente ou des lésions corporelles graves » auxquelles il ne pouvait se soustraire et que « la force létale utilisée n'était pas excessive » dans les circonstances (Rapport de l'UES, d.a., vol. III, p. 661).

[14] Fait important dans le présent débat, le directeur de l'UES a fait observer dans son rapport qu'il porterait à l'attention du commissaire de l'OPP plusieurs sujets de préoccupation, dont l'instruction donnée à tous les agents témoins de ne rédiger leurs notes qu'après avoir parlé à un avocat.

B. *Enquête sur la mort de Levi Schaeffer*

[15] Le 24 juin 2009, M. Schaeffer a été abattu par l'agent Wood de l'OPP. L'agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook s'étaient rendus par bateau jusqu'à une péninsule rocheuse du lac Osnaburgh pour enquêter sur un vol. À leur arrivée, les agents ont interrogé M. Schaeffer et ont tenté de le détenir. Selon eux, M. Schaeffer aurait résisté et sorti un couteau de sa poche. Les deux agents auraient alors reculé devant l'homme qui s'avançait vers eux. Il n'aurait pas obtempéré aux ordres lui enjoignant de laisser tomber son couteau. C'est alors que l'agent Wood aurait fait feu à deux reprises sur lui, l'atteignant à la poitrine et provoquant sa mort.

[16] Après l'incident, la sergente-détective Wellock a été dépêchée sur les lieux. Avant de quitter son détachement, elle a donné pour instruction à un autre agent d'interdire à l'agent Wood et au sergent intérimaire Pullbrook de se parler et de prendre

until they had spoken to counsel. Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook retained the same lawyer as their counsel and spoke to him, separately, several hours after the shooting. Their lawyer advised both officers to refrain from completing their notes and to provide him with a draft set of notes for his review. Both officers completed their notebook entries two days after the shooting, on June 26, 2009, after counsel had reviewed their draft notes.

[17] On September 25, 2009, the SIU Director provided his report on this incident to the Attorney General. He concluded that he could not form reasonable and probable grounds to believe that Cst. Wood had committed a criminal offence because he could not "place sufficient reliance on the information provided by Cst Wood or A/Sgt Pullbrook to decide what probably happened" (A.R., vol. III, at p. 516). The SIU Director expressed specific concern over the manner in which Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook completed their notes. The SIU Director wrote:

This note writing process flies in the face of the two main indicators of reliability of notes: independence and contemporaneity. The notes do not represent an independent recitation of the material events. The first drafts have been "approved" by an OPPA lawyer who represented all of the involved officers in this matter, a lawyer who has a professional obligation to share information among his clients when jointly retained by them. Nor are the notes the most contemporaneous ones — they were not written as soon as practicable and the first drafts remain in the custody of their lawyer. I am denied the opportunity to compare the first draft with the final entries. Accordingly, the only version of the material events are association lawyer approved notes. Due to their lack of independence and contemporaneity, I cannot rely upon these notes nor A/Sgt Pullbrook's interview based upon them for the truth of their contents.

I have a statutory responsibility to conduct independent investigations and decide whether a police officer probably committed a criminal offence. In this most serious case, I have no informational base I can rely upon. Because I cannot conclude what probably happened, I

des notes avant d'avoir pu parler à un avocat. L'agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook ont retenu les services du même avocat. Ils lui ont parlé, chacun leur tour, plusieurs heures après l'incident. L'avocat leur a conseillé de ne rien consigner dans leur calepin avant de lui avoir soumis une ébauche de leurs notes pour examen. Les deux agents ont noté leur compte rendu de l'incident dans leur carnet deux jours plus tard, le 26 juin 2009, après l'examen de l'ébauche de leurs notes par l'avocat.

[17] Le 25 septembre 2009, le directeur de l'UES a remis au procureur général son rapport au sujet de l'incident. Il a estimé qu'il ne pouvait pas conclure qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'agent Wood avait commis une infraction criminelle, parce qu'il ne pouvait se fier [TRADUCTION] « aux renseignements fournis par l'agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook pour déterminer ce qui s'est probablement passé » (d.a., vol. III, p. 516). Le directeur de l'UES s'est dit particulièrement préoccupé par la façon dont l'agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook avaient rédigé leurs notes. Il s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Ce processus de rédaction va à l'encontre des deux principaux indicateurs de fiabilité des notes : l'indépendance et la concomitance. Ces notes ne représentent pas un récit indépendant des faits essentiels. Les premières ébauches ont été « approuvées » par un avocat de l'OPPA qui représentait tous les agents impliqués dans cette affaire, un avocat qui a l'obligation professionnelle de partager l'information entre ses clients dans le cadre d'un mandat conjoint. Les notes ne sont pas non plus les plus concomitantes — les agents ne les ont pas rédigées dès que possible et leur avocat en a conservé les premières ébauches. Je n'ai pas eu la possibilité de comparer la première version des notes avec la version définitive figurant dans le carnet. En conséquence, la seule version des événements dont je dispose est celle qui figure dans les notes approuvées par l'avocat de l'OPPA. En raison de leur manque d'indépendance et de concomitance, je ne peux pas me fier à ces notes ni à l'entrevue du sergent (intérim.) Pullbrook quant à la véracité de leur contenu.

J'ai la responsabilité légale de mener des enquêtes indépendantes et de décider si un agent a probablement commis une infraction criminelle. Dans ce cas d'une extrême gravité, je n'ai aucune information à laquelle je peux me fier. Comme je suis dans l'impossibilité de

cannot form reasonable grounds that the subject officer in this matter committed a criminal offence. [Emphasis added; A.R., vol. III, at p. 517.]

III. Relevant Legislative Provisions

A. *The Police Services Act*

[18] The SIU was established by s. 113 of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15. Section 113(5) of the Act empowers the SIU to "cause investigations to be conducted into the circumstances of serious injuries and deaths that may have resulted from criminal offences committed by police officers". The SIU Director cannot be a police officer or a former police officer, and SIU investigators cannot be current police officers (s. 113(3)). The SIU Director determines whether charges will be laid against police officers (s. 113(7)). Police officers are required by the Act to "co-operate fully" with the SIU in the conduct of investigations (s. 113(9)).

B. *The Regulation*

[19] The regulation governs the conduct of SIU investigations (*Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit*, O. Reg. 267/10). Officers involved in an incident triggering an SIU investigation fall into two categories: officers whose conduct appears to have caused the death or serious injury are designated "subject officers", and involved officers who are not subject officers are deemed to be "witness officers" (s. 1(1)).

[20] The regulation provides that all involved officers must be segregated from each other, to the extent practicable, until after the SIU has completed its interviews (s. 6(1)). The regulation also provides all officers with an entitlement to "consult" with legal counsel and to have counsel "present" during their SIU interviews (s. 7(1)), unless the SIU Director is of the opinion that waiting for counsel would cause an unreasonable delay in the investigation (s. 7(2)). Witness officers are required to meet with

déterminer ce qui s'est probablement passé, je ne peux pas conclure qu'il y a des motifs raisonnables de croire que l'agent impliqué dans cette affaire a commis une infraction criminelle. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 517.]

III. Dispositions législatives applicables

A. *Loi sur les services policiers*

[18] L'UES a été constituée aux termes de l'art. 113 de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15. Le paragraphe 113(5) de la Loi habilite l'UES à « faire mener des enquêtes sur les circonstances qui sont à l'origine de blessures graves et de décès pouvant être imputables à des infractions criminelles de la part d'agents de police ». Aucun agent de police ou ancien agent de police ne peut être nommé directeur et aucun agent de police ne peut être nommé enquêteur (par. 113(3)). Le directeur de l'UES décide s'il y a lieu de déposer des dénonciations contre un agent de police (par. 113(7)). La Loi oblige les agents de police à « collabore[r] entièrement » avec l'UES au cours des enquêtes (par. 113(9)).

B. *Règlement*

[19] Le règlement régit les enquêtes de l'UES (*Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales*, Règl. de l'Ont. 267/10). Les agents de police en cause dans un incident ayant donné lieu à une enquête de l'UES appartiennent à l'une ou l'autre de deux catégories. L'agent dont la conduite semble avoir causé le décès ou des blessures graves est un « agent impliqué ». Tout autre agent en cause est un « agent témoin » (par. 1(1)).

[20] Le règlement prévoit que les agents de police en cause dans l'incident doivent être isolés les uns des autres, autant qu'il est matériellement possible de le faire, tant que l'UES n'a pas terminé ses entrevues (par. 6(1)). Le règlement confère par ailleurs à l'agent de police le droit de « consulter » un avocat et le droit à la « présence » d'un avocat au cours de son entrevue avec l'UES (par. 7(1)), à moins que, de l'avis du directeur, le fait d'attendre un avocat retarde l'enquête de

the SIU and answer all of its questions (s. 8(1)). Both subject and witness officers are required to complete their notes on the incident "in accordance with [their] duty" (s. 9(1) and (3)). However, only witness officers are required to provide their notes to the SIU (s. 9(1) and (3)). If a witness officer is later designated a subject officer by the SIU, the SIU is required to provide the officer with the original and all copies of his interview with the SIU and his officer notes (s. 10(3)(b) and (c)).

[21] The proper interpretation of the regulation lies at the heart of this appeal. The entitlement to counsel under s. 7(1) and the duty to make notes under s. 9(1) and (3) are of particular importance. These provisions read as follows:

7. [Right to counsel] (1) Subject to subsection (2), every police officer is entitled to consult with legal counsel or a representative of a police association and to have legal counsel or a representative of a police association present during his or her interview with the SIU.

. . .

9. [Notes on incident] (1) A witness officer shall complete in full the notes on the incident in accordance with his or her duty and . . . shall provide the notes to the chief of police within 24 hours after a request for the notes is made by the SIU.

. . .

(3) A subject officer shall complete in full the notes on the incident in accordance with his or her duty, but no member of the police force shall provide copies of the notes at the request of the SIU.

IV. Proceedings Below

A. *Superior Court of Justice for Ontario, 2010 ONSC 3647 (CanLII)*

[22] Mr. Schaeffer's mother, Ruth Schaeffer, and Mr. Minty's mother and sister, Evelyn Minty and

façon déraisonnable (par. 7(2)). L'agent témoin a l'obligation de rencontrer l'UES et de répondre à toutes ses questions (par. 8(1)). L'agent témoin et l'agent impliqué sont tenus de rédiger des notes complètes sur l'incident « conformément à [leur] obligation » (par. 9(1) et 9(3)). Toutefois, seuls les agents témoins ont l'obligation de fournir leurs notes à l'UES (par. 9(1) et 9(3)). L'agent témoin que l'UES désigne à titre d'agent impliqué par la suite se voit remettre par cette dernière l'original et toutes les copies de l'enregistrement de son entrevue avec l'UES ainsi que toutes les copies de ses notes (al. 10(3)b) et c)).

[21] L'interprétation qu'il convient de donner au règlement se situe au cœur du présent pourvoi. Le droit de consulter un avocat prévu au par. 7(1) et l'obligation de rédiger des notes visée aux par. 9(1) et 9(3) revêtent une importance particulière dans le cas qui nous occupe. Ces dispositions sont ainsi libellées :

7. [Droit à un avocat] (1) Sous réserve du paragraphe (2), l'agent de police a le droit de consulter un avocat ou un représentant d'une association de policiers et a droit à la présence d'un avocat ou d'un représentant d'une telle association pendant son entrevue avec l'UES.

. . .

9. [Notes sur l'incident] (1) L'agent témoin rédige des notes complètes sur l'incident conformément à son obligation et [. . .] les fournit au chef de police au plus tard 24 heures après que l'UES en a fait la demande.

. . .

(3) L'agent impliqué rédige des notes complètes sur l'incident conformément à son obligation, mais aucun membre du corps de police ne doit en fournir des copies à la demande de l'UES.

IV. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2010 ONSC 3647 (CanLII)*

[22] La mère de M. Schaeffer, Ruth Schaeffer, ainsi que la mère et la sœur de M. Minty, Evelyn

Diane Pinder (the "Families") brought an application under Rule 14.05(3) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, seeking "[d]eclaratory relief in the form of judicial interpretations and guidance in respect of those provisions of the *Police Services Act* and Regulations that govern the police duty to cooperate with investigations by the Special Investigations Unit" (A.R., vol. I, at p. 91). One of the issues raised by the Families was whether the legislative scheme permitted officers to consult with counsel before completing their notes. The Families named Cst. Seguin, Cst. Wood, Acting Sgt. Pullbrook (the "Officers"), OPP Commissioner Julian Fantino, the SIU Director, and the Ministry of Community Safety and Correctional Services as respondents.

[23] Prior to the hearing of the application on its merits, the Officers brought a motion to strike the application on the grounds that the application was not justiciable and that the Families lacked standing to bring it. Low J. allowed the Officers' motion and struck the application. Before this Court, the Officers have abandoned these procedural arguments. It is therefore unnecessary to consider them further.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721*

[24] The Families appealed to the Ontario Court of Appeal seeking to have the application decided on its merits. Sharpe J.A., writing for a unanimous court, held that the application was justiciable, that the Families had public interest standing, and that the Court of Appeal had jurisdiction to decide the substantive issues raised in the application without the need to remit the matter to the Superior Court.

[25] The Court of Appeal found that the assistance of counsel in the preparation of an officer's notes "would be inconsistent with the purpose of police notes and with the duty imposed on police officers to prepare them" primarily because any legal advice received by the officer would be "geared to the

Minty et Diane Pinder (les « familles »), ont présenté une requête en vertu du par. 14.05(3) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, en vue d'obtenir [TRADUCTION] « [u]n jugement déclaratoire portant sur l'interprétation et l'orientation de la Cour quant aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* et de ses règlements d'application qui régissent l'obligation des policiers de collaborer aux enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales » (d.a., vol. I, p. 91). Les familles soulevaient notamment la question de savoir si le régime législatif permettait aux agents de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes. Elles ont désigné à titre de défendeurs les agents Seguin et Wood, le sergent intérimaire Pullbrook (les « agents »), le commissaire de l'OPP, Julian Fantino, le directeur de l'UES et le ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels.

[23] Avant l'examen au fond de la demande, les agents ont présenté une requête en radiation au motif qu'elle ne relevait pas de la compétence des tribunaux et que les familles n'avaient pas qualité pour la présenter. La juge Low a fait droit à la requête des agents et radié la demande. Devant notre Cour, les agents ont abandonné ces moyens procéduraux. Il n'est donc pas nécessaire de s'y attarder davantage.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721*

[24] Les familles ont interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario en vue de faire juger leur demande au fond. Le juge Sharpe, au nom de la cour unanime, a statué que la demande relevait de la compétence des tribunaux et que les familles avaient qualité pour agir dans l'intérêt public, ajoutant que la Cour d'appel avait compétence pour trancher les questions de fond soulevées dans la demande sans qu'il soit nécessaire de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure.

[25] La Cour d'appel a jugé que le fait pour l'agent d'obtenir les conseils d'un avocat au moment de rédiger ses notes [TRADUCTION] « serait inconciliable avec la raison d'être des notes et avec l'obligation qui est imposée aux policiers de les rédiger », surtout parce que tout conseil juridique

officer's own self interest, or the interests of fellow officers, rather than the officer's overriding public duty" (paras. 71-72). As a result, the court concluded that s. 7(1) did not permit police officers to seek the assistance of counsel in completing their notes.

[26] However, in the Court of Appeal's view, s. 7(1) of the regulation did entitle officers to "basic legal advice as to the nature of [their] rights and obligations in connection with the incident and the SIU investigation" (paras. 79 and 81).

V. Issue

[27] The Officers have appealed to this Court, asserting that the Court of Appeal erred in restricting the entitlement to counsel in s. 7(1) to nothing more than "basic legal advice". The SIU Director has cross-appealed and takes the opposite view, arguing that, although the Court of Appeal was correct in holding that officers are not entitled to the assistance of counsel in the preparation of their notes, it erred in concluding that police officers are entitled to "basic legal advice" prior to completing their notes. The Families and the OPP Commissioner are content with the decision of the Court of Appeal and defend its correctness.

[28] The primary issue on appeal is whether s. 7(1) of the regulation entitles officers involved in incidents triggering SIU investigations to speak with counsel before completing their notes. Given my conclusion that the answer to this issue is no, I need not go on to consider the nature or extent of any such entitlement.

VI. Analysis

A. *The Source of the Disputed Right to Counsel*

[29] At the outset, it is important to be clear about the focus of our inquiry. This case concerns the

serait « axé sur l'intérêt personnel de l'agent ou de ses collègues plutôt que sur son devoir primordial envers le public » (par. 71-72). Par conséquent, la cour a conclu que le par. 7(1) ne permettait pas aux policiers de recourir à l'aide d'un avocat pour rédiger leurs notes.

[26] Toutefois, suivant la Cour d'appel, le par. 7(1) du règlement donnait effectivement aux agents le droit à des [TRADUCTION] « conseils juridiques de base au sujet de la nature de [leurs] droits et de [leurs] obligations en rapport avec l'incident et l'enquête de l'UES » (par. 79 et 81).

V. Question en litige

[27] Les agents ont formé le présent pourvoi devant notre Cour. Ils font valoir que la Cour d'appel avait commis une erreur en restreignant le droit à l'avocat que leur reconnaît le par. 7(1) à un simple droit d'obtenir « des conseils juridiques de base ». Le directeur de l'UES a formé en l'espèce un pourvoi incident dans lequel il présente le point de vue contraire. Il affirme que, même si elle a eu raison de statuer que les agents n'avaient pas le droit de recourir à l'aide d'un avocat pour rédiger leurs notes, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'ils avaient droit à des « conseils juridiques de base » à cette étape. Les familles et le commissaire de l'OPP se disent satisfaits de la décision de la Cour d'appel et en défendent le bien-fondé.

[28] La principale question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si le par. 7(1) du règlement permet à l'agent en cause dans l'incident qui fait l'objet d'une enquête de l'UES de parler à un avocat avant de rédiger ses notes. Comme à mon avis il faut répondre à cette question par la négative, il n'est pas nécessaire d'analyser la nature ou la portée qu'aurait tel droit.

VI. Analyse

A. *Source du droit contesté à l'avocat*

[29] D'entrée de jeu, il importe de bien préciser l'objet de l'analyse. La présente affaire concerne

scope of an entitlement to counsel that flows from a regulatory provision. We are not here concerned with the right to counsel that exists under s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. No party has sought to determine whether witness or subject officers are "detained" within the meaning of s. 10(*b*) during SIU investigations. Two of the interveners before this Court argued that the regulation triggers an officer's right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter*: see factums of the Canadian Civil Liberties Association and the Canadian Police Association. The SIU Director brought a motion to strike out the paragraphs of the interveners' factums that raised this issue on the grounds that it had not been raised by any of the parties to this appeal, and the interveners were precluded from raising new issues on their own accord. I agree with the SIU Director that the s. 10(*b*) issues are not properly before this Court, and would therefore allow the motion.

[30] Nor has any party questioned whether the right to silence or the common law confessions rule prevents an officer's notes from being used against that officer in a subsequent criminal prosecution. Accordingly, I refrain from expressing any opinion on those issues. Finally, this case does not concern the liberty citizens generally enjoy at common law to consult with counsel as and when they see fit. The Officers argue that, no matter how s. 7(1) is interpreted, they are free at common law to consult with counsel in the preparation of their notes.

[31] With respect, I cannot agree. We are not here dealing with police officers in their capacity as ordinary citizens. We are dealing with them in their professional capacity as police officers who are the subject of an SIU investigation because they have been involved in an incident that has resulted in serious injury or death. In these circumstances, the point of departure is not the common law liberty to consult with counsel. Rather, we must begin with

la teneur du droit à un avocat conféré par une disposition réglementaire. Il n'est pas question en l'espèce du droit à l'assistance d'un avocat que confère l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Aucune partie ne plaide qu'un agent témoin ou un agent impliqué est détenu au sens de l'al. 10*b*) lors de l'enquête de l'UES. Deux des intervenants ont soutenu devant notre Cour que le règlement permettait aux agents de revendiquer le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10*b*) de la *Charte* (voir les mémoires de l'Association canadienne des libertés civiles et de l'Association canadienne des policiers). Le directeur de l'UES a présenté une requête en radiation des paragraphes de ces mémoires traitant cette question, au motif qu'elle n'avait été soulevée par aucune des parties au présent pourvoi et que les intervenants n'étaient pas autorisés à soulever de nouvelles questions de leur propre chef. Je suis d'accord avec le directeur de l'UES pour dire que les questions concernant l'al. 10*b*) n'ont pas été soumises régulièrement à la Cour et je suis par conséquent d'avis de faire droit à la requête.

[30] Aucune partie ne nous demande non plus de déterminer si le droit de garder le silence ou la règle relative aux aveux reconnue en common law empêchent, au cours d'un procès ultérieur au criminel, d'utiliser contre l'agent les notes que ce dernier a pu prendre. Par conséquent, je m'abstiens d'exprimer quelque opinion que ce soit sur ces questions. Enfin, la présente affaire ne porte pas sur la liberté que la common law reconnaît à quiconque de consulter un avocat à sa guise. Les agents soutiennent que, peu importe la façon dont on interprète le par. 7(1), il leur est loisible en common law de consulter un avocat pour rédiger leurs notes.

[31] En toute déférence, je ne puis accepter cette façon de voir. Nous avons affaire, en l'espèce, à des agents de police agissant non pas à titre de simples citoyens, mais en leur qualité de policiers visés à titre professionnel par des enquêtes de l'UES parce qu'ils sont en cause dans un incident ayant provoqué un décès ou des blessures graves. Dans ces circonstances, il convient de prendre pour point de départ le règlement, plutôt que la liberté

the regulation which governs these situations and which comprehensively sets out their rights and duties, including their entitlement to counsel.

[32] This starting point requires that an officer's entitlement to counsel at the note-making stage be determined purposively, through the lens of the legislative scheme, thus ensuring the entitlement will be in harmony with the scheme and its overarching purpose. The first question, therefore, is whether s. 7(1) of the regulation, interpreted purposively, entitles officers to consult with counsel at the note-making stage. If such an entitlement is inconsistent with the regulation, then officers involved in SIU investigations are precluded from such consultations and we need not reach the question of what residual liberty officers may retain at common law. In short, so long as police officers choose to wear the badge, they must comply with their duties and responsibilities under the regulation, even if this means at times having to forego liberties they would otherwise enjoy as ordinary citizens.

B. *The Proper Approach to Statutory Interpretation*

[33] Answering the question posed by this appeal requires interpreting s. 7(1) of the regulation. The words of the provision must be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the regulation, its objective, and the intention of the legislature. Critically, the provisions of the regulation must be read in light of the purpose of the enabling legislation — the Act. That purpose "transcends and governs" the regulation (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 38). An interpretation of s. 7(1) that leads to conflict with another provision of the regulation, or that runs contrary to the purpose of the legislative scheme, must be avoided.

reconnue en common law de consulter un avocat. Il régit ces situations et énonce de façon exhaustive les droits et les obligations des agents, dont le droit à l'avocat.

[32] Ce point de départ commande que l'on adopte une démarche téléologique pour statuer sur l'existence d'un droit à des conseils juridiques à l'étape de la rédaction de notes, à la lumière du régime législatif. Ainsi, l'interprétation de ce droit s'harmonisera avec ce dernier et son objet dominant. La première question qui se pose, en conséquence, est celle de savoir si le par. 7(1) du règlement, interprété de manière téléologique, autorise l'agent à consulter un avocat à l'étape de la prise de notes. Si pareil droit n'est pas conforme au règlement, l'agent visé par une enquête de l'UES ne peut solliciter de tels conseils, et point n'est besoin de trancher la question des droits résiduels que la common law reconnaît aux agents. Bref, dès lors qu'il choisit d'arborer son insigne, le policier doit se conformer aux obligations et aux responsabilités énumérées au règlement, et ce même s'il doit, pour ce faire, renoncer à certaines libertés dont il jouirait par ailleurs en tant que simple citoyen.

B. *Bonne méthode d'interprétation législative*

[33] Il est nécessaire, pour répondre à la question soulevée dans le présent pourvoi, d'interpréter le par. 7(1) du règlement. Il faut lire les termes de cette disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit du règlement, son objet et l'intention du législateur. Il est d'une importance capitale d'interpréter ses dispositions en tenant compte de l'objet de sa loi habilitante, en l'occurrence la Loi. L'objet de la loi « transcende et régit » l'objet du règlement (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 38). Il faut éviter toute interprétation du par. 7(1) qui serait susceptible de créer un conflit avec une autre disposition du texte réglementaire ou qui irait à l'encontre de l'objet du régime législatif.

C. *The Origin and Purpose of the Special Investigations Unit*

[34] Before turning to the interpretation of s. 7(1) of the regulation, it is necessary to describe the origin and purpose of the legislative scheme. Doing so provides the context for the analysis that follows.

(1) The Creation of the Special Investigations Unit

[35] Before the SIU was formed, incidents of serious injuries or deaths involving police officers were investigated internally by the police (A. Marin, *Oversight Unseen: Investigation into the Special Investigations Unit's operational effectiveness and credibility* (2008), at para. 23). This changed in 1990 with the enactment of the Act, which created the SIU.

[36] The creation of the SIU followed on the heels of a report released in 1989 by the Task Force on Race Relations and Policing (*Report of the Race Relations and Policing Task Force* (1989)). The Task Force was commissioned by the provincial government after two black Ontarians were fatally shot by the police in 1988. Its report contained a host of recommendations, one of which called for the creation of an "investigative team" comprised partially of civilians "to investigate police shootings" in the province (p. 150). The Task Force recommended civilian participation in investigations of the police because, in its view, the practice of "police investigating the police" could not "satisfy the public demand for impartiality" and fostered "a serious deterioration in the public confidence" (p. 147).

[37] The Solicitor General, during legislative debate on the Act, confirmed that the creation of the SIU was a direct response to the recommendation of the Task Force. He stated that the government had listened to the concerns raised by the Task Force and that the Act "addresses the concern, heard by

C. *Origine et raison d'être de l'Unité des enquêtes spéciales*

[34] Avant d'interpréter le par. 7(1) du règlement, il est nécessaire de rappeler l'origine et la raison d'être du régime législatif, ce qui nous fournira le contexte nécessaire à l'analyse qui suit.

(1) Création de l'Unité des enquêtes spéciales

[35] Avant la création de l'UES, l'incident au cours duquel un agent de police avait causé des blessures graves ou un décès était l'objet d'une enquête menée par la police (A. Marin, *Une surveillance imperceptible : Enquête sur l'efficacité et la crédibilité des opérations de l'Unité des enquêtes spéciales* (2008), par. 23). Cette situation a changé en 1990, au moment de l'adoption de la Loi qui a constitué l'UES.

[36] L'UES a été créée dans la foulée de la publication, en 1989, d'un rapport du Groupe d'étude entre la police et les minorités raciales (*Report of the Race Relations and Policing Task Force* (1989)). Le Groupe d'étude avait été mis sur pied par le gouvernement provincial à la suite du décès par balle de deux citoyens ontariens de race noire lors d'une intervention policière en 1988. Ce rapport présentait une foule de recommandations, notamment celle de créer une [TRADUCTION] « équipe d'enquête » composée en partie de civils et chargée de « faire enquête sur les décès par balle causés par des policiers » dans la province (p. 150). Le Groupe d'étude a recommandé la participation de civils aux enquêtes sur des policiers, parce qu'à son avis, la pratique suivant laquelle « la police enquête sur la police » ne permettait pas de « répondre aux attentes du public en matière d'impartialité » et contribuait à « miner sérieusement la confiance du public » (p. 147).

[37] Lors du débat précédant l'adoption de la Loi, le solliciteur général a confirmé que l'UES se voulait une réponse directe à la recommandation du Groupe d'étude. Il a affirmé que le gouvernement avait prêté l'oreille aux préoccupations soulevées par le Groupe d'étude et que la Loi [TRADUCTION] « répond aux

the general public, of police investigating police" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., May 17, 1990, at p. 1318).

(2) The Creation of the Regulation

[38] The SIU operated without a regulation governing the conduct of its investigations until 1998 when O. Reg. 673/98, the predecessor to the regulation at issue in this appeal, was adopted following another government report. In 1997, the Honourable G. W. Adams was appointed by the government to consult with community and police organizations and to make consensus-based recommendations for improving the relationship between the SIU and the police.

[39] Mr. Adams released his report in 1998 (*Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit* (1998) ("Adams 1998")). In his report, Mr. Adams recognized that SIU investigations had to be carried out in a "transparent manner" and that "any deviation from what is understood to be standard investigation practices undermines public confidence" (p. 4). The report contained 25 recommendations that were intended to provide the standard investigatory practices necessary to ensure public confidence in these investigations. Chief among them was the creation of a comprehensive regulation to govern SIU investigations.

[40] The various provisions of O. Reg. 673/98 — and certainly the key ones — tracked Mr. Adams' recommendations. Indeed, Mr. Adams can fairly be described as the father of the SIU's governing regulation. All of the following provisions of O. Reg. 673/98 can be traced back to his recommendations:

- section 1 of the regulation distinguished between subject and witness officers (recommendation 9);
- section 3 required the police to immediately notify the SIU of an incident triggering its jurisdiction (recommendation 4);

préoccupations exprimées, au sein de la population en général, au sujet de la pratique suivant laquelle la police enquête sur la police » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, 2e sess., 34e lég., 17 mai 1990, p. 1318).

(2) Adoption du règlement

[38] L'UES a mené ses enquêtes sans être assujettie à un règlement jusqu'en 1998, alors que le règlement de l'Ontario 673/98, le prédécesseur du règlement en litige dans le présent appel, a été pris dans la foulée d'un autre rapport gouvernemental. En 1997, l'honorable G. W. Adams avait été nommé par le gouvernement pour mener des consultations auprès d'organismes communautaires et d'associations de policiers et pour formuler des recommandations consensuelles en vue d'améliorer les rapports entre l'UES et la police.

[39] Le rapport de M. Adams a paru en 1998 (*Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit* (1998) (« rapport Adams de 1998 »)). Il reconnaissait que les enquêtes de l'UES devaient se dérouler [TRADUCTION] « de manière transparente » et que « tout écart par rapport aux techniques d'enquête normales a pour effet de miner la confiance du public » (p. 4). Il présentait 25 recommandations énumérant les techniques d'enquête normales nécessaires pour assurer la confiance du public à l'égard des enquêtes de l'UES. L'une de ses principales recommandations portait sur l'adoption d'un règlement exhaustif pour encadrer ces enquêtes.

[40] Les diverses dispositions du règlement 673/98 — et sans conteste les principales — étaient inspirées des recommandations formulées par M. Adams. On peut d'ailleurs à juste titre qualifier M. Adams de père du règlement régissant l'UES. L'origine des dispositions suivantes du règlement 673/98 remonte à ses recommandations :

- l'article 1 établit une distinction entre l'agent impliqué et l'agent témoin (recommandation 9);
- l'article 3 oblige la police à aviser immédiatement l'UES de tout incident faisant intervenir la compétence de cette dernière (recommandation 4);

- section 4 required the police to secure the scene of the incident until the SIU's arrival (recommendation 6);
- section 5 provided that the SIU was to be the lead investigator (recommendation 7);
- section 6 required witness and subject officers to be segregated until the completion of their SIU interviews (recommendation 8);
- section 7 provided an entitlement to consult with counsel (recommendation 11);
- section 8 required witness officers to submit to SIU interviews forthwith (recommendation 12);
- section 9 required officers to complete their notes on the incident in accordance with their duty (recommendation 14);
- section 11 required chiefs of police to also conduct an investigation into the incident (recommendation 15); and
- sections 12 and 13 regulated public statements by the police and the SIU (recommendation 17).

[41] O. Reg. 673/98 was never amended and remained in force until 2010. In 2010, it was revoked and O. Reg. 267/10, the regulation at issue in this case, came into force. Little of O. Reg. 673/98, however, was modified as a result of this change.[1] The s. 7(1) entitlement to counsel and the s. 9 duty to make notes, which are at the centre of this appeal, were worded identically in both regulations.

1 The new regulation added two subsections to s. 1, clarified s. 8(2), expanded on the s. 12 prohibition on police disclosure of information relating to SIU investigations, added translations to the definitions section, and added marginal notes. Aside from these changes, the regulation's wording was identical to O. Reg. 673/98.

- l'article 4 oblige la police à protéger les lieux de l'incident jusqu'à l'arrivée de l'UES (recommandation 6);
- l'article 5 dispose que l'UES est l'enquêteur en chef (recommandation 7);
- l'article 6 exige que l'agent témoin et l'agent impliqué soient isolés l'un de l'autre tant que l'UES n'a pas terminé ses entrevues (recommandation 8);
- l'article 7 reconnaît le droit de l'agent de police de consulter un avocat (recommandation 11);
- l'article 8 oblige l'agent témoin à acquiescer à toute demande d'entrevue de l'UES sans délai (recommandation 12);
- l'article 9 oblige l'agent à rédiger des notes sur l'incident conformément à son obligation (recommandation 14);
- l'article 11 oblige le chef de police à faire également mener une enquête sur l'incident (recommandation 15);
- les articles 12 et 13 portent sur les déclarations publiques que la police et l'UES peuvent faire (recommandation 17).

[41] Le règlement 673/98 n'a jamais été modifié et il est demeuré en vigueur jusqu'à son abrogation en 2010, année où le Règl. de l'Ont. 267/10, le règlement en litige dans la présente affaire, est entré en vigueur. Ce dernier reprend toutefois presque intégralement le règlement 673/98[1]. Les dispositions qui reconnaissent le droit à un avocat (par. 7(1)) et l'obligation de prendre des notes (art. 9), qui sont au cœur du présent pourvoi, sont identiques dans les deux textes.

1 Le nouveau règlement ajoute deux paragraphes à l'article premier, clarifie le par. 8(2), élargit la portée de l'interdiction prévue à l'art. 12 en ce qui concerne la divulgation par la police de renseignements sur l'enquête de l'UES et ajoute la traduction des termes définis, ainsi que quelques notes marginales. Exception faite de ces modifications, le nouveau texte reprend intégralement le règlement 673/98.

[42] Since 2010, ss. 7 and 9 of the regulation were amended in O. Reg. 283/11, while this case was pending in the Court of Appeal, following a brief report by the Honourable P. J. LeSage (*Report regarding SIU Issues* (2011)). Mr. LeSage had been asked to "review some issues that [had] arisen over the last few years" in SIU investigations (p. 1).

[43] In his report, Mr. LeSage recommended four amendments to the regulation, three of which were implemented in 2011: that officers involved in the incident be forbidden from communicating *directly or indirectly* with other officers involved in the incident during SIU investigations (p. 2; s. 6(2)); that witness officers not be represented by the same counsel as subject officers (p. 2; s. 7(3)); and that notes be completed by the end of an officer's tour of duty, except where excused by the chief of police (p. 2; s. 9(5)).[2] Mr. LeSage's report was silent on the issue of police officers consulting with counsel before making their notes.

(3) Conclusion on the Purpose of the Special Investigations Unit

[44] In establishing the SIU, the legislature intended to create an independent and transparent investigative body for the purpose of maintaining public confidence in the police and the justice system as a whole. This was the rationale for the Task Force's recommendation, and it was explicitly adopted by the government of the day when the Act was enacted. The regulation was created to facilitate this purpose. It provided a regulatory framework designed to ensure that the SIU could conduct its investigations in an independent and transparent fashion.

2 Mr. LeSage's report did not provide any explanation for these recommendations. His fourth recommendation is unrelated to the issue at hand.

[42] Depuis 2010, les art. 7 et 9 du règlement ont été modifiés par le Règl. de l'Ont. 283/11, alors que la présente affaire était en instance devant la Cour d'appel. Cette modification faisait suite au bref rapport publié par l'honorable P. J. LeSage (*Rapport sur des questions concernant l'UES* (2011)). M. LeSage s'était vu confier le soin « d'examiner quelques questions qui [avaient] surgi ces dernières années » relativement aux enquêtes menées par l'UES (p. 2).

[43] M. LeSage recommandait quatre modifications au règlement, dont trois ont été adoptées en 2011, à savoir : qu'il soit interdit aux agents en cause dans l'incident de communiquer *directement ou indirectement* avec un autre agent de police en cause dans l'incident au cours de l'enquête de l'UES (p. 3; par. 6(2)), que les agents témoins ne puissent pas être représentés par le même avocat que les agents qui font l'objet d'une enquête (p. 3; par. 7(3)) et, enfin, que l'agent ait terminé la rédaction de ses notes avant la fin de sa période de service, sous réserve d'une autorisation contraire du chef de police (p. 3; par. 9(5))[2]. Le rapport de M. LeSage était muet sur la question de la consultation d'un avocat avant la rédaction des notes.

(3) Conclusion sur la raison d'être de l'UES

[44] En constituant l'UES, le législateur entendait créer un organisme d'enquête indépendant et transparent dans le but de maintenir la confiance du public à l'égard de la police et du système de justice dans son ensemble. C'était là l'objet de la recommandation du Groupe d'étude, et celle-ci a été explicitement suivie par le gouvernement au pouvoir quand il a adopté la Loi. Le règlement a pour objet de faciliter la réalisation de cet objectif. Son cadre réglementaire vise à assurer à l'UES la capacité de mener ses enquêtes de manière indépendante et transparente.

2 Le rapport de M. LeSage n'explique pas ses recommandations. Sa quatrième recommandation ne concerne pas la question en litige.

D. *Interpreting the Section 7(1) Entitlement to Counsel*

[45] As indicated, this appeal turns on the proper interpretation of s. 7(1) of the regulation, which reads in relevant part:

> . . . every police officer is entitled to consult with legal counsel or a representative of a police association and to have legal counsel or a representative of a police association present during his or her interview with the SIU.

[46] The Officers urge an expansive interpretation of s. 7(1). They argue that s. 7(1) provides two distinct entitlements to counsel. First, officers are entitled to "consult" with counsel. Second, they are entitled to have counsel "present" during their interview with the SIU. The right to "consult" with counsel is said to be a freestanding right that includes the right to consult with counsel in the preparation of notes.

[47] With respect, I cannot accept this submission. Read in its entire context, s. 7(1) does not provide a freestanding entitlement to consult with counsel at the note-making stage. I reach this conclusion for three reasons. First, consultation with counsel at the note-making stage is antithetical to the dominant purpose of the legislative scheme because it risks eroding the public confidence that the SIU process was meant to foster. Second, the legislative history demonstrates that s. 7(1) was never intended to create a freestanding entitlement to consult with counsel that extended to the note-making stage. Third, consulting with counsel at the note-making stage impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed and comprehensive notes in accordance with their duty under s. 9 of the regulation.

(1) The Purpose of the Legislative Scheme

[48] The SIU was born out of a crisis in public confidence. Whether or not police investigations

D. *Interprétation du droit à un avocat prévu au par. 7(1)*

[45] Comme il est indiqué précédemment, le présent pourvoi porte sur l'interprétation qu'il convient de donner au par. 7(1) du règlement. Le passage pertinent est ainsi rédigé :

> . . . l'agent de police a le droit de consulter un avocat ou un représentant d'une association de policiers et a droit à la présence d'un avocat ou d'un représentant d'une telle association pendant son entrevue avec l'UES.

[46] Les agents exhortent la Cour à donner une interprétation large à cette disposition. Ils soutiennent qu'elle reconnaît deux droits distincts. En premier lieu, les agents pourraient « consulter » un avocat et, en second lieu, bénéficier de la « présence » d'un avocat au cours de leur entrevue avec l'UES. Selon eux, le droit de « consulter » un avocat constituerait un droit autonome, qui englobe la consultation juridique pendant la rédaction des notes.

[47] En toute déférence, je ne puis retenir cet argument. Lorsqu'on le lit dans son contexte global, on constate que le par. 7(1) ne confère pas aux agents un droit autonome à la consultation d'un avocat à l'étape de la prise de notes. J'en arrive à cette conclusion pour trois raisons. Premièrement, reconnaître un droit de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes contrecarrerait l'objet principal du régime législatif, car l'exercice d'un tel droit risque de miner la confiance du public que l'UES était censée favoriser. Deuxièmement, l'historique législatif démontre que le par. 7(1) n'était jamais censé créer un droit autonome à la consultation d'un avocat à l'étape de la rédaction des notes. Troisièmement, consulter un avocat à cette étape empêcherait les agents de police de rédiger des notes précises, détaillées et exhaustives conformément à leur obligation comme l'exige l'art. 9 du règlement.

(1) Raison d'être du régime législatif

[48] L'UES a vu le jour en réponse à un déficit de confiance publique. Que les enquêtes policières

conducted into fatal police shootings in the 1980s were actually biased, the public did not perceive them to be impartial (see, e.g., Task Force Report). This history teaches us that appearances matter. Indeed, it is an oft-repeated but jealously guarded precept of our legal system that "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done" (*R. v. Sussex Justices*, *Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259, *per* Lord Hewart C.J.). And that is especially so in this context, where the community's confidence in the police hangs in the balance.

[49] The legislative scheme is designed to foster public confidence by specifically combating the problem of appearances that flowed from the old system of "police investigating police". The problem under that system, of course, was that it created the unavoidable *appearance* that officers were "protecting their own" at the expense of impartial investigations. The legislature deemed this appearance unacceptable and created the SIU to guard against it by placing investigations of the police in the hands of civilians.

[50] The difficulty with allowing officers to fully consult with counsel at the note-making stage is that it creates an "appearances problem" similar to the one that the SIU was created to overcome. A reasonable member of the public would naturally question whether counsel's assistance at the note-making stage is sought by officers to help them fulfill their duties as police officers, or if it is instead sought, in their self-interest, to protect themselves and their colleagues from the potential liability of an adverse SIU investigation. Given that solicitor-client privilege attaches to these discussions, the public's unease is unanswerable.

[51] In this regard, the facts of the Schaeffer investigation are especially troubling. Both officers completed their notes only after their lawyer had reviewed their draft notes. Neither officer ever provided their original draft notes, which, of course,

sur les décès par balle causés par des policiers au cours des années 80 aient été effectivement biaisées ou non, selon l'idée que s'en faisait le public, ces enquêtes n'étaient pas impartiales (voir, p. ex., le rapport du Groupe d'étude), ce qui démontre l'importance des apparences. D'ailleurs, dans notre système de justice, suivant un précepte souvent répété et jalousement protégé : [TRADUCTION] « il est essentiel que, non seulement justice soit rendue, mais qu'il y a aussi apparence manifeste et indubitable que justice a été rendue » (*R. c. Sussex Justices*, *Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259, le juge en chef lord Hewart). Ce principe est d'autant plus important dans le présent contexte où il y va de la confiance publique à l'égard de la police.

[49] Le régime législatif vise à favoriser la confiance du public en remédiant expressément au problème d'apparences résultant de l'ancien système où « la police enquête sur la police ». Le problème de ce système était, évidemment, qu'il donnait inévitablement l'*apparence* que la police « protégeait les siens », et ce, aux dépens de l'impartialité de l'enquête. Estimant de telles apparences inacceptables, le législateur a créé l'UES pour les dissiper en confiant les enquêtes sur les policiers à des civils.

[50] Autoriser les agents à consulter sans restriction un avocat à l'étape de la prise de notes créerait un « problème d'apparences » semblable à celui qui a motivé la création de l'UES. Ainsi, tout citoyen raisonnable pourrait à juste titre se demander si l'agent recourt à l'assistance d'un avocat à l'étape de la prise de notes pour l'aider à s'acquitter de ses obligations professionnelles ou s'il le fait plutôt dans son intérêt personnel pour se protéger et protéger ses collègues contre une conclusion accablante de la part de l'UES à l'issue de l'enquête. Les conversations ainsi échangées étant protégées par le secret professionnel, le malaise du public ne peut guère être dissipé.

[51] À cet égard, les faits de l'enquête sur la mort de M. Schaeffer sont particulièrement troublants. Les deux agents n'ont terminé leurs notes qu'après que leur avocat en a examiné l'ébauche. Ni l'un ni l'autre n'en avait soumis à l'UES la première

were shielded behind solicitor-client privilege, to the SIU. The public has no way of knowing what counsel's role was. The SIU Director, however, concluded that he had no information from which he could base his conclusion as to what happened in the death of Mr. Schaeffer as a result of counsel's involvement. Surely this is not the stuff out of which public confidence is built.

[52] It seems fitting to recall here that Sir Robert Peel, the father of modern policing, is credited with having said that "the police are the public and . . . the public are the police" (C. Reith, *The Blind Eye of History: a study of the origins of the present Police era* (1975), at p. 163). The wisdom of this statement lies in its recognition that public trust in the police is, and always must be, of paramount concern. This concern requires that officers prepare their notes without the assistance of counsel. Consultations with counsel during the note-making stage are antithetical to the very purpose of the legislative scheme — and for that reason, they must be rejected.

(2) The Intended Scope of the Section 7(1) Entitlement to Counsel

[53] My conclusion that s. 7(1) has no application at the note-making stage is supported by the regulation's legislative history. When this history is considered, it is apparent that the provision was never meant to provide an entitlement to counsel at the note-making stage.

[54] Section 7(1) of the regulation flows from Mr. Adam's 1998 report. As such, the report provides cogent evidence of the intended scope of the s. 7(1) entitlement to consult counsel — an observation with which the Officers agree. Indeed, in oral argument, they stressed the fact that Mr. Adams had engaged in "literally . . . hundreds of consultations" with interested parties, including "virtually every police force", and that the Attorney General, after reviewing the report, had "created the legislation based upon the framework suggested [by Mr. Adams] as a result of that consensus" (transcript, at pp. 6-7). Recommendation 11 of the Adams

version, version qui était évidemment protégée par le secret professionnel de l'avocat. Il est impossible pour le public de savoir quel rôle l'avocat a joué. Le directeur de l'UES a toutefois conclu qu'en raison de la participation de l'avocat, il ne disposait d'aucune information lui permettant de tirer des conclusions au sujet du décès de M. Schaeffer. Manifestement, il n'y a rien là qui favorise la confiance du public.

[52] Il semble opportun de rappeler ici que l'on attribue au père des principes modernes en matière de services policiers, sir Robert Peel, l'idée que [TRADUCTION] « la police, c'est le public, et [. . .] le public, c'est la police » (C. Reith, *The Blind Eye of History : a study of the origins of the present Police era* (1975), p. 163). La sagesse de cette observation réside dans le fait qu'elle reconnaît l'importance primordiale que revêt et que devrait toujours revêtir la confiance du public envers la police. C'est pourquoi les agents de police devraient rédiger leurs notes sans l'aide d'un avocat. La possibilité de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes est à l'antipode de l'objet même du régime législatif et, pour cette raison, cette thèse doit être écartée.

(2) Portée du droit à un avocat prévu au par. 7(1)

[53] Ma conclusion suivant laquelle le par. 7(1) ne s'applique pas à l'étape de la prise de notes s'appuie sur l'historique de l'élaboration du règlement. Il en ressort clairement que la disposition n'a jamais eu pour objet de prévoir le droit à un avocat à l'étape de la prise de notes.

[54] Le paragraphe 7(1) du règlement découle du rapport publié en 1998 par M. Adams. Ce rapport nous éclaire sur la portée que l'on entendait donner au droit de consulter un avocat prévu au par. 7(1), ce que les agents reconnaissent en l'espèce. D'ailleurs, lors des débats, ils ont souligné le fait que M. Adams avait procédé à [TRADUCTION] « littéralement [. . .] des centaines de consultations » avec les groupes intéressés, y compris « pratiquement chaque corps policier » et qu'après avoir examiné le rapport, le procureur général avait « élaboré le texte de loi en s'inspirant du cadre proposé [par M. Adams] à partir du consensus recensé » (transcription, p. 6-7).

1998 report dealt with the entitlement to counsel and read as follows:

> The regulation should stipulate that an officer is entitled to representation by legal counsel and/or a police association, provided the availability of such advisors will not lead to an unwarranted delay. [p. 91]

[55] The discussion surrounding this recommendation centred on an officer's entitlement to have counsel at the SIU interview. As the report notes:

> There was . . . broad agreement that an officer was entitled to legal and police association representation at SIU interviews, provided such representation did not result in unwarranted delay. [p. 90]

In contrast, there is no discussion of a role for counsel at the note-making stage, let alone a recommendation that officers should be entitled to consult with counsel when making their notes.

[56] In 2003, Mr. Adams released a second report, after having been appointed by the Attorney General to evaluate the implementation of his 1998 recommendations (*Review Report on the Special Investigations Unit Reforms* (2003) ("Adams 2003")). Mr. Adams commented specifically on the implementation of the recommendation that officers be entitled to representation by counsel:

> This recommendation has been implemented in s. 7 of the Regulation. Every police officer is entitled to have legal counsel or an association representative present during his or her interview. The SIU Director has the power to waive this right, if waiting for representation would cause an unreasonable delay. [Emphasis added; p. 51.]

[57] Again, no role for counsel at the note-making stage was mentioned. Indeed, later in the report, Mr. Adams observed that some officers had been receiving legal advice "to refrain from completing their notes until they [had] consulted with their lawyers". He described this practice as "very problematic" (p. 55).

La recommandation 11 du rapport Adams de 1998, sur le droit à un avocat, était ainsi libellée :

> [TRADUCTION] Le règlement devrait préciser que l'agent a le droit d'être représenté par un conseiller juridique ou une association de policiers ou les deux, à condition que le laps de temps préalable à cette consultation ne retarde pas indûment le déroulement de l'enquête. [p. 91]

[55] L'analyse sous-tendant cette recommandation s'articulait autour du droit de l'agent à la présence d'un avocat à l'entrevue menée par l'UES. Pour reprendre les termes du rapport :

> [TRADUCTION] Les personnes consultées s'entendaient [. . .] dans l'ensemble pour dire que l'agent avait le droit d'être représenté par un avocat ou un représentant d'une association de policiers pendant son entrevue avec l'UES, à condition que cette présence ne retarde pas indûment le déroulement de l'enquête. [p. 90]

En revanche, le rapport ne comporte aucune mention d'un quelconque rôle pour l'avocat à l'étape de la prise de notes, encore moins une recommandation visant à permettre aux agents de recourir à l'assistance d'un avocat à cette étape.

[56] En 2003, M. Adams a publié un second rapport après avoir été chargé par le procureur général d'évaluer la mise en œuvre de ses recommandations de 1998 (*Rapport d'étude sur les réformes de l'Unité des enquêtes spéciales* (2003) (« rapport Adams de 2003 »)). Il y commente la mise en œuvre de la recommandation portant sur le droit à un avocat :

> Cette recommandation a été mise en œuvre dans l'article 7 du Règlement. Chaque agent de police peut être assisté d'un avocat ou d'un représentant de son association durant son interrogatoire. Le directeur de l'UES a les pouvoirs de suspendre ce droit si le fait d'attendre la présence d'un tel représentant entraîne un retard déraisonnable. [Je souligne; p. 58-59.]

[57] Là encore, aucun rôle pour l'avocat à l'étape de la prise de notes n'est mentionné. Par ailleurs, plus loin dans son rapport, M. Adams fait observer que des agents avaient reçu comme conseil juridique « de ne pas remplir leurs notes avant d'avoir consulté leurs avocats », ce qu'il qualifie de « très problématique » (p. 63).

[58] The interpretation of s. 7(1) proposed by the Officers fails to take account of this legislative history. As they themselves note, Mr. Adams' 1998 report resulted from a comprehensive process of consultation and analysis. Indeed, it is not an overstatement to say that his 25 recommendations *became* the regulation. Yet, in neither his 1998 report nor his 2003 report does Mr. Adams make mention of an entitlement to counsel at the note-making stage. I would have thought that if s. 7(1) was intended to permit such a contentious practice, it would have generated considerable discussion in Mr. Adams' comprehensive reports. The fact that no mention is made of it supports my opinion that s. 7(1) was never meant to provide an entitlement to counsel at the note-making stage.

[59] In so concluding, I have not ignored the Officers' argument regarding governmental inaction. In particular, they point out that, in the context of SIU investigations, the government has long been aware of the practice of officers consulting with counsel prior to preparing their notes. Mr. Adams observed the problem in his 2003 report, and Mr. LeSage certainly would have been aware of it when he made his recommendations in 2011, after this case had been decided by the Superior Court. Yet the government did nothing to curtail the practice, despite making other changes to the regulatory framework in 2010 and 2011. The Officers argue that it can be inferred from this that the government intended and still intends to permit this practice under the regulation (A.F., at para. 64).

[60] With respect, I do not agree. In this case, governmental inaction provides no meaningful insight into the intended scope of the s. 7(1) entitlement to counsel. It is only if we start from the position that s. 7(1) allows consultation with counsel at the note-making stage that we can infer from governmental inaction that the government intended — and is content with — the current practice. If, however, we assume that s. 7(1) does not and never did permit consultation with counsel at the note-making stage, one can just as readily infer that the government has taken no action because none was needed. The government is not required to amend regulations to forbid practices that are already inconsistent with the

[58] L'interprétation du par. 7(1) proposée par les agents ne tient pas compte de l'historique de l'élaboration du règlement. Comme ils l'ont eux-mêmes fait observer, le rapport Adams de 1998 résultait de consultations et d'une analyse exhaustives. En fait, il ne serait pas exagéré de dire que ses 25 recommandations sont *devenues* le règlement. Et pourtant, ni dans son rapport de 1998, ni dans celui de 2003, ne mentionne-t-il un quelconque droit à l'avocat à l'étape de la prise de notes. À mon avis, si le par. 7(1) avait pour objet de permettre pareille pratique litigieuse, les rapports complets de M. Adams en diraient long à ce sujet. Le fait qu'ils soient muets sur ce point me renforce dans mon opinion que cette disposition n'était jamais censée permettre de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes.

[59] Avant d'en arriver à cette conclusion, j'ai bel et bien tenu compte de l'argument des agents au sujet de l'inaction du gouvernement. En particulier, ils soulignent que, s'agissant des enquêtes de l'UES, le gouvernement est au courant depuis longtemps de la pratique qui consiste pour l'agent à consulter un avocat avant de rédiger ses notes. M. Adams avait signalé ce problème dans son rapport de 2003 et M. LeSage était certainement au courant de ce fait lorsqu'il a formulé sa recommandation en 2011 après que la Cour supérieure a rendu son jugement dans la présente affaire. Pourtant, le gouvernement n'a rien fait pour mettre fin à cette pratique, même s'il a apporté d'autres changements au cadre réglementaire en 2010 et en 2011. Selon les agents, on peut en déduire qu'il entendait et entend toujours que le règlement la permette (m.a., par. 64).

[60] Je ne puis, en toute déférence, accepter ce point de vue. Dans le cas qui nous occupe, l'inaction du gouvernement ne nous aide guère à comprendre la portée que l'on entendait donner au droit à l'avocat reconnu au par. 7(1). Ce n'est qu'en partant du principe que le par. 7(1) permet de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes qu'on puisse déduire de l'inaction du gouvernement que celui-ci souhaitait l'usage actuel ou n'y voit aucun inconvénient. Si l'on présume toutefois que le par. 7(1) ne permet pas et n'a jamais permis de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes, on peut tout aussi aisément en conclure que le gouvernement n'a pris aucune mesure parce qu'aucune

legislative scheme. Viewed in this way, the Officers' argument does not tip the scale one way or another.

(3) Avoiding a Conflict With The Duty to Make Notes

[61] My conclusion that s. 7(1) was never meant to provide an entitlement to consult with counsel at the note-making stage is reinforced when the duty to make notes, as recognized in s. 9, is considered. Consultation with counsel during the note-making process impinges on the ability of police officers to comply with that duty.

(a) *The Duty to Make Notes Generally*

[62] Sections 9(1) and 9(3) of the regulation require witness and subject officers to "complete in full the notes on the incident in accordance with [their] duty". The regulation does not define the duty to make notes. Nor does the Act, which provides a non-exhaustive list of the "duties of a police officer" in s. 42, including, for example, preserving the peace, laying charges and participating in prosecutions, and performing the lawful duties that the chief of police assigns.

[63] Although it is common ground among the parties that the duties of a police officer include a duty to make notes on the events that transpire during the officer's tour of duty, I recognize that neither side points to a definitive statement of this Court holding as much.[3]

3 At least one lower court, however, has given the matter thoughtful consideration and arrived at that conclusion; see *R. v. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128, at para. 42. Other courts have simply stated that such a duty exists, without significant analysis; see, e.g., *R. v. Zack*, [1999] O.J. No. 5747 (QL) (Ct. J.), at para. 6; *R. v. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII), at para. 28. I note that this Court also observed recently that "notes of how a search is conducted should . . . be kept, absent unusual or exigent circumstances" (*R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 70).

n'était nécessaire. Le gouvernement n'a pas à modifier un règlement pour interdire une pratique qui est déjà incompatible avec le régime législatif. Envisagé sous cet angle, l'argument des agents ne fait pencher la balance ni d'un côté ni de l'autre.

(3) Éviter un conflit avec l'obligation de prendre des notes

[61] Ma conclusion que le par. 7(1) n'était jamais censé prévoir le droit de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes est appuyée par l'obligation à l'art. 9 de prendre les notes. Le fait de consulter un avocat à cette étape entraverait la capacité des agents de se conformer à cette obligation.

a) *Obligation générale de prendre des notes*

[62] Les paragraphes 9(1) et 9(3) du règlement obligent l'agent témoin et l'agent impliqué à rédiger « des notes complètes sur l'incident conformément à [leur] obligation ». Le règlement ne définit pas l'obligation de rédiger des notes, pas plus que la Loi, qui fournit une liste non exhaustive des « [fonctions d'un] agent de police » à l'art. 42 et précise que l'agent de police a notamment pour fonctions de préserver la paix, de porter des accusations et de participer à des poursuites et d'exercer les fonctions légitimes que le chef de police lui confie.

[63] Bien qu'il soit acquis aux débats que, dans le cadre de ses fonctions, l'agent est notamment tenu de prendre des notes au sujet des faits survenus au cours de sa période de service, je constate qu'aucune des parties ne renvoie à un extrait décisif d'un arrêt de la Cour en ce sens[3].

3 Au moins une juridiction inférieure a toutefois examiné attentivement la question et est arrivée à cette conclusion; voir *R. c. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128, par. 42. D'autres tribunaux ont simplement affirmé que cette obligation existait, sans approfondir l'analyse; voir, p. ex., *R. c. Zack*, [1999] O.J. No. 5747 (QL) (C.J.), par. 6; *R. c. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII), par. 28. Je relève que la Cour a récemment fait observer que « les policiers devraient [. . .] prendre des notes sur la façon dont la fouille est effectuée, sauf en cas de situations pressantes ou inhabituelles » (*R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 70).

[64] However, reports by experienced jurists have concluded that such a duty exists. For example, in their 1993 report to the Attorney General of Ontario on charge screening, disclosure, and resolution discussions, a committee made up of experienced counsel and police officers and led by the Honourable G. A. Martin, observed that:

. . . the duty to make careful notes pertaining to an investigation is an important part of the investigator's broader duty to ensure that those who commit crimes are held accountable for them.

. . .

. . . inadequate note-taking, while it can hamper the conduct of the defence, also risks hampering an investigation and/or a prosecution. In short, inadequate note-taking does a disservice to both an accused and the community, [which] is entitled to expect that innocent people will be acquitted and guilty people properly convicted. [Emphasis added.]

(*Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) ("Martin Committee"), at pp. 151 and 153)

[65] In another instance, the Honourable R. E. Salhany considered the significance of police notes in the course of a public inquiry into a death caused by an off-duty officer. He explained the importance of notes in this way:

[Note-making] is not a burdensome task that police officers must reluctantly undertake because they were taught to do so at their police college. It is an integral part of a successful investigation and prosecution of an accused. It is as important as obtaining an incriminating statement, discovering incriminating exhibits or locating helpful witnesses. The preparation of accurate, detailed and comprehensive notes as soon as possible after an event has been investigated is the duty and responsibility of a competent investigator. [Emphasis added.]

(*Report of the Taman Inquiry* (2008), at p. 133)

[64] Des juristes chevronnés se sont toutefois prononcés en faveur de l'existence de cette obligation. Par exemple, dans le rapport qu'il a soumis en 1993 au procureur général de l'Ontario sur le filtrage des accusations, la communication de la preuve et les discussions en vue d'un règlement, un comité constitué d'avocats et de policiers expérimentés dirigés par l'honorable G. A. Martin fait observer :

[TRADUCTION] . . . l'obligation de rédiger des notes soignées en rapport avec une enquête constitue un aspect important de l'obligation générale de l'enquêteur de veiller à ce que ceux qui commettent des crimes soient tenus responsables.

. . .

. . . le policier qui prend des notes inadéquates, en plus de risquer de compromettre le déroulement de la défense, risque également de nuire au déroulement de l'enquête ou du procès. Bref, c'est rendre un bien mauvais service tant à l'accusé qu'à la collectivité, qui a le droit de s'attendre à ce que les innocents soient acquittés et les coupables dûment condamnés. [Je souligne.]

(*Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (« Comité Martin »), p. 151 et 153)

[65] L'honorable R. E. Salhany s'est aussi penché sur l'importance des notes prises par les policiers au cours d'une enquête publique menée sur un décès causé par un agent qui n'était pas de service. Il a expliqué ainsi l'importance des notes :

[TRADUCTION] [La prise de notes] n'est pas une tâche fastidieuse à laquelle les policiers doivent s'astreindre à contrecœur parce que c'est ce qu'on leur a enseigné à l'école de police. Elle fait partie intégrante de l'enquête et du procès. Elle revêt autant d'importance que l'obtention d'une déclaration incriminante, la découverte de pièces à conviction ou la recherche de témoins utiles. Tout enquêteur compétent a le devoir et la responsabilité de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives dès que possible après qu'un incident fait l'objet d'une enquête. [Je souligne.]

(*Report of the Taman Inquiry* (2008), p. 133)

[66] These conclusions, in my view, stand on firm ground. The importance of police notes to the criminal justice system is obvious. As Mr. Martin observed of properly-made notes:

> The notes of an investigator are often the most immediate source of the evidence relevant to the commission of a crime. The notes may be closest to what the witness actually saw or experienced. As the earliest record created, they may be the most accurate. [p. 152]

[67] Against that background, I have little difficulty concluding that police officers do have a duty to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes as soon as practicable after an investigation. Drawing on the remarks of Mr. Martin, such a duty to prepare notes is, at a minimum, implicit in an officer's duty to assist in the laying of charges and in prosecutions — a duty that is explicitly recognized in s. 42(1)(e) of the Act.

[68] None of this, of course, comes as news to police officers. In this case, for example, OPP policy confirms the duty to make notes by requiring constables to record "concise, comprehensive particulars of each occurrence" during their tour of duty and to "make all original investigative notes . . . during an investigation or as soon thereafter practicable" (OPP Order 2.50, Member Note Taking, SIU Record, at pp. 48-52). More generally, police manuals have long emphasized the importance of accurate, detailed, and comprehensive notes; see, e.g., R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation* (7th ed. 1997), at pp. 270-78.

(b) *Consultation With Counsel and the Duty to Make Notes*

[69] The parties agree on the existence of the duty to make notes. Their dispute centers on whether

[66] Ces conclusions reposent selon moi sur des assises solides. L'importance que revêtent les notes prises par les policiers aux yeux du système de justice pénale est évidente. Pour reprendre les propos de M. Martin au sujet des notes bien rédigées :

> [TRADUCTION] Les notes de l'enquêteur constituent souvent la toute première source d'éléments de preuve concernant la perpétration d'un crime. Leur teneur se rapproche possiblement le plus de ce que le témoin a effectivement vu ou vécu. Comme elles représentent le premier constat dressé, elles sont susceptibles d'être le compte rendu le plus fidèle. [p. 152]

[67] Compte tenu de ce qui précède, c'est sans grande difficulté que je conclus que les policiers ont l'obligation de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives dès que possible après l'enquête. M'inspirant des propos formulés par M. Martin, j'estime que l'obligation de rédiger des notes constitue, à tout le moins, un aspect implicite de l'obligation qu'a tout agent de police de faciliter le dépôt d'accusations et le déroulement des poursuites, une obligation qui est d'ailleurs expressément prévue à l'al. 42(1)e) de la Loi.

[68] Il n'y a évidemment rien de nouveau dans tout cela pour les agents. Dans le cas qui nous occupe, par exemple, la politique de l'OPP vient confirmer l'existence de l'obligation de prendre des notes, les agents étant tenus à consigner [TRADUCTION] « de façon concise et exhaustive les détails de chaque incident » survenu au cours de leur période de service et de « prendre toutes les notes d'enquête originales [. . .] au cours de l'enquête ou dès que possible après celle-ci » (Ordonnance 2.50 de l'OPP, Member Note Taking, dossier de l'UES, p. 48-52). De façon plus générale, les guides à l'intention des policiers soulignent depuis longtemps l'importance des notes exactes, détaillées et exhaustives; voir, p. ex., R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation* (7e éd. 1997), p. 270-278.

b) *Consultation d'un avocat et obligation de prendre des notes*

[69] Les parties s'entendent sur l'existence d'une obligation de prendre des notes. Leur différend

consultation with counsel is consistent with that duty. Specifically, the issue is whether talking to a lawyer before preparing one's notes impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes in accordance with their duty under s. 9 of the regulation.

[70] The SIU Director argues that consulting with counsel risks undermining the independence and timeliness of officer notes. The Officers' response is that the regulation provides a complete answer to concerns about timeliness, and that consulting with counsel at the note-making stage does not interfere with the independence of notes because counsel can be trusted to act with integrity and not impinge on the note-making process.

[71] With respect, I do not find the SIU Director's concerns decisive. The regulation has been amended to ensure that notes are completed in a timely fashion (see s. 9(5)). And as far as independence is concerned, although I acknowledge the possibility of some risk, I am not prepared to find that consultation with counsel would, in fact, undermine the *independence* of a witness or subject officer's account. Such a conclusion is inconsistent with the position of trust counsel rightly enjoy in our justice system.

[72] But that does not end the matter. In my view, the expansive right of consultation urged by the Officers remains problematic. To be precise, it creates a real risk that *the focus* of an officer's notes will shift away from his or her *public duty* under s. 9, i.e. making accurate, detailed, and comprehensive notes, and move toward his or her *private interest*, i.e. justifying what has taken place — the net effect being a failure to comply with the requirements of the s. 9 duty.

[73] The Officers, it must be recalled, contend that s. 7(1) creates a broad right to counsel. They argue that it provides "full consultation with counsel before notes are completed and the interview process is even engaged" (A.F., at para. 56 (emphasis added)). They further contend that the

porte sur la question de savoir si la consultation d'un avocat est conforme à cette obligation. Plus précisément, le fait pour un policier de consulter un avocat avant de rédiger ses notes l'empêche-t-il de prendre des notes exactes, détaillées et exhaustives conformément à son obligation comme l'exige l'art. 9 du règlement?

[70] Le directeur de l'UES fait valoir que le fait pour l'agent de consulter un avocat risque de miner l'impartialité de ses notes et d'en retarder la rédaction. Les agents répondent que le règlement pare à toute préoccupation concernant les lenteurs. Ils ajoutent que consulter un avocat à l'étape de la rédaction de notes ne compromet pas le caractère impartial de ces dernières, car on peut compter sur les avocats pour agir avec intégrité et ne pas nuire au processus.

[71] À mon humble avis, les préoccupations formulées par le directeur de l'UES ne jouent pas. Le règlement a été modifié pour assurer la rédaction des notes en temps utile (par. 9(5)). En outre, bien que je reconnaisse l'existence d'un risque de partialité, je ne suis pas disposé à conclure que le fait de consulter un avocat nuirait effectivement à l'*impartialité* du compte rendu de l'agent témoin ou de l'agent impliqué. Pareille affirmation fait fi de la confiance dont jouissent à juste titre les avocats dans notre système de justice.

[72] Mais le débat n'est pas clôt pour autant. À mon avis, le droit de consultation élargi revendiqué par les agents demeure problématique. Plus particulièrement, il crée un risque réel que l'exercice soit *axé*, non pas sur le *devoir public* prévu à l'art. 9, à savoir rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives, mais sur la protection de l'*intérêt personnel* et serve à justifier le déroulement des événements. Il en résulterait un manquement aux prescriptions de l'art. 9.

[73] On se souviendra que, selon les agents, le par. 7(1) crée un droit général à l'avocat. Ils font valoir que cette disposition leur reconnaît le droit à des [TRADUCTION] « consultations complètes avec un avocat avant la rédaction des notes et avant que les entrevues ne commencent » (m.a., par. 56 (je

advice provided during the "full consultation" would cause the officer to "fully appreciate the importance of providing a comprehensive account which addresse[s] all factual and legal issues that would be of interest to the SIU, to the officer's police service and to the public" (A.F., at para. 65 (emphasis added)) and lead to "enhanced" notes (transcript, at pp. 26-27 and 54).

[74] Manifestly, the "full consultation" envisioned by the Officers — geared towards creating a "comprehensive account" that addresses *all* of the "legal issues" of interest to the SIU — means that the private interests of the officer will be discussed. That is, the conversation will address the potential liability facing the officer and his colleagues and the possible justifications for what has occurred. The sort of advice one might expect to hear during this wide-ranging conversation is illustrated by an article in a police association newsletter written to police officers by a lawyer with significant experience in such cases:

> Responding to SIU calls is not so much about what happened, but why it happened. It matters less that the suspect was punched, kicked or even shot than it does why. Note-making and report-drafting in the face of an SIU investigation are mostly about setting forth the reasons why you responded as you did.
>
> The obvious needs to be said and said again: "He pointed the firearm at me and, fearing for my life and the life and safety of my fellow officers and members of the public, I fired at him several times."
>
> You will note that I said several times. Most people who discharge their firearm at an armed suspect are unsure how many times they fired, and equally unsure whether or not to admit it. In a world of admit and explain, it is crucial that you allow yourself some margin of error in your account so that later the SIU does not begin to doubt your credibility/reliability. [Emphasis added.]
>
> (G. Clewley, "Officers and the SIU" (2009), 4 *The Back-Up* 25)

souligne)). Ils soutiennent en outre que les conseils prodigués au cours de ces « consultations complètes » aideraient les agents à « bien saisir à quel point il importe de soumettre un compte rendu exhaustif traitant l'ensemble des questions de droit et de fait susceptibles d'intéresser l'UES, le service de police auquel appartient l'agent et le public » (m.a., par. 65 (je souligne)), en vue de « l'amélioration » des notes (transcription, p. 26-27 et 54).

[74] Manifestement, les « consultations complètes » que conçoivent les agents — qui leur permettraient de produire [TRADUCTION] « un compte rendu exhaustif » traitant l'*ensemble* des « questions de droit » susceptibles d'intéresser l'UES — aborderont nécessairement l'intérêt personnel de l'agent. Autrement dit, la conversation portera sur la responsabilité éventuelle de l'agent et de ses collègues, ainsi que sur les explications pouvant être avancées. L'extrait suivant d'un article paru dans le bulletin d'information d'une association de policiers et écrit par un avocat possédant une vaste expérience dans le domaine illustre le type de conseils qu'une telle conversation tous azimuts est susceptible de générer :

> [TRADUCTION] Votre participation à l'entrevue par l'UES concerne moins les faits que leur cause. Il importe moins de savoir que le suspect a reçu des coups de poing, des coups de pied ou même qu'il a été abattu que de savoir pourquoi. La prise de notes et la rédaction de rapports en préparation à une enquête de l'UES visent surtout à exposer les raisons pour lesquelles vous avez réagi comme vous l'avez fait.
>
> Il est essentiel de répéter sans se lasser l'évidence : « Il a braqué son arme à feu sur moi et, craignant pour ma vie et pour la vie et la sécurité de mes collègues et des citoyens, j'ai tiré plusieurs coups sur lui. »
>
> Remarquez que j'ai dit « plusieurs coups ». La plupart des gens qui déchargent leur arme à feu contre un suspect armé ne sauraient dire combien de coups ils ont tirés et hésitent à l'admettre. Dans un monde où mieux vaut admettre et expliquer, il est crucial de vous laisser une certaine marge de manœuvre dans votre récit pour éviter que l'UES ne mette plus tard en doute votre crédibilité ou votre fiabilité. [Je souligne.]
>
> (G. Clewley, « Officers and the SIU » (2009), 4 *The Back-Up* 25)

[75] To be clear, there is nothing sinister about such discussions. Advising clients of their public duties *and their private interests* is the responsibility of competent counsel. As Sharpe J.A. observed, correctly in my view, "[a] lawyer would only be doing his or her job in providing the police officer with information as to the ingredients of an offence or possible legal defence" (para. 73).

[76] But therein lies the risk to the fulfilment of the officer's duty. The purpose of notes is not to explain or justify the facts, but simply to set them out. Indeed, until human ingenuity develops a technology that can record sights, sounds, smells, and touch, an officer's notes are effectively the next best thing. In this regard, I note that the OPP Basic Constable Workbook instructs officers that:

> Your notes are made from independent recollection and are your link to the past. They are there to assist you to gather the facts and details and to properly record events, observations and performances experienced during general duty functions and investigations. . . . [I]t is your responsibility to maintain an up-to-date record of what you have done, seen, heard, smelled, or touched during your tour of duty.

(Ontario Police College, *Basic Constable Training Program — Student Workbook* (2008), at p. 2 (SIU Record, at p. 7))

[77] Without imputing any ill will on the part of officers who seek legal advice or the lawyers who provide it, it would only be natural for officers to listen to the good advice of counsel, and it would not be surprising for the notes they prepare *after* this consultation to reflect that advice. But this creates a real risk that the focus of an officer's notes will shift — perhaps overtly, perhaps more subtly — away from the rather mechanical recitation of *what* occurred (which is required by their duty) toward a more sophisticated explanation for *why* the incident occurred (which detracts from that duty).

[75] Soyons clairs : il n'y a rien de répréhensible à discuter de ces questions. L'avocat compétent a l'obligation d'informer son client tant de son devoir public *que de ses intérêts personnels.* Ainsi que le juge Sharpe l'a fait observer à juste titre selon moi : [TRADUCTION] « L'avocat ne fait que son travail lorsqu'il fournit à l'agent des renseignements sur les éléments constitutifs d'une infraction ou d'un éventuel moyen de défense prévu en droit » (par. 73).

[76] C'est en ce sens que l'agent risque de ne pouvoir faire son devoir. Les notes ont pour objet non pas d'expliquer ou de justifier les faits, mais de les exposer, simplement. D'ailleurs, tant que l'ingéniosité humaine n'aura pas donné naissance à une technologie qui permet d'enregistrer ce que l'agent perçoit par la vue, l'ouïe, l'odorat et le toucher, il faudra se rabattre sur ses notes. À cet égard, je constate que le manuel de base des agents de l'OPP donne les instructions suivantes aux agents :

> [TRADUCTION] Vous devez rédiger vos notes de façon indépendante et à partir de ce dont vous vous souvenez personnellement. Vos notes constituent votre lien avec le passé. Elles visent à vous aider à rassembler les faits et les détails et à enregistrer correctement les événements, vos observations et les résultats dans le cadre de vos fonctions générales de service et des enquêtes. [. . .] [V]ous avez la responsabilité de maintenir à jour un relevé de ce que vous avez fait, vu, entendu, senti ou touché pendant votre période de service.

(Ontario Police College, *Basic Constable Training Program — Student Workbook* (2008), p. 2 (dossier de l'UES, p. 7))

[77] Loin de moi l'idée de prêter de mauvaises intentions aux agents qui cherchent à obtenir des conseils juridiques ou aux avocats qui en donnent. Il serait tout à fait normal que l'agent écoute les conseils judicieux de son avocat, et il ne serait pas étonnant que les notes qu'il rédige *après* cette consultation en tiennent compte. Il existe toutefois en pareil cas un risque réel que l'agent s'écarte — parfois d'une manière apparente, parfois subtilement — d'un exposé mécanique des *faits* — ce qu'exige son devoir — et se livre plutôt à des explications plus subtiles des *causes* de l'incident (ce qui va à l'encontre de ce même devoir).

[78] This risk is not merely theoretical. The notes of Acting Sgt. Pullbrook serve as an example of this subtle shift toward *justifying* conduct. The record contains his notes from the day of the shooting (prepared with the assistance of counsel; A.R., vol. III, at pp. 537-64) and his notes from the two previous days (prepared without assistance; A.R., vol. III, at pp. 532-37). The notes made before the day of the shooting recite what the officer saw and did, and make repeated references to the time at which the events occurred. In other words, they reflect in form and substance the type of notes that police officers are taught to make from their very first days of basic-training.[4]

[79] By contrast, the notes from the day of the shooting contain no time references between 8 a.m. and 2 p.m. — spanning the time between when Acting Sgt. Pullbrook began his shift and when paramedics arrived on the peninsula after the shooting. The notes also display a particular concern with justifying why the officers first took physical control of Mr. Schaeffer — before he became resistant and brandished a knife — and invoke legal terminology to that end.

[80] In short, Acting Sgt. Pullbrook's notes read like a prepared statement designed, at least in part, to justify his and his partner's conduct, unlike a set of police notes that simply record the events in a straightforward fashion. And while I would not suggest there is anything inaccurate or dishonest in the notes as a result of counsel's participation, an officer's notes are not meant to provide a "lawyer-enhanced" justification for what has occurred. They are simply meant to record an event, so that others — like the SIU Director — can rely on them to determine *what* happened. In this case, that is what the SIU Director was unable to do.

4 Apart from SIU investigations, there is no evidence in the record to suggest that police officers seek the advice of counsel before preparing their notes in other contexts. This is unsurprising. Officers know how to prepare their notes in accordance with their duty.

[78] Ce risque n'est pas purement théorique. Les notes du sergent intérimaire Pullbrook illustrent bien ce glissement subtil vers une *justification* de sa conduite. On trouve au dossier les notes qui relatent le jour du décès par balle (rédigées avec l'aide d'un avocat; d.a., vol. III, p. 537-564) et celles qu'il avait prises les deux jours précédents (et qu'il avait rédigées seul; d.a., vol. III, p. 532-537). Les dernières relatent ce que l'agent a vu et fait et mentionnent à de nombreuses reprises l'heure des faits. En d'autres termes, elles sont conformes sur le plan tant de la forme que du fond au type de notes que l'on enseigne aux policiers à prendre dès leur premier jour de formation de base[4].

[79] En revanche, les notes prises le jour de l'incident ne contiennent aucune mention horaire entre 8 h et 14 h, c'est-à-dire entre le moment où le sergent intérimaire Pullbrook a commencé sa période de service et celui où les ambulanciers paramédicaux sont arrivés sur la péninsule après les coups de feu. Les notes témoignent également d'une volonté bien claire d'expliquer pourquoi les agents ont tout d'abord maîtrisé physiquement M. Schaeffer — avant qu'il ne résiste et ne brandisse le couteau — et elles sont rédigées à cet égard dans une langue juridique.

[80] En bref, les notes du sergent intérimaire Pullbrook ressemblent à s'y méprendre à une déclaration étudiée conçue, du moins en partie, pour justifier sa conduite et celle de son collègue, contrairement aux notes qui relatent purement et simplement les faits. Sans vouloir insinuer qu'elles sont inexactes ou trompeuses en raison de l'intervention de l'avocat, je tiens à rappeler que les notes d'un agent ne sont pas censées présenter une justification « remaniée par l'avocat » de l'incident. Elles visent simplement à rendre compte des faits pour que d'autres personnes — le directeur de l'UES notamment — puissent déterminer, à leur lecture, les *faits* survenus. Dans le cas qui nous occupe, le directeur de l'UES en a été incapable.

4 Si l'on fait abstraction du cas des enquêtes menées par l'UES, on ne trouve au dossier aucun élément de preuve permettant de penser que les policiers cherchent à obtenir des conseils juridiques avant de préparer leurs notes dans d'autres contextes. Ce n'est pas étonnant. Les agents savent comment rédiger leurs notes conformément à leur obligation.

(4) Conclusion on the Interpretation of Section 7(1)

[81] As I noted at the outset, the ambit of s. 7(1) must be interpreted harmoniously with the regulatory scheme. Here, we are asked to pick between two possible interpretations of s. 7(1) of the regulation — one that reads the provision as allowing consultation with counsel at the note-making stage, and one that does not. As I have just explained, interpreting s. 7(1) as allowing this consultation is inconsistent with the purpose of the legislative scheme, runs contrary to the legislative intent behind the provision, and creates a real risk that officers will fail to meet their obligation under s. 9 of the regulation to make notes in accordance with their duty. Reading s. 7(1) as providing a more limited entitlement to counsel that does not apply at the note-making stage, however, avoids all three of these difficulties. Under this interpretation, the provision is in harmony with the purpose of the legislative scheme, the intent behind the provision, and the s. 9 duty to make notes. This is precisely what the modern approach to statutory interpretation demands. As a result, this interpretation must be accepted.

E. *The Cross-Appeal*

[82] The Court of Appeal concluded that, while s. 7(1) of the regulation does not entitle officers to the assistance of counsel in the preparation of their notes, it does entitle them to "basic legal advice" about the nature of their rights and obligations under the Act and the regulation before they complete their notes. That basic advice could include informing officers that they are required to complete their notes prior to the end of their tour of duty unless excused by the chief of police, and that their notes will be submitted to the chief of police (para. 81).

[83] With respect, I disagree with this aspect of the Court of Appeal's reasons. In my view, the legislative history shows that s. 7(1) was not meant

(4) Conclusion sur l'interprétation du par. 7(1)

[81] Comme je l'ai fait observer d'entrée de jeu, la portée du par. 7(1) doit être interprétée suivant le sens qui s'harmonise avec le régime réglementaire. En l'espèce, on nous demande de faire le choix entre deux interprétations possibles : la première permet à l'agent de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes, et la seconde ne le permet pas. Comme je viens de l'expliquer, l'interprétation suivant laquelle le par. 7(1) permet ce type de consultation est inconciliable avec l'objet du régime législatif, va à l'encontre de l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la disposition et crée un risque véritable que les agents manquent à l'art. 9 du règlement qui exige qu'ils prennent des notes conformément à leur obligation. Voir dans le par. 7(1) un droit limité de consulter un avocat qui ne s'applique pas à l'étape de la prise de notes permet toutefois d'éviter ces trois écueils. Si l'on retient cette interprétation, la disposition s'harmonise avec l'objet du régime législatif, l'intention du législateur et l'obligation de prendre des notes prévue à l'art. 9. C'est précisément ce qu'exige la méthode moderne d'interprétation législative. Il s'agit donc de l'interprétation qu'il y a lieu de retenir.

E. *Pourvoi incident*

[82] La Cour d'appel a conclu que, bien que le par. 7(1) du règlement ne donne pas aux agents le droit de consulter un avocat pour rédiger leurs notes, il leur reconnaît le droit de recevoir des [TRADUCTION] « conseils juridiques de base » quant à la nature de leurs droits et de leurs obligations prévus par le règlement et la Loi avant de rédiger leurs notes. Suivant cette interprétation, un conseiller juridique pourrait informer l'agent qu'il doit terminer ses notes avant la fin de sa période de service, à moins d'en être dispensé par le chef de police, et lui expliquer que ses notes seront soumises à ce dernier (par. 81).

[83] En toute déférence, je ne suis pas d'accord sur cet aspect des motifs de la Cour d'appel. À mon avis, l'historique de l'élaboration du règlement

to create an entitlement to counsel before an officer has completed his or her notes. Without in any way impugning the integrity of counsel or police officers, even the perfunctory consultation contemplated by the Court of Appeal is liable to cause an "appearances problem" similar to the one I have already identified. Because the initial consultation is privileged, the public will have no way of knowing what was discussed. As a result, the same threat to public confidence exists, even if on a somewhat diminished scale.

[84] A loss of public trust would seem a high price to pay for an initial consultation that, in my view, achieves no tangible benefit. Counsel cannot discuss the facts surrounding the incident in any meaningful sense, if at all; nor can there be any discussion about the legal issues that flow from the facts. Under the Court of Appeal's model, counsel is limited to providing officers with basic information about their rights and obligations under the legislative scheme. This information can easily be conveyed in ways that do not generate any appearance problem. It can and should be included as part of every officer's training. If there is some need to refresh officers as to their responsibilities after an event triggering an SIU investigation, this refresher can be provided by a ranking officer or a generic card kept in an officer's notebook.

[85] In the end, the basic legal advice contemplated by the Court of Appeal is essentially meaningless — and anything that might be meaningful sends counsel into a minefield. In this regard, I agree with the Officers that the court's proposal is unhelpful:

The officer is unable to ascertain what questions can properly be addressed to counsel and counsel is required to navigate through an obstacle course and provide little, if any, practical assistance to his client. The permissible advice is, in effect, no advice at all. The Court of Appeal for Ontario has relegated the role of counsel to a recitation

démontre que le par. 7(1) n'a pas pour objet de donner à l'agent le droit de consulter un avocat avant d'avoir terminé de rédiger ses notes. Sans vouloir mettre en doute l'intégrité des avocats et des agents, je suis d'avis que même la consultation sommaire qu'envisage la Cour d'appel risque de causer un « problème d'apparences » semblable à celui que j'ai déjà évoqué. Comme la consultation initiale est protégée par le secret professionnel, il sera impossible pour le public de savoir ce dont l'avocat et le policier auront discuté. Par conséquent, on risque de cette manière également de miner la confiance du public, bien que dans une moindre mesure.

[84] Une consultation initiale qui, à mon avis, ne comporte aucun avantage tangible ne vaut pas la peine d'ébranler la confiance du public. Les avocats ne peuvent guère aborder effectivement les faits entourant l'incident, voire pas du tout. Aucun échange ne peut non plus porter sur les questions de droit qui découlent des faits. Selon le modèle proposé par la Cour d'appel, l'avocat doit se limiter à offrir aux agents des renseignements de base sur leurs droits et leurs obligations prévus par le régime législatif. Or, ces renseignements peuvent aisément être transmis par des moyens qui n'occasionnent pas de problème d'apparences. Ces moyens devraient être abordés lors de la formation de tous les agents. S'il est nécessaire de rafraîchir la mémoire des agents au sujet de leurs obligations à la suite d'un incident ayant donné lieu à une enquête de l'UES, il suffirait par exemple de confier cette tâche à un supérieur ou d'insérer une fiche générale dans le carnet de l'agent.

[85] En fin de compte, les conseils juridiques de base évoqués par la Cour d'appel sont essentiellement inutiles, et tout conseil qui pourrait être utile se transforme en champ de mines pour les avocats. À cet égard, je suis d'accord avec les agents pour dire que le modèle proposé par la Cour d'appel n'est d'aucune utilité :

[TRADUCTION] Il est impossible pour l'agent de savoir quelle question il est en droit de poser à l'avocat et celui-ci doit naviguer entre les écueils, et l'aide concrète qu'il peut fournir à son client est minime, voire inexistante. En fait, les seuls conseils qu'il a le droit de donner n'en sont pas. La Cour d'appel de l'Ontario a relégué le rôle

of the most basic legislative requirements rather than providing meaningful legal assistance. [Emphasis added; A.F., at para. 72.]

[86] In reaching the conclusion that officers are not permitted to consult with counsel before they have completed their notes, I acknowledge the fact that officers who have been involved in a traumatic incident may well feel the need to speak to someone before they complete their notes. While the regulation prevents such officers from consulting with counsel, it does not prevent them from speaking to doctors, mental health professionals, or uninvolved senior police officers before they write their notes. Moreover, the regulation empowers the chief of police to allow such officers more time to complete their notes (see s. 9(5)).

[87] I should also be clear about the scope of my conclusion. Once officers have completed their notes and filed them with the chief of police, they are free to consult with counsel. This would include consultation both before and after the interview with the SIU. Consulting with counsel at that stage is consistent with the plain wording of s. 7(1) of the regulation and does not derogate from an officer's duty or from the purpose of the legislative scheme.

VII. Disposition

[88] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that police officers, under the Act and the regulation, are not permitted to have the assistance of counsel in the preparation of their notes.[5] However, in my respectful view, the Court of Appeal erred in finding that police officers are entitled to receive basic legal advice as to the nature of their rights and duties prior to completing their notes.

5 It must be noted that s. 7(1) provides an entitlement to consult with both counsel and "police association" representatives. The arguments before this Court centred on the entitlement to counsel. Virtually no mention was made of the role of police association representatives, and the order of the Court of Appeal does not address this issue. In the absence of any record or arguments with respect to the representatives, I would thus confine my conclusion to the entitlement to counsel. It is clear, however, that, to the extent that the role of police association representatives approximates that of counsel, my conclusion would apply to them with equal force.

de l'avocat à celui d'énumérer les exigences législatives essentielles, au lieu de lui permettre d'offrir une aide juridique digne de ce nom. [Je souligne; m.a., par. 72.]

[86] En arrivant à la conclusion que les agents n'ont pas le droit de consulter un avocat avant d'avoir terminé de rédiger leurs notes, je reconnais que ceux qui sont intervenus dans un incident traumatisant aient besoin d'en parler à quelqu'un. Si le règlement interdit aux agents de consulter un avocat, il ne leur interdit pas pour autant de faire appel à un médecin, à un professionnel de la santé mentale ou à un supérieur n'ayant pas assisté à l'incident avant de rédiger leurs notes. En outre, le règlement habilite le chef de police à donner dans ce cas à l'agent un délai supplémentaire pour terminer ses notes. (voir par. 9(5)).

[87] Je dois également préciser la portée de ma conclusion. Une fois ses notes rédigées et soumises au chef de police, l'agent peut consulter un avocat, et ce tant avant qu'après l'entrevue avec l'UES. La consultation d'un avocat à cette étape respecte le libellé clair du par. 7(1) du règlement et ne constitue pas un manquement au devoir de l'agent ni ne contrevient à l'objet du régime législatif.

VII. Dispositif

[88] Pour ces motifs, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la Loi et le règlement ne permettent pas aux agents de police de recourir à l'assistance d'un avocat pour rédiger leurs notes[5]. À mon humble avis, la Cour d'appel a cependant conclu à tort que les agents de police ont le droit de recevoir des conseils juridiques de base au sujet de la nature de leurs droits et de leurs obligations avant de rédiger leurs notes.

5 Il convient de signaler que le par. 7(1) reconnaît le droit de consulter un avocat ou un représentant d'une « association de policiers ». Les arguments qui ont été plaidés devant notre Cour portaient sur le droit à un avocat. On n'a pratiquement fait aucune mention du rôle des représentants d'associations de policiers, et la Cour d'appel n'aborde pas cette question dans son ordonnance. À défaut d'élément ou d'argument concernant le rôle de ces représentants, je limite donc ma conclusion au droit à un avocat. Il ne fait aucun doute toutefois que, dans la mesure où le représentant d'une association de policiers jouerait un rôle semblable à celui d'un avocat, ma conclusion vaut tout autant.

[89] I would therefore dismiss the appeal and allow the cross-appeal and grant a declaration pursuant to Rule 14.05(3) of the *Rules of Civil Procedure* in the following terms:

The *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 113(9), and the regulation regarding *Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit*, O. Reg. 267/10, prohibit subject and witness officers from consulting with counsel until the officers have completed their police notes and filed them with the chief of police.

[90] The motion to strike brought by the SIU Director is granted. I would award costs to the Families on the appeal and cross-appeal, but would make no other order as to costs.

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

[91] LeBel and Cromwell JJ. (dissenting) — We have had the benefit of reading Justice Moldaver's reasons. We do not agree that the wording of the legislation alone fully resolves the issues in this case. However, we agree with our colleague that it is inconsistent with a police officer's duty to complete his or her notes to seek legal advice which would influence the contents of those notes. On that basis, we agree that the appeal should be dismissed. However, we disagree with Justice Moldaver's proposed disposition of the cross-appeal. As we see it, it is not inconsistent with the officer's duty or with the legislation to have access to legal advice about the limited matters contemplated by the Court of Appeal. We would therefore dismiss the cross-appeal.

[92] We rely on the facts as set out by Justice Moldaver in his reasons.

[89] Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi, d'accueillir le pourvoi incident et de prononcer le jugement déclaratoire suivant en vertu du par. 14.05(3) des *Règles de procédure civile* :

La *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, par. 113(9) et le Règl. de l'Ont. 267/10, *Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales*, interdisent aux agents impliqués et aux agents témoins de consulter un avocat tant qu'ils n'ont pas terminé la rédaction de leurs notes de police et qu'ils ne les ont pas remises au chef de police.

[90] La requête en radiation présentée par le directeur de l'UES est accueillie. Je suis d'avis d'adjuger les dépens aux familles en ce qui concerne tant le pourvoi que le pourvoi incident, mais de ne prononcer aucune autre ordonnance quant aux dépens.

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

[91] Les juges LeBel et Cromwell (dissidents) — Nous avons eu l'occasion de prendre connaissance des motifs du juge Moldaver. Contrairement à lui, nous ne croyons pas qu'on puisse s'en tenir au seul libellé du texte pour résoudre les questions en litige dans la présente affaire. Toutefois, comme notre collègue, nous reconnaissons que le fait pour un agent de police de demander des conseils juridiques susceptibles d'influer sur la teneur de ses notes ne se concilierait pas avec son obligation de rédiger de telles notes. Pour cette raison, nous estimons, à l'instar du juge Moldaver, que le présent pourvoi doit être rejeté. Nous ne sommes cependant pas d'accord sur la solution qu'il adopte pour trancher le pourvoi incident. À notre avis, le fait pour l'agent de consulter un avocat au sujet des éléments bien précis évoqués par la Cour d'appel n'est pas inconciliable avec le devoir de l'agent ou contraire à la loi. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi incident.

[92] Nous nous en remettons à l'exposé des faits que donne le juge Moldaver dans ses motifs.

I. Section 7(1) Does Not Restrict the Liberty to Consult with Counsel

[93] Justice Moldaver is of the view that s. 7(1) of the *Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit* regulation, O. Reg. 267/10, is a comprehensive code regarding a police officer's entitlement to counsel and that "the scope of [the] entitlement to counsel . . . flows from a regulatory provision" (para. 29).

[94] Respectfully, we do not agree. The starting point for the analysis and for interpreting the legislation is that a police officer, in common with everyone else, is free to get legal advice provided that doing so is not prohibited by law or contrary to the police officer's other responsibilities and duties. Viewed in this light and interpreted in its full context, the regulation cannot be viewed as a comprehensive code and therefore does not mandate the result proposed by Justice Moldaver. Everyone is at liberty to consult counsel whenever they wish unless doing so is precluded by lawful authority or inconsistent with their duty. Section 7(1) is simply a confirmation of the entitlement to counsel of police officers at the interview stage of a Special Investigations Unit ("SIU") investigation.

[95] The regulation was designed to clarify the rights of officers, their duties, and the processes of the SIU. It is not a comprehensive code that determines the scope of the right to counsel during an SIU investigation or excludes any other consultation with counsel or police association representative. When freedoms are restricted under the regulation, the restrictions are expressed clearly, either by the regulation's express words or by reason of inconsistency with its purpose.

[96] The enactment of the regulation was necessary in light of uncertainty with respect to the rights and duties of police officers and processes of the SIU following its inception in 1990 (see

I. Le paragraphe 7(1) ne restreint pas la liberté de consulter un avocat

[93] Selon le juge Moldaver, le par. 7(1) du Règl. de l'Ont. 267/10, *Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales*, constitue un code complet régissant le droit du policier à un avocat. De plus, à son avis, « la teneur du droit à un avocat [est] conféré[e] par une disposition réglementaire » (par. 29).

[94] En toute déférence, nous ne partageons pas son opinion. Le point de départ de l'analyse et de l'interprétation du texte se retrouve, selon nous, dans le principe suivant : le policier reste, au même titre que tout autre citoyen, libre d'obtenir des conseils juridiques, pourvu que la loi ne le lui interdise pas ou qu'il ne contrevienne pas ainsi à ses autres obligations et responsabilités. Envisagé sous cet angle et interprété à la lumière de l'ensemble du contexte, le règlement ne peut être considéré comme étant un code complet et il ne saurait par conséquent justifier le résultat que propose le juge Moldaver. Chacun demeure libre de consulter un avocat lorsqu'il le juge à propos, sauf si cette consultation s'avère inconciliable avec ses fonctions ou que l'exercice d'un pouvoir légitime l'interdit. Le seul effet du par. 7(1) est de confirmer le droit de l'agent de consulter un avocat à l'étape de l'entrevue dans le cadre de l'enquête par l'Unité des enquêtes spéciales (« UES »).

[95] En effet, le règlement vise à clarifier les droits et les obligations des policiers, ainsi que la procédure de l'UES. Il ne s'agit pas d'un code complet qui circonscrit la teneur du droit à un avocat au cours de l'enquête de l'UES ou qui interdit la consultation d'un avocat ou d'un représentant d'une association de policiers à tout autre moment. Si le règlement restreint des libertés, la restriction doit ressortir clairement du libellé exprès de la disposition ou de l'incompatibilité évidente de cette liberté avec l'objet du règlement.

[96] Le règlement était devenu nécessaire, en raison de l'incertitude entourant la nature des droits et des obligations des agents de police et la procédure de l'UES après la création de celle-ci en 1990

Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit (1998) ("Adams Report 1998"), at pp. 13 and 22-24). As noted by Justice Moldaver, the SIU operated for years in the absence of the regulation intended to guide the conduct of police officers *vis-à-vis* SIU investigations. Prior to the enactment of the regulation, however, police officers did not operate in a lawless vacuum. Although the regulation created some legal distinctions that did not exist beforehand, the rights and duties of police officers were merely reiterated more precisely and clarified in the regulation. The *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, (as well as the common law) already provided for the rights and duties of police officers. This is confirmed in the 1998 Adams Report. In this report, the Honourable George Adams stated:

> With respect to the cooperation police officers are expected to provide to an SIU investigation, the Act says only:
>
> > 113(9) Members of police forces shall cooperate fully with the members of the unit in the conduct of investigations.
>
> There are no other references in the statute or in the regulations to the conduct of SIU investigations. However, the express duties of police officers in the Act and the regulations are cast in sufficiently general terms so that a failure to cooperate with the SIU is a breach of duty. Nevertheless, the generality of s. 113(9) and its potential relationship with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have proven fertile ground for dispute and confusion over what precisely is expected of police officers and chiefs of police by this subsection. [Emphasis added; footnote omitted; p. 13.]

[97] Such a clarification of existing rights and duties, however, cannot be an exhaustive code. The provisions of the regulation on their own do not have the requisite comprehensiveness to qualify as complete codes. To characterize the provisions of the regulation as a "complete code" undermines the importance of the rights, duties and liberties of police officers and disregards the complexity of the legal environment that grounds and defines them. For example, s. 9 of the regulation provides

(voir *Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit* (1998) (« rapport Adams de 1998 »), p. 13 et 22-24). Ainsi que le juge Moldaver le fait observer, l'UES a exercé ses activités pendant des années sans qu'un règlement n'encadre la conduite des policiers lors du déroulement de ses enquêtes. Cependant, avant l'entrée en vigueur du règlement, les policiers ne se trouvaient pas dans ce cas dans un vide juridique. Bien qu'il ait créé certaines distinctions juridiques qui n'existaient pas auparavant, le règlement a simplement précisé les droits et les obligations des policiers, que la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15 — tout comme la common law — prévoyait déjà. C'est ce que le rapport Adams de 1998 est venu confirmer. Pour reprendre les propos de l'honorable George Adams :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne la collaboration dont on s'attend de la part des policiers lors des enquêtes de l'UES, la Loi déclare seulement :
>
> > 113(9) Les membres de corps de police collaborent entièrement avec les membres de l'unité au cours des enquêtes.
>
> On ne trouve dans la Loi ni dans ses règlements d'application aucune autre allusion au déroulement des enquêtes de l'UES. Toutefois, les obligations que la Loi et ses règlements d'application imposent explicitement aux policiers sont libellées en des termes suffisamment généraux pour que tout refus de collaborer avec l'UES soit considéré comme étant un manquement à un devoir. Néanmoins, la portée générale du par. 113(9) et son éventuel rapport avec la *Charte canadienne des droits et libertés* ont donné lieu à des différends et à une certaine confusion quant aux obligations précises que cette disposition impose aux agents et aux chefs de police. [Je souligne; note de bas de page omise; p. 13.]

[97] Ce genre de clarification des droits et obligations ne saurait toutefois constituer un code complet. À elles seules, les dispositions du règlement ne présentent pas l'intégralité propre à un code complet. Les qualifier ainsi revient à minimiser l'importance des droits, des obligations et des libertés des policiers et à méconnaître la complexité du cadre juridique qui les fonde et les définit. Par exemple, l'art. 9 oblige les policiers à rédiger des notes, sans toutefois préciser en quoi consiste cette obligation.

for officers' duty to complete notes, but leaves the whole content of this duty left to be spelled out elsewhere. To view s. 9 as an exhaustive framework of the duty to write notes would be to leave officers with insufficient guidance. Surely this provision on its own cannot be interpreted as a comprehensive code or a part of a complete code.

[98] Section 7(1) is similarly bare. It is inconsistent to say on one hand that s. 7(1) of the regulation comprehensively sets out an officer's entitlement to counsel, yet on the other hand leave open the question as to whether a police officer who has completed his or her notes is entitled to consult counsel before (or after) his or her interview and the appropriate extent of such consultation; the reasons of our colleague do not answer this question. Leaving such a basic question unanswered in s. 7(1) conflicts with the very nature of a comprehensive, exhaustive framework. Such basic questions must in fact be answered by examining the rights and duties of police officers in light of the common law and the overarching purpose of the Act; examining s. 7(1) on its own does not suffice.

II. The Appropriate Interpretation of Section 7(1) of the Regulation and a Police Officer's Freedom to Consult Counsel

[99] Given that our approach is to emphasize a starting point of liberty and to acknowledge that s. 7(1) of the regulation on its own is not a comprehensive code, our interpretation of the scope of s. 7(1) differs from that of Justice Moldaver. Under the modern approach to legal interpretation, the words of s. 7(1) are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at p. 41).

[100] Section 7(1) reads as follows:

> Subject to subsection (2), every police officer is entitled to consult with legal counsel or a representative of

Traiter cette disposition comme un cadre complet définissant l'obligation de prendre des notes reviendrait à donner aux policiers des paramètres vagues. Assurément, cette disposition à elle seule ne saurait être interprétée comme un code complet ou une partie d'un tel code.

[98] Le paragraphe 7(1) est tout aussi laconique. On ne peut, sans se contredire, affirmer d'une part que cette disposition énonce de façon exhaustive le droit de l'agent de police de consulter un avocat et, d'autre part, laisser entière la question de savoir si l'agent de police qui a rédigé ses notes a le droit de consulter un avocat avant (ou après) son entrevue, et sans définir la teneur de ce droit de consultation. Les motifs de notre collègue sont muets sur ce point. L'omission d'une telle question fondamentale contredit la prétention selon laquelle le règlement constituerait un cadre complet. La réponse à de telles questions fondamentales exige l'examen des droits et obligations des agents de police, à la lumière de la common law et de l'objectif général de la Loi. L'examen du par. 7(1) en vase clos ne suffit pas.

II. Interprétation correcte du par. 7(1) du règlement et liberté de l'agent de police de consulter un avocat

[99] Comme notre analyse part du principe de la liberté de consulter un avocat et que nous sommes d'avis que, pris isolément, le par. 7(1) ne constitue pas un code complet, notre interprétation de la portée de cette disposition diffère de celle du juge Moldaver. Suivant la méthode moderne d'interprétation législative, il faut lire les termes du par. 7(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, l'objet de la Loi et l'intention du législateur (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41).

[100] Le paragraphe 7(1) dispose :

> Sous réserve du paragraphe (2), l'agent de police a le droit de consulter un avocat ou un représentant

a police association and to have legal counsel or a representative of a police association present during his or her interview with the SIU.

[101] The plain wording of s. 7(1) is declaratory and affirmative in nature rather than prohibitive. Further, the provision is conjunctive — it grants the right to consult with legal counsel *and* the right to have legal counsel present during an SIU interview. This wording does not oust the rights that police officers would otherwise enjoy as ordinary citizens. This wording also confirms that the regulation's purpose is to clarify, and not to expand or remove, rights and duties.

[102] Another principle of modern legal interpretation is that provisions of a statute or a regulation must be read in context and in harmony with other provisions of the statute or regulation. Thus, we acknowledge the importance of the relationship between a police officer's duty to write notes about an incident and his or her entitlement to consult counsel. It is clear that police officers have a duty to make notes in an independent, timely and comprehensive manner. But the question is whether, under a correct interpretation, the existence and execution of this duty necessarily excludes any form of legal consultation prior to the drafting of the notes.

[103] The potential tension between the right to consult and the duty of the officer to write complete and independent notes can be resolved by simply drawing a line to determine how and when the right to consult with counsel should not be exercised. In our view, the reasons of Sharpe J.A. in the Court of Appeal drew the line at the right place (2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721). We agree with him that police officers should not be allowed to consult about the drafting of the notes themselves where such consultation affects the independence of notes. The contents and drafting of the notes should not be discussed with counsel. The drafting should not be directed or reviewed by counsel. The notes must remain the result of a police officer's independent account of the events. However, eliminating any

d'une association de policiers et a droit à la présence d'un avocat ou d'un représentant d'une telle association pendant son entrevue avec l'UES.

[101] Il ressort de son libellé que le par. 7(1) constitue davantage une disposition de nature déclaratoire et positive qu'une disposition prohibitive. De plus, il comporte deux volets : il confère le droit de consulter un avocat *et* le droit à la présence d'un avocat lors d'une entrevue avec l'UES. Ce libellé n'exclut pas les droits dont les policiers jouissent par ailleurs en tant que simples citoyens. Il confirme en outre que le règlement vise, non pas à étendre ou à supprimer des droits ou des obligations, mais bien à les clarifier.

[102] Suivant un autre principe moderne d'interprétation législative, les dispositions d'un texte législatif ou réglementaire doivent être interprétées dans leur contexte et en harmonie avec les autres dispositions du texte. Nous sommes donc conscients de l'importance du rapport qui existe entre, d'une part, l'obligation du policier de prendre des notes au sujet d'un incident et, d'autre part, son droit de consulter un avocat. Certes, les policiers doivent prendre des notes indépendantes et détaillées et le faire en temps opportun. Mais la question qui se pose est celle de savoir si l'interprétation correcte commande que l'existence et l'exercice de ce devoir excluent toute forme de consultation d'un avocat avant la rédaction des notes.

[103] La tension potentielle entre le droit de l'agent de consulter un avocat et l'obligation de l'agent de rédiger des notes exhaustives et indépendantes peut être éliminée par une délimitation exacte déterminant comment et quand le droit ne devrait pas être exercé. À notre avis, le juge Sharpe de la Cour d'appel a bien situé cette limite (2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721). Nous sommes d'accord avec lui pour affirmer que l'agent ne devrait pas être autorisé à consulter un avocat au sujet de la rédaction des notes elles-mêmes lorsqu'une telle consultation risque de nuire à leur impartialité. Le policier ne devrait pas discuter avec l'avocat de la teneur et de la rédaction de ses notes, et aucun avocat ne devrait en diriger ou en réviser la rédaction. Les notes doivent demeurer un

form of consultation before the drafting of the notes is an entirely different matter. Such an overly cautious approach takes no account of the basic freedoms that police officers share with other members of society. Everyone is entitled to seek the advice of a lawyer. This freedom also reflects the importance of the societal role of lawyers in a country governed by the rule of law. Lawyers represent people, communicate legal information and give advice. The execution of these functions contributes to the maintenance of the rule of law. Indeed, these functions are deemed so important that they are often protected by strong privileges of confidentiality that are linked to our basic values and constitutional rights. With this in mind, the freedom to consult with counsel should not be eliminated merely through a narrow reading of the regulation in the absence of clear legislative intent. This narrow interpretation also reflects an unjustified mistrust of lawyers. It cannot be assumed that lawyers will advise their clients to break the law and fail to discharge their duties to the public and to justice itself.

[104] Interpreting s. 7(1) of the regulation purposively requires that we give effect to police officers' freedom to consult counsel and at the same time consider the importance of the SIU's mandate to enhance public confidence in the police. The content of a police officer's notes cannot vary in accordance with his or her personal legal interests. To that effect, legal counsel must be cognizant of an imperative ethical boundary — they cannot place their clients' interests ahead of their duty to the public and the advice they provide must be confined within this boundary. It cannot be assumed that they will not be faithful to their ethical duties or that they will recommend that police officers disregard their obligations. Lawyers will know that they cannot give advice on the style or content of the notes. They will be mindful of the proper scope of their advice.

récit indépendant des faits par le policier. Toutefois, l'interdiction de toute forme de consultation avant la rédaction des notes constitue une tout autre question. Cette approche, qui témoigne d'une prudence excessive, ne tient pas compte des libertés fondamentales dont l'agent de police jouit au même titre que tout autre membre de la société. Chacun a le droit de consulter un avocat. Cette liberté traduit également l'importance du rôle social que jouent les avocats au sein d'un État de droit. L'avocat représente des gens, communique des renseignements juridiques et donne des conseils. En s'acquittant de ces fonctions, l'avocat contribue au maintien de la primauté du droit. D'ailleurs, ces fonctions sont jugées d'une telle importance qu'elles sont souvent protégées par de solides privilèges de confidentialité qui sont liés à nos valeurs fondamentales et à nos droits constitutionnels. Dans cette optique, nous estimons qu'il ne faut pas supprimer la liberté de consulter un avocat par le simple jeu d'une interprétation étroite du règlement en l'absence d'une intention claire du législateur en ce sens. Cette interprétation étroite trahit également une méfiance injustifiée envers les avocats. On ne peut présumer que les avocats conseilleront à leurs clients de contrevenir à la loi ou de négliger leur devoir envers le public et envers la justice elle-même.

[104] L'interprétation téléologique du par. 7(1) du règlement commande que l'on donne effet à la liberté des policiers de consulter un avocat tout en tenant compte de l'importance de la mission confiée à l'UES, qui vise à favoriser la confiance du public envers la police. La teneur des notes du policier ne peut être fonction de ses intérêts juridiques personnels. En ce sens, l'avocat doit être conscient d'une limite infranchissable sur le plan de l'éthique : il ne peut faire passer l'intérêt de son client avant le devoir public de ce dernier, et les conseils qu'il prodigue doivent respecter cette limite. On ne peut présumer que l'avocat manquera aux principes d'éthique ou qu'il recommandera au policier de faire fi de ses obligations. L'avocat saura qu'il ne peut donner de conseils au policier au sujet de la formulation de ses notes ou de leur teneur. Il sera conscient des limites relativement à la nature des conseils qu'il peut prodiguer.

III. The Appropriate Scope of Legal Consultation

[105] Sharpe J.A.'s reasons properly define the appropriate scope of legal consultation prior to the drafting of the notes of the police officer. His approach acknowledges that police officers have a duty to write independent and comprehensive notes in a timely manner *and* that brief and basic legal consultation does not necessarily interfere with that duty.

[106] Justice Moldaver suggests:

> A reasonable member of the public would naturally question whether counsel's assistance at the note-making stage is sought by officers to help them fulfill their duties as police officers, or if it is instead sought, in their self-interest, to protect themselves and their colleagues from the potential liability of an adverse SIU investigation. [para. 50]

[107] However, the standard for determining public confidence is a reasonable member of the community who is properly informed about "the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case" (*R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 41, quoting *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, at p. 274). If this is the standard, the member of the community would know that an officer's notes cannot be used against him or her in the course of an investigation by the SIU. This is because of s. 9(3) of the regulation and the treatment the Attorney General affords to subject officers' notes as involuntary statements that attract both use-immunity and derivative use-immunity. The risk of *self*-interest prevailing over an officer's public duty is therefore slightly exaggerated. The concern relating to public confidence in the context of police completing their notes impartially relates to an apprehension that an officer may place his or her *colleague*'s interest over his or her public duty. More importantly, to be skeptical of the propriety of legal counsel's advice in the presence of clear guidelines relating to the content of the advice set out for their benefit is not reasonable. This would undermine the trust we instill in lawyers as officers of the court.

III. Teneur acceptable des consultations juridiques

[105] Le juge Sharpe définit bien la teneur des consultations qu'un agent de police peut avoir avec un avocat avant de rédiger ses notes. Il reconnaît que l'agent a l'obligation de rédiger des notes indépendantes et exhaustives en temps utile *et* que des conseils juridiques de base prodigués au cours d'une brève consultation ne portent pas nécessairement atteinte à cette obligation.

[106] Le juge Moldaver laisse pour sa part entendre ce qui suit :

> . . . tout citoyen raisonnable pourrait à juste titre se demander si l'agent recourt à l'assistance d'un avocat à l'étape de la prise de notes pour l'aider à s'acquitter de ses obligations professionnelles ou s'il le fait plutôt dans son intérêt personnel pour parer à la possibilité d'une conclusion accablante de la part de l'UES à l'issue de l'enquête. [par. 50]

[107] Toutefois, la norme à appliquer en matière de confiance du public est celle du citoyen raisonnable qui est bien informé « de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l'affaire » (*R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 41, citant *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, p. 274). Si cette norme s'applique, ce citoyen saura que les notes de l'agent ne peuvent être utilisées contre lui au cours de l'enquête de l'UES. Cette interdiction découle du libellé du par. 9(3) du règlement et du fait que le procureur général assimile les notes de l'agent impliqué à des déclarations involontaires auxquelles s'applique l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée. Le risque que l'intérêt *personnel* du policier l'emporte sur son devoir public se révèle par conséquent quelque peu exagéré. Par conséquent, les préoccupations exprimées au sujet de la confiance du public quant à l'impartialité des notes ont plutôt trait au risque que le policier fasse passer l'intérêt de ses *collègues* avant son devoir public. Mais surtout, il n'est pas raisonnable de douter que les avocats respectent les directives claires quant à la teneur des conseils qu'ils peuvent donner. Pareil scepticisme risque de saper la confiance que l'on accorde aux avocats en tant qu'officiers de justice.

[108] Legal consultation on the specific contents of an officer's notes runs the risk of compromising an officer's independent account of the facts. We agree with Sharpe J.A. that appropriate advice given to a police officer is the following:

- he or she is required to complete notes of the incident prior to the end of his or her tour of duty unless excused by the chief of police;
- the lawyer cannot advise the officer what to include in the notes other than that they should provide a full and honest record of the officer's recollection of the incident in the officer's own words;
- the notes are to be submitted to the chief of police;
- if the officer is a subject officer, the chief of police will not pass the notes on to the SIU;
- if the officer is a witness officer, the chief of police will pass the notes on to the SIU;
- the officer will be required to answer questions from the SIU investigators; the officer will be entitled to consult counsel prior to the SIU interview and to have counsel present during the interview. [para. 81]

These elements outline the steps and procedures of an SIU investigation, and there is no harm in allowing police officers this kind of legal advice. Our colleague suggests that this advice achieves "no tangible benefit" (para. 84). While this brief, informative conversation might not be as meaningful as comprehensive legal advice on the relationship between an officer's notes and potential liability, it might help to remind an officer of his or her duties in the circumstances and put the officer at ease after having experienced a potentially traumatic incident. The utility of having some information about one's rights and obligations under the legislative scheme is clear.

[108] Cependant, l'agent de police qui consulte un avocat au sujet de la teneur précise de ses notes risque de compromettre l'indépendance de son exposé des faits. Nous sommes d'accord avec le juge Sharpe pour affirmer qu'un avocat peut légitimement donner le genre de conseils suivants à un policier :

[TRADUCTION]

- l'agent doit terminer ses notes au sujet de l'incident avant la fin de sa période de service à moins d'en être dispensé par le chef de police;
- l'avocat ne peut conseiller l'agent sur la teneur de ses notes; il doit se contenter de lui rappeler qu'il doit rendre compte de façon complète et honnête de l'incident, d'après ses souvenirs et dans ses propres mots;
- les notes doivent être soumises au chef de police;
- si l'agent est un agent impliqué, le chef de police ne transmettra pas les notes à l'UES;
- si l'agent est un agent témoin, le chef de police transmettra les notes à l'UES;
- l'agent devra répondre aux questions des enquêteurs de l'UES; il a le droit de consulter un avocat avant son entrevue avec l'UES et il a droit à la présence d'un avocat au cours de son entrevue. [par. 81]

Ces éléments donnent un aperçu des étapes et de la procédure suivies au cours d'une enquête de l'UES. Il n'y a rien de mal à permettre à un agent de police de recevoir ce genre de conseils d'un avocat. Notre collègue laisse entendre que ce type de consultation ne comporte « aucun avantage tangible » (par. 84). Bien qu'une brève conversation de ce genre à caractère informatif puisse ne pas se révéler aussi utile qu'une consultation juridique détaillée au sujet des rapports entre les notes de l'agent et sa responsabilité éventuelle, elle peut contribuer à rappeler à ce dernier ses obligations en pareilles circonstances et à le mettre plus à l'aise à la suite d'un incident possiblement traumatisant. Il ne fait aucun doute que des renseignements au sujet des droits et obligations prévus par le régime législatif seraient utiles.

[109] Indeed, our colleague recognizes the natural instinct officers would have to listen to the "good advice of counsel" (para. 77). We are in complete agreement. For this reason, with such limits outlined above, there are no reasonable grounds for concern regarding an officer's reliance on legal counsel's advice. Further, there are no reasonable grounds for the public to suspect that counsel will not abide by these limits. Lawyers have duties towards both the public and the court. One of these duties is to encourage their clients to comply with the law. According to M. Orkin in *Legal Ethics* (2nd ed. 2011), at p. 16:

> It follows that the lawyer should uphold the law; should not advise or assist the client in violating the law; . . . and should help to improve the administration of justice.
>
> . . .
>
> . . . Not only is a lawyer required affirmatively to uphold the law, but is also under a duty not to subvert the law.

This is not novel to our legal tradition. We expect and trust lawyers to act as ethical agents as part of our justice system. As Estey J. stated in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at p. 211, citing *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1973), vol. 3, at para. 1137, with approval:

> A barrister has a duty to his client fearlessly to raise every issue, advance every argument and ask every question, however distasteful, which he properly may and which he thinks will help his client's case, without regard to any unpleasant consequences to himself or any other person. In the interests of the administration of justice, however, a barrister has an overriding duty to the court, to the standards of his profession and to the public. Thus, he must not knowingly mislead the court; this duty prevails over that he owes to his client. [Emphasis added.]

[109] D'ailleurs, notre collègue reconnaît qu'il est tout à fait normal que l'agent écoute « les conseils judicieux de son avocat » (par. 77). Nous sommes entièrement d'accord avec lui. Pour cette raison et compte tenu des limites déjà exprimées, nous estimons qu'il n'y a aucun motif raisonnable de craindre qu'un policier suive les conseils qu'il reçoit d'un avocat. En outre, aucun motif raisonnable ne justifierait une crainte du public que les avocats ne respectent pas les limites relatives à la nature de la consultation. Les avocats ont des obligations tant envers le public qu'envers le tribunal, et notamment celle d'inciter leurs clients à respecter la loi. Nous renvoyons, à ce propos, aux commentaires de M. Orkin dans son ouvrage *Legal Ethics* (2e éd. 2011), p. 16 :

> [TRADUCTION] Il s'ensuit que l'avocat doit veiller au respect de la loi; qu'il ne devrait pas conseiller à son client de violer la loi ni l'aider à la violer; [. . .] et qu'il devrait contribuer à améliorer l'administration de la justice.
>
> . . .
>
> . . . Non seulement l'avocat a-t-il l'obligation positive d'assurer le respect de la loi, mais il est également tenu de ne pas contourner la loi.

Rien de tout cela n'est nouveau dans notre tradition juridique. Nous nous attendons à ce que les avocats agissent conformément aux règles de déontologie en leur qualité de participants au système de justice. Comme le juge Estey le déclare dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, p. 211, en citant et en approuvant un extrait des *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1973), vol. 3, par. 1137 :

> Le « *barrister* » a envers son client l'obligation de soulever sans hésitation tout point, de faire valoir tout argument et de poser toute question, si déplaisant soit-il, qui peut adéquatement aider, et qu'il pense pouvoir aider la cause de son client, sans égard aux conséquences déplaisantes éventuelles pour lui-même ou pour toute autre personne. Cependant dans l'intérêt de l'administration de la justice, le « *barrister* » a une obligation primordiale envers le tribunal, les normes de sa profession et le public. Ainsi il ne doit pas induire volontairement le tribunal en erreur; cette obligation prévaut sur celle qu'il a envers son client. [Je souligne.]

[110] If the ethical duties of lawyers are fulfilled, which we trust them to be, there is no inconsistency with the provision of basic legal advice and the overarching purpose of public oversight of police. As we said above, legal advice relating to the content of the notes, however, might run the risk of compromising the independence of an officer's recollection of the facts by shifting an officer's focus from what occurred to potential legal consequences under various scenarios. However, the reasons of the Court of Appeal properly addressed the scope of advice to which a police officer is entitled if he or she chooses to seek it in order to safeguard the independence of the drafting of notes. Only liberties that are expressly displaced or inconsistent with the purposes of the Act or a police officer's duties should be restricted. There is no need to completely eliminate a police officer's liberty to consult counsel.

[111] For these reasons, we would dismiss the appeal and the cross-appeal.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed, LeBel, Fish *and* Cromwell JJ. *dissenting on cross-appeal.*

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Ruth Schaeffer, Evelyn Minty and Diane Pinder: Falconer Charney, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Ian Scott, Director of the Special Investigations Unit: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the respondent/respondent on cross-appeal Julian Fantino, Commissioner of the Ontario Provincial Police: Ministry of Community Safety and Correctional Services, Orillia, Ontario.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

[110] Si, comme nous le croyons, les avocats respectent leurs obligations en matière d'éthique, le fait de donner des conseils juridiques de base ne saurait contredire l'objectif primordial que vise la surveillance de la police par le public. Comme nous l'avons expliqué, des conseils juridiques sur la teneur des notes du policier risquent toutefois de compromettre l'indépendance du récit de l'agent et de faire en sorte que l'exercice soit axé, non pas sur les faits survenus, mais sur les conséquences juridiques auxquelles l'agent s'expose suivant divers scénarios. Toutefois, la Cour d'appel, pour préserver l'indépendance de la rédaction des notes, a bien défini la portée des conseils qu'un agent de police a le droit de recevoir s'il choisit de consulter un avocat. Seules les libertés qui sont expressément écartées ou qui sont inconciliables avec les objectifs de la Loi ou le devoir du policier devraient être restreintes. Rien ne justifie de supprimer entièrement la liberté des agents de police de consulter un avocat.

[111] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi ainsi que le pourvoi incident.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, les juges LeBel, Fish *et* Cromwell *sont dissidents quant au pourvoi incident.*

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Ruth Schaeffer, Evelyn Minty et Diane Pinder : Falconer Charney, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident Ian Scott, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimé/intimé au pourvoi incident Julian Fantino, commissaire de la Police provinciale de l'Ontario : Ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels, Orillia, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Solicitor for the intervener Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia: Independent Investigations Office of British Columbia, Surrey.

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations: Stevensons, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario: David B. Butt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Procureur de l'intervenant Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia : Independent Investigations Office of British Columbia, Surrey.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales : Stevensons, Toronto.

Procureur des intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario : David B. Butt, Toronto.

Attorney General of Canada *Appellant/ Respondent on cross-appeal*

v.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch and Valerie Scott *Respondents/Appellants on cross-appeal*

- and -

Attorney General of Ontario *Appellant/ Respondent on cross-appeal*

v.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch and Valerie Scott *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Quebec, Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, PACE Society, Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS, British Columbia Civil Liberties Association, Evangelical Fellowship of Canada, Canadian HIV/AIDS Legal Network, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Canadian Association of Sexual Assault Centres, Native Women's Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère

Procureur général du Canada *Appelant/ Intimé au pourvoi incident*

c.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et Valerie Scott *Intimées/Appelantes au pourvoi incident*

- et -

Procureur général de l'Ontario *Appelant/ Intimé au pourvoi incident*

c.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et Valerie Scott *Intimées/Appelantes au pourvoi incident*

et

Procureur général du Québec, Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, PACE Society, Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Alliance évangélique du Canada, Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle,

sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Christian Legal Fellowship, Catholic Civil Rights League, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Simone de Beauvoir Institute, AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Alliance des chrétiens en droit, Ligue catholique des droits de l'homme, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Institut Simone de Beauvoir, AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

Indexed as: Canada (Attorney General) *v.* Bedford

2013 SCC 72

File No.: 34788.

2013: June 13; 2013: December 20.*

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person rights by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guarantee — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

* A judgment was issued on January 17, 2014, amending para. 164 of both versions of the reasons. The amendments are included in these reasons.

Répertorié : Canada (Procureur général) *c.* Bedford

2013 CSC 72

N° du greffe : 34788.

2013 : 13 juin; 2013 : 20 décembre*.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la sécurité de la personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1)j), 213(1)c).

* Un jugement a été rendu le 17 janvier 2014, modifiant le par. 164 des deux versions des motifs. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

Courts — Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge's findings on social and legislative facts.

B, L and S, current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which criminalize various activities related to prostitution, infringe their rights under s. 7 of the *Charter*: s. 210 makes it an offence to keep or be in a bawdy-house; s. 212(1)(*j*) prohibits living on the avails of prostitution; and, s. 213(1)(*c*) prohibits communicating in public for the purposes of prostitution. They argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, by preventing them from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or "screening" potential clients — that could protect them from violence. B, L and S also alleged that s. 213(1)(*c*) infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(*b*) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

The Ontario Superior Court of Justice granted the application, declaring, without suspension, that each of the impugned *Criminal Code* provisions violated the *Charter* and could not be saved by s. 1. The Ontario Court of Appeal agreed s. 210 was unconstitutional and struck the word "prostitution" from the definition of "common bawdy-house" as it applies to s. 210, however it suspended the declaration of invalidity for 12 months. The court declared that s. 212(1)(*j*) was an unjustifiable violation of s. 7, ordering the reading in of words to clarify that the prohibition on living on the avails of prostitution applies only to those who do so "in circumstances of exploitation". It further held the communicating prohibition under s. 213(1)(*c*) did not violate either s. 2(*b*) or s. 7. The Attorneys General appeal from the declaration that ss. 210 and 212(1)(*j*) of the *Code* are unconstitutional. B, L and S cross-appeal on the constitutionality of s. 213(1)(*c*) and in respect of the s. 210 remedy.

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides? — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

B, L et S — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement déclarant que trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui criminalisent diverses activités liées à la prostitution, portent atteinte au droit que leur garantit l'art. 7 de la *Charte* : l'art. 210 crée l'acte criminel de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver; l'al. 212(1)*j*) interdit de vivre des produits de la prostitution d'autrui; l'al. 213(1)*c*) interdit la communication en public à des fins de prostitution. Elles font valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées en ce qu'elles les empêchent de prendre certaines mesures de protection contre les actes de violence, telles l'embauche d'un garde ou l'évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l'al. 213(1)*c*) porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et qu'aucune des dispositions n'est sauvegardée par l'article premier.

La Cour supérieure de justice de l'Ontario a fait droit à la demande et déclaré, sans effet suspensif, que chacune des dispositions contestées du *Code criminel* porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* et ne peut être sauvegardée par application de l'article premier. La Cour d'appel de l'Ontario a convenu de l'inconstitutionnalité de l'art. 210 et radié le mot « prostitution » de la définition de « maison de débauche » applicable à cette disposition, mais elle a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pendant 12 mois. Elle a statué que l'al. 212(1)*j*) constitue une atteinte injustifiable au droit garanti à l'art. 7 et ordonné d'interpréter la disposition de manière que l'interdiction vise seulement les personnes qui vivent de la prostitution d'autrui « dans des situations d'exploitation », comme si ces mots y étaient employés. Elle a par ailleurs estimé que l'interdiction de communiquer prévue à l'al. 213(1)*c*) n'est attentatoire ni à la liberté garantie par l'al. 2*b*), ni au droit que consacre l'art. 7. Les procureurs généraux se pourvoient contre la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 210 et de l'al. 212(1)*j*) du *Code*. B, L et S se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l'al. 213(1)*c*) et à la mesure prise pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'art. 210.

Held: The appeals should be dismissed and the cross-appeal allowed. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(*j*) and 213(1)(*c*) of the *Criminal Code* are declared to be inconsistent with the *Charter*. The word "prostitution" is struck from the definition of "common bawdy-house" in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only. The declaration of invalidity should be suspended for one year.

The three impugned provisions, primarily concerned with preventing public nuisance as well as the exploitation of prostitutes, do not pass *Charter* muster: they infringe the s. 7 rights of prostitutes by depriving them of security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is not necessary to determine whether this Court should depart from or revisit its conclusion in the *Prostitution Reference* that s. 213(1)(*c*) does not violate s. 2(*b*) since it is possible to resolve this case entirely on s. 7 grounds.

The common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. However, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. The threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. In this case, the application judge was entitled to rule on the new legal issues of whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7, as the majority decision of this Court in the *Prostitution Reference* was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years. The application judge was not, however, entitled to decide the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference* and was binding on her.

The application judge's findings on social and legislative facts are entitled to deference. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative,

Arrêt : Les pourvois sont rejetés, et le pourvoi incident est accueilli. L'article 210, en ce qui concerne la prostitution, et les al. 212(1)*j*) et 213(1)*c*) du *Code criminel* sont déclarés incompatibles avec la *Charte*. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l'art. 210 uniquement. L'effet de la déclaration d'invalidité est suspendu pendant un an.

Les trois dispositions contestées, qui visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l'exploitation des prostituées, ne résistent pas au contrôle constitutionnel. Elles portent atteinte au droit à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit aux prostituées, et ce, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Point n'est besoin de déterminer si notre Cour devrait rompre avec la conclusion qu'elle a tirée dans le *Renvoi sur la prostitution*, à savoir que l'al. 213(1)*c*) ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l'al. 2*b*), ou la réexaminer, puisqu'il est possible de trancher en l'espèce sur le fondement du seul art. 7.

La règle du *stare decisis* issue de la common law est subordonnée à la Constitution et ne saurait avoir pour effet d'obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. Une juridiction inférieure ne peut toutefois pas faire abstraction d'un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu'il s'agit d'en justifier le réexamen. Les conditions sont réunies lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve. En l'espèce, la juge de première instance pouvait trancher la question nouvelle de savoir si les dispositions en cause portent atteinte ou non au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 car, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires de la Cour statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti par l'art. 7. Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les principes de justice fondamentale sont examinés sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de l'acceptabilité de celle-ci. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des 20 dernières années. La juge de première instance n'était cependant pas admise à trancher la question de savoir si la disposition sur la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d'expression. Notre Cour s'était prononcée sur ce point dans le *Renvoi sur la prostitution*, et la juge était liée par cette décision.

Les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs commandent la déférence. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait —

social, or legislative — remains palpable and overriding error.

The impugned laws negatively impact security of the person rights of prostitutes and thus engage s. 7. The proper standard of causation is a flexible "sufficient causal connection" standard, as correctly adopted by the application judge. The prohibitions all heighten the risks the applicants face in prostitution — itself a legal activity. They do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks. That causal connection is not negated by the actions of third-party johns and pimps, or prostitutes' so-called choice to engage in prostitution. While some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Moreover, it makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

The applicants have also established that the deprivation of their security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice: principles that attempt to capture basic values underpinning our constitutional order. This case concerns the basic values against arbitrariness (where there is *no connection* between the effect and the object of the law), overbreadth (where the law goes too far and interferes with *some* conduct that bears no connection to its objective), and gross disproportionality (where the effect of the law is grossly disproportionate to the state's objective). These are three distinct principles, but overbreadth is related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is no connection between the law's effect and its objective. All three principles compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law's effectiveness; they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits or is negatively impacted. The analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone's* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently

qu'elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l'erreur manifeste et dominante.

Les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu le droit garanti à l'art. 7. La norme qui convient est celle du « lien de causalité suffisant », appliquée avec souplesse, celle retenue à juste titre par la juge de première instance. Les interdictions augmentent tous les risques auxquels s'exposent les demanderesses lorsqu'elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. Elles ne font pas qu'encadrer la pratique de la prostitution. Elles franchissent un pas supplémentaire déterminant par l'imposition de conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : elles empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection. Le lien de causalité n'est pas rendu inexistant par les actes de tiers (clients et proxénètes) ou le prétendu choix des intéressées de se prostituer. Bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution (ou qui a un jour fait ce choix), de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution. De plus, le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées ne change rien. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

Les demanderesses ont également établi que l'atteinte à leur droit à la sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, lesquels sont censés intégrer les valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire (*absence de lien* entre l'effet de la loi et son objet), à la portée excessive (la disposition va trop loin et empiète sur *quelque* comportement sans lien avec son objectif) et à la disproportion totale (l'effet de la disposition est totalement disproportionné à l'objectif de l'État). Il s'agit de trois notions distinctes, mais la portée excessive est liée au caractère arbitraire en ce que l'absence de lien entre l'effet de la disposition et son objectif est commune aux deux. Les trois notions supposent de comparer l'atteinte aux droits qui découle de la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité; elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi ou qui en pâtit. L'analyse se veut qualitative, et non quantitative. La question que commande l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement

bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

Applying these principles to the impugned provisions, the negative impact of the bawdy-house prohibition (s. 210) on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective of preventing public nuisance. The harms to prostitutes identified by the courts below, such as being prevented from working in safer fixed indoor locations and from resorting to safe houses, are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. Second, the purpose of the living on the avails of prostitution prohibition in s. 212(1)(*j*) is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage. The law, however, punishes everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes and those who could increase the safety and security of prostitutes, for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards. It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes *some* conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is consequently overbroad. Third, the purpose of the communicating prohibition in s. 213(1)(*c*) is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution off the streets and out of public view in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes, who are prevented by the communicating prohibition from screening potential clients for intoxication and propensity to violence, is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

While the Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1, some of their arguments under s. 7 are properly addressed at this stage of the analysis. In particular, they attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work

mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

Si l'on applique ces notions aux dispositions contestées, l'effet préjudiciable de l'interdiction des maisons de débauche (art. 210) sur le droit à la sécurité des demanderesses est totalement disproportionné à l'objectif de prévenir les nuisances publiques. Les préjudices subis par les prostituées selon les juridictions inférieures (p. ex. le fait de ne pouvoir travailler dans un lieu fixe, sûr et situé à l'intérieur, ni avoir recours à un refuge sûr) sont totalement disproportionnés à l'objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer les nuisances, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. L'interdiction faite à l'al. 212(1)*j*) de vivre des produits de la prostitution d'autrui vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés. Or, la disposition vise toute personne qui vit des produits de la prostitution d'autrui sans établir de distinction entre celui qui exploite une prostituée et celui qui peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. *Certains* actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent ainsi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive. L'alinéa 213(1)*c*), qui interdit la communication, vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public afin d'empêcher les nuisances susceptibles d'en découler. Son effet préjudiciable sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue, du fait que ces dernières sont empêchées de communiquer avec leurs clients éventuels afin de déterminer s'ils sont intoxiqués ou enclins à la violence, est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

Même si les procureurs généraux ne prétendent pas sérieusement que, si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse. En particulier, ils tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation. Or, la disposition vise non seulement

with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships. The impugned laws are not saved by s. 1.

Concluding that each of the challenged provisions violates the *Charter* does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime. Considering all the interests at stake, the declaration of invalidity should be suspended for one year.

Cases Cited

Referred to: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R.

le chauffeur ou le garde du corps, qui peut en réalité être un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur son effet qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie. Les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l'article premier.

La conclusion que les dispositions contestées portent atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne dépouille pas le législateur du pouvoir de décider des lieux et des modalités de la prostitution, à condition qu'il exerce ce pouvoir sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées. L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel. Au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, il convient de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services*

486; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "common bawdy-house", 210, 212(1)(*j*), 213(1)(*c*).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, Part V, s. 182.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.05(3)(g.1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. Subcommittee on Solicitation Laws of the Standing Committee on Justice and Human Rights. *The Challenge of Change: A Study of Canada's Criminal Prostitution Laws*. Ottawa: Communication Canada, 2006.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London: Clarke, 1817 (first published 1644).
Hogg, Peter W. "The Brilliant Career of Section 7 of the Charter" (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.
Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations*, by Stephen T. Goudge. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
Rubin, Gerald. "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1960), 6 *McGill L.J.* 168.
Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEALS and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.), 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 290 O.A.C. 236, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, 256 C.R.R. (2d) 143, 91 C.R. (6th) 257, [2012] O.J. No. 1296 (QL), 2012 CarswellOnt 3557, affirming in part a decision of Himel J., 2010 ONSC 4264, 102 O.R.

communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210, 212(1)*j*), 213(1)*c*).
Code criminel, S.C. 1953-1954, ch. 51, partie V, art. 182.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3)g.1).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada*. Ottawa : Communication Canada, 2006.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London : Clarke, 1817 (first published 1644).
Hogg, Peter W. « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.
Ontario. *Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations*, par Stephen T. Goudge. Toronto : Ministère du Procureur général, 2008.
Rubin, Gerald. « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *R.D. McGill* 168.
Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOIS et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk), 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 290 O.A.C. 236, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, 256 C.R.R. (2d) 143, 91 C.R. (6th) 257, [2012] O.J. No. 1296 (QL), 2012 CarswellOnt 3557, qui a confirmé en partie une décision de la juge Himel,

(3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129, 217 C.R.R. (2d) 1, 80 C.R. (6th) 256, [2010] O.J. No. 4057 (QL), 2010 CarswellOnt 7249. Appeals dismissed and cross-appeal allowed.

Michael H. Morris, *Nancy Dennison* and *Gail Sinclair*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada.

Jamie C. Klukach, *Christine Bartlett-Hughes* and *Megan Stephens*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Ontario.

Alan N. Young, *Marlys A. Edwardh* and *Daniel Sheppard*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Sylvain Leboeuf and *Julie Dassylva*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Katrina E. Pacey, *Joseph J. Arvay*, *Q.C.*, *Elin R. S. Sigurdson*, *Lisa C. Glowacki* and *M. Kathleen Kinch*, for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society.

Written submissions only by *Michael A. Feder* and *Tammy Shoranick*, for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS.

Brent B. Olthuis, *Megan Vis-Dunbar* and *Michael Sobkin*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Georgialee A. Lang and *Donald Hutchinson*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Jonathan A. Shime, *Megan Schwartzentruber* and *Renée Lang*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Janine Benedet and *Fay Faraday*, for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of

2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129, 217 C.R.R. (2d) 1, 80 C.R. (6th) 256, [2010] O.J. No. 4057 (QL), 2010 CarswellOnt 7249. Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Michael H. Morris, *Nancy Dennison* et *Gail Sinclair*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada.

Jamie C. Klukach, *Christine Bartlett-Hughes* et *Megan Stephens*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario.

Alan N. Young, *Marlys A. Edwardh* et *Daniel Sheppard*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

Sylvain Leboeuf et *Julie Dassylva*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Katrina E. Pacey, *Joseph J. Arvay*, *c.r.*, *Elin R. S. Sigurdson*, *Lisa C. Glowacki* et *M. Kathleen Kinch*, pour les intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder* et *Tammy Shoranick*, pour l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida.

Brent B. Olthuis, *Megan Vis-Dunbar* et *Michael Sobkin*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Georgialee A. Lang et *Donald Hutchinson*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Jonathan A. Shime, *Megan Schwartzentruber* et *Renée Lang*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Janine Benedet et *Fay Faraday*, pour les intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association

Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel and the Vancouver Rape Relief Society.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal* and *Amanda C. McLachlan*, for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Walid Hijazi, for the intervener the Simone de Beauvoir Institute.

Gwendoline Allison, for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution.

Christa Big Canoe and *Emily R. Hill*, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal* et *Amanda C. McLachlan*, pour les intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, et *Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Walid Hijazi, pour l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir.

Gwendoline Allison, pour l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution.

Christa Big Canoe et *Emily R. Hill*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Table of contents

	Paragraph
I. The Case	3
II. Legislation	16
III. Prior Decisions	17
A. Ontario Superior Court of Justice (Himel J.)	17
B. Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.)	25
IV. Discussion	36

Table des matières

	Paragraphe
I. Le dossier	3
II. Dispositions législatives	16
III. Décisions des juridictions inférieures	17
A. Cour supérieure de Justice de l'Ontario (la juge Himel)	17
B. Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk)	25
IV. Analyse	36

A. Preliminary Issues 38

(1) Revisiting the *Prostitution Reference* 38

(2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts 48

B. Section 7 Analysis 57

(1) Is Security of the Person Engaged? 58

(a) Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House 61

(b) Section 212(1)(*j*): Living on the Avails of Prostitution 66

(c) Section 213(1)(*c*): Communicating in a Public Place 68

(2) A Closer Look at Causation 73

(a) The Nature of the Required Causal Connection 74

(b) Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties? 79

(3) Principles of Fundamental Justice 93

(a) The Applicable Norms 93

(b) The Relationship Between Section 7 and Section 1 124

(4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice? 130

A. Questions préliminaires 38

(1) Réexamen du *Renvoi sur la prostitution* 38

(2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs 48

B. Analyse fondée sur l'art. 7 57

(1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu? 58

a) Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche 61

b) Alinéa 212(1)*j*) : Proxénétisme 66

c) Alinéa 213(1)*c*) : Communication en public 68

(2) Examen approfondi du lien de causalité 73

a) Nature du lien de causalité requis 74

b) Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers? 79

(3) Principes de justice fondamentale 93

a) Normes applicables 93

b) Interaction entre l'art. 7 et l'article premier 124

(4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale? 130

(a) Section 210: The Bawdy-House Prohibition 130

(i) The Object of the Provision 130

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice 133

(b) Section 212(1)(*j*): Living on the Avails of Prostitution 137

(i) The Object of the Provision 137

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice 139

(c) Section 213(1)(*c*): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution 146

(i) The Object of the Provision 146

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice 148

C. Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(*b*) of the *Charter*? 160

D. Are the Infringements Justified Under Section 1 of the *Charter*? 161

V. Result and Remedy 164

a) Article 210 : Interdiction des maisons de débauche 130

(i) Objet de la disposition 130

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale 133

b) Alinéa 212(1)*j*) : Proxénétisme 137

(i) Objet de la disposition 137

(ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale 139

c) Alinéa 213(1)*c*) : Communiquer en public à des fins de prostitution 146

(i) Objet de la disposition 146

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale 148

C. Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*? 160

D. Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la *Charte*? 161

V. Dispositif et réparation 164

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — It is not a crime in Canada to sell sex for money. However, it is a crime to keep a bawdy-house, to live on the avails of prostitution or to communicate in public with respect to a proposed act of prostitution. It is argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, and are therefore unconstitutional.

[2] These appeals and the cross-appeal are not about whether prostitution should be legal or not. They are about whether the laws Parliament has enacted on how prostitution may be carried out pass constitutional muster. I conclude that they do not. I would therefore make a suspended declaration of invalidity, returning the question of how to deal with prostitution to Parliament.

I. The Case

[3] Three applicants, all current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are unconstitutional.

[4] The three impugned provisions criminalize various activities related to prostitution. They are primarily concerned with preventing public nuisance, as well as the exploitation of prostitutes. Section 210 makes it an offence to be an inmate of a bawdy-house, to be found in a bawdy-house without lawful excuse, or to be an owner, landlord, lessor, tenant, or occupier of a place who knowingly permits it to be used as a bawdy-house. Section 212(1)(*j*) makes it an offence to live on the avails of another's prostitution. Section 213(1)(*c*) makes it an offence to either stop or attempt to stop, or communicate or attempt to communicate with, someone in a public place for the purpose of engaging in prostitution or hiring a prostitute.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Au Canada, offrir ses services sexuels contre de l'argent n'est pas un crime. Par contre, tenir une maison de débauche, vivre des produits de la prostitution d'autrui ou communiquer avec quelqu'un en public en vue d'un acte de prostitution constituent des actes criminels. On fait valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées et qu'elles sont de ce fait inconstitutionnelles.

[2] Les pourvois et le pourvoi incident ne visent pas à déterminer si la prostitution doit être légale ou non, mais bien si les dispositions adoptées par le législateur fédéral pour encadrer sa pratique résistent au contrôle constitutionnel. Je conclus qu'elles n'y résistent pas. Je suis donc d'avis de les invalider avec effet suspensif et de renvoyer la question au législateur afin qu'il redéfinisse les modalités de cet encadrement.

I. Le dossier

[3] Les demanderesses — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement qui déclare inconstitutionnelles trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[4] Les trois dispositions contestées criminalisent diverses activités liées à la prostitution. Elles visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l'exploitation des prostituées. Suivant l'art. 210, est coupable d'une infraction quiconque, selon le cas, habite une maison de débauche, est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche ou, en qualité de propriétaire, locateur, occupant ou locataire d'un local, en permet sciemment l'utilisation comme maison de débauche. L'alinéa 212(1)*j*) dispose qu'est coupable d'un acte criminel quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui. L'alinéa 213(1)*c*) crée l'infraction d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne ou de communiquer ou de tenter de communiquer avec elle dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre.

[5] However, prostitution itself is not illegal. It is not against the law to exchange sex for money. Under the existing regime, Parliament has confined lawful prostitution to two categories: street prostitution and "out-calls" — where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client's home. This reflects a policy choice on Parliament's part. Parliament is not precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes.

[6] The applicants allege that all three provisions infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by preventing prostitutes from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or "screening" potential clients — that could protect them from violent clients. The applicants also allege that s. 213(1)(*c*) infringes s. 2(*b*) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

[7] The backgrounds of the three applicants as revealed in their evidence were reviewed in the application judge's decision (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford was born in Collingwood, Ontario, in 1959, and as of 2010 had 14 years of experience working as a prostitute in various Canadian cities. She worked as a street prostitute, a massage parlour attendant, an escort, an owner and manager of an escort agency, and a dominatrix. Ms. Bedford had a difficult childhood and adolescence during which she was subjected to various types of abuse. She also encountered brutal violence throughout her career — largely, she stated, while working on the street. In her experience, indoor prostitution is safer than prostitution on the street, although she conceded that safety of an indoor location can vary. Ms. Bedford has been convicted of both keeping and being an inmate of a common bawdy-house, for which she has paid a number of fines and served 15 months in jail.

[5] Or, la prostitution n'est pas elle-même illégale. Échanger des services sexuels contre de l'argent n'est pas contraire à la loi. Le régime actuel ne permet que deux types de prostitution : celle qui se pratique dans la rue et celle qui est « itinérante », où la prostituée se déplace pour aller à la rencontre de son client dans un endroit convenu, chez lui par exemple. Cette limitation témoigne d'un choix de politique générale du législateur. Il est loisible à ce dernier de limiter les modalités et les lieux d'exercice de la prostitution à condition qu'il le fasse sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées.

[6] Les demanderesses soutiennent que les dispositions portent toutes trois atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte canadienne de droits et libertés* en ce qu'elles empêchent les prostituées de prendre certaines mesures pour se prémunir contre les actes de violence, telles l'embauche d'un garde ou l'évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l'al. 213(1)*c*) porte atteinte à une liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et qu'aucune des dispositions n'est sauvegardée par l'article premier.

[7] Dans sa décision, la juge de première instance relate l'histoire personnelle de chacune des trois demanderesses à partir de leurs témoignages (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford est née en 1959 à Collingwood, en Ontario. En 2010, elle se prostituait depuis 14 ans et avait travaillé dans différentes villes canadiennes. Elle a été tour à tour prostituée dans la rue, employée de salon de massage, escorte, propriétaire et directrice d'une agence d'escortes, puis dominatrice. Elle a connu une enfance et une adolescence difficiles pendant lesquelles elle a subi divers types de violence. Elle a également été victime d'actes de violence pendant ses années de prostitution, surtout, a-t-elle expliqué, lorsqu'elle travaillait dans la rue. Elle en conclut que la prostitution pratiquée à l'intérieur est moins risquée que la prostitution dans la rue, même si elle reconnaît que la sécurité à l'intérieur peut varier d'un lieu à l'autre. M^me^ Bedford a été déclarée coupable d'avoir tenu et habité une maison de débauche, deux infractions qui lui ont valu des amendes et une peine d'emprisonnement de 15 mois.

[9] When she ran an escort service in the 1980s, Ms. Bedford instituted various safety measures, including: ensuring someone else was on location during in-calls, except during appointments with well-known clients; ensuring that women were taken to and from out-call appointments by a boyfriend, husband, or professional driver; if an appointment was at a hotel, calling the hotel to verify the client's name and hotel room number; if an appointment was at a client's home, calling the client's phone to ensure it was the correct number; turning down appointments from clients who sounded intoxicated; and verifying that credit card numbers matched the names of clients. She claimed she was not aware of any incidents of violence by the clientele towards her employees during that time. At some point in the 1990s, Ms. Bedford ran the Bondage Bungalow, where she offered dominatrix services. She also instituted various safety measures at this establishment, and claimed she only experienced one incident of "real violence" (application decision, at para. 30).

[10] Ms. Bedford is not currently working in prostitution but asserted that she would like to return to working as a dominatrix in a secure, indoor location; however, she is concerned that in doing so, she would be exposed to criminal liability. Furthermore, she does not want the people assisting her to be subject to criminal liability due to the living on the avails of prostitution provision.

[11] Amy Lebovitch was born in Montréal in 1979. She comes from a stable background and attended both CEGEP and university. She currently works as a prostitute and has done so since approximately 1997 in various cities in Canada. She worked first as a street prostitute, then as an escort, and later in a fetish house. Ms. Lebovitch considers herself lucky that she was never subjected to violence during her years working on the streets. She moved off the streets to work at the escort agency after seeing other women's injuries and hearing stories of the violence suffered by other street prostitutes. Ms. Lebovitch maintains that she felt safer in an indoor location; she attributed remaining safety issues mainly to poor management. Ms. Lebovitch experienced one notable instance of violence, which

[9] Lorsqu'elle dirigeait un service d'escortes dans les années 1980, M^me^ Bedford prenait diverses mesures de sécurité, dont les suivantes. Assurer la présence sur place d'une autre personne lors de la visite d'un nouveau client; faire en sorte que la prostituée soit amenée au lieu de rendez-vous, puis en soit ramenée par son petit ami, son mari ou un chauffeur; appeler l'hôtel où le rendez-vous est donné pour vérifier le nom du client et le numéro de sa chambre; composer le numéro de téléphone du client pour s'assurer que c'était le bon lorsque la rencontre avait lieu chez le client; refuser tout rendez-vous à un client qui semblait intoxiqué; s'assurer que le numéro de carte de crédit correspondait au nom du client. Pour autant qu'elle sache, aucune de ses employées n'a été victime d'actes de violence de la part de clients pendant cette période. À un certain moment au cours des années 1990, M^me^ Bedford a ouvert le « Bondage Bungalow » où elle a offert des services de dominatrice. Elle y a également pris des mesures de sécurité et n'a connu qu'un seul incident de [TRADUCTION] « violence véritable » (décision de première instance, par. 30).

[10] Pour l'heure, M^me^ Bedford ne se livre pas à la prostitution. Elle aimerait reprendre ses activités de dominatrice dans un lieu sûr, à l'intérieur, mais elle craint d'engager alors sa responsabilité criminelle. Elle ajoute ne pas vouloir non plus que ses collaborateurs s'exposent à des accusations de proxénétisme.

[11] Née en 1979 à Montréal, Amy Lebovitch a grandi dans une famille stable et a fréquenté le cégep et l'université. Elle se livre actuellement à la prostitution. Elle a commencé vers 1997 et a travaillé dans plusieurs villes du Canada. Elle s'est d'abord prostituée dans la rue, puis comme escorte et, enfin, dans une maison fétichiste. Elle s'estime chanceuse de n'avoir jamais été victime de violence au cours des années où elle a travaillé dans la rue. Elle a quitté ce milieu pour devenir escorte après avoir vu les blessures infligées à d'autres prostituées de la rue et avoir entendu le récit des actes de violence commis à leur endroit. M^me^ Lebovitch soutient qu'elle se sent davantage en sécurité lorsqu'elle se livre à la prostitution à l'intérieur. Selon elle, les incidents qui s'y produisent malgré tout sont

she did not report to the police out of fear of police scrutiny and the possibility of criminal charges.

[12] Presently, Ms. Lebovitch primarily works independently out of her home, where she takes various safety precautions, including: making sure client telephone calls are from unblocked numbers; not taking calls from clients who sound drunk, high, or in another manner undesirable; asking for expectations upfront; taking clients' full names and verifying them using directory assistance; getting referrals from regular clients; and calling a third party — her "safe call" — when the client arrives and before he leaves. Ms. Lebovitch fears being charged and convicted under the bawdy-house provisions and the consequent possibility of forfeiture of her home. She says that the fear of criminal charges has caused her to work on the street on occasion. She is also concerned that her partner will be charged with living on the avails of prostitution. She has never been charged with a criminal offence of any kind. Ms. Lebovitch volunteers as the spokesperson for Sex Professionals of Canada ("SPOC"), and she also records information from women calling to report "bad dates" — incidents that ended in violence or theft. Ms. Lebovitch stated that she enjoys her job and does not plan to leave it in the foreseeable future.

[13] Valerie Scott was born in Moncton, New Brunswick, in 1958. She is currently the executive director of SPOC, and she no longer works as a prostitute. In the past, she worked indoors, from her home or in hotel rooms; she also worked as a prostitute on the street, in massage parlours, and she ran a small escort business. She has never been charged with a criminal offence of any kind. When Ms. Scott worked from home, she would screen new clients by meeting them in public locations. She never experienced significant harm working from home. Around 1984, as awareness about HIV/AIDS increased, Ms. Scott was compelled to work as a street prostitute, since indoor clients felt entitled not to wear condoms. On the street, she was subjected to threats of violence, as well as verbal and physical abuse. Ms. Scott described some precautions street

essentiellement attribuables à une mauvaise gestion. Elle n'a connu qu'un seul cas de violence digne de mention, qu'elle n'a toutefois pas dénoncé de crainte d'attirer l'attention de la police sur ses activités et d'être accusée au criminel.

[12] À l'heure actuelle, M^me^ Lebovitch se prostitue essentiellement chez elle, de manière autonome. Elle prend diverses précautions, dont s'assurer que le numéro de téléphone du client n'est pas masqué, refuser un client qui semble ivre, intoxiqué ou par ailleurs rebutant, s'enquérir au départ des attentes du client, lui demander son nom au complet et vérifier son identité à l'assistance annuaire, obtenir des références d'un client fiable et appeler un tiers — son « ange gardien » — à l'arrivée du client et peu avant qu'il ne parte. M^me^ Lebovitch craint d'être accusée et déclarée coupable de tenir une maison de débauche et que sa demeure soit confisquée en conséquence. Elle affirme que la peur d'être accusée au criminel l'a parfois amenée à travailler dans la rue. Elle craint également que son conjoint ne soit accusé de proxénétisme. Elle n'a jamais fait l'objet d'accusations au pénal. Elle est porte-parole bénévole de l'organisme Sex Professionals of Canada (« SPOC ») et consigne par ailleurs les incidents que lui signalent des prostituées victimes de violence ou de vol de la part de clients. M^me^ Lebovitch dit aimer son travail et n'entend pas en changer dans un avenir prévisible.

[13] Née en 1958 à Moncton, au Nouveau-Brunswick, Valerie Scott est actuellement directrice administrative de SPOC. Elle ne travaille plus comme prostituée, mais elle l'a fait, à l'intérieur, chez elle ou dans des chambres d'hôtel, dans la rue et dans des salons de massage. Elle a aussi dirigé une petite agence d'escortes. Elle n'a jamais été accusée de la moindre infraction criminelle. Lorsqu'elle travaillait chez elle, elle soumettait tout nouveau client à une évaluation préalable lors d'une rencontre dans un lieu public. Elle n'a alors jamais eu d'ennuis graves. Vers 1984, les craintes accrues suscitées par le VIH/SIDA l'ont amenée à travailler dans la rue car les clients qu'elle recevait chez elle se croyaient dispensés du port du condom. Dans la rue, elle a été l'objet de menaces de violence ainsi que d'agressions verbales et physiques. Elle fait

prostitutes took prior to the enactment of the communicating law, including working in pairs or threes and having another prostitute visibly write down the client's licence plate number, so he would know he was traceable if something was to go wrong.

[14] Ms. Scott worked as an activist and, among other things, advocated against Bill C-49 (which included the current communicating provision). Ms. Scott stated that following the enactment of the communicating law, the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes ("CORP") began receiving calls from women working in prostitution about the increased enforcement of the laws and the prevalence of bad dates. In response, Ms. Scott was involved in setting up a drop-in and phone centre for prostitutes in Toronto; within the first year, Ms. Scott spoke to approximately 250 prostitutes whose main concerns were client violence and legal matters arising from arrest. In 2000, Ms. Scott formed SPOC to revitalize and continue the work previously done by CORP. As the executive director of this organization, she testified before a Parliamentary Subcommittee on Solicitation Laws in 2005. Over the years, Ms. Scott estimates that she has spoken with approximately 1,500 women working in prostitution. If this challenge is successful, Ms. Scott would like to operate an indoor prostitution business. While she recognizes that clients may be dangerous in both outdoor and indoor locations, she would institute safety precautions such as checking identification of clients, making sure other people are close by during appointments to intervene if needed, and hiring a bodyguard.

[15] The three applicants applied pursuant to rule 14.05(3)(g.1) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for an order that the provisions restricting prostitution are unconstitutional. The evidentiary record consists of over 25,000 pages of evidence in 88 volumes. The affidavit evidence was accompanied by a large volume of studies, reports, newspaper articles, legislation, Hansard and many

état de certaines précautions que les prostituées de la rue prenaient avant l'adoption des dispositions interdisant la communication, dont le travail à deux ou à trois ou la prise ostensible du numéro de plaque du client par une autre prostituée afin que ce dernier sache qu'on pouvait le retracer si les choses tournaient mal.

[14] M^me^ Scott a été militante. Elle a notamment fait campagne contre le projet de loi C-49 (dont est issue la disposition actuelle interdisant la communication). Elle dit qu'après l'interdiction de la communication, la Canadian Organization for the Rights of Prostitutes (« CORP ») a commencé à recevoir des appels de prostituées qui constataient une répression policière accrue et un plus grand nombre d'incidents avec des clients. C'est pourquoi elle a participé à la mise sur pied à Toronto d'un centre d'aide aux prostituées dont les services étaient offerts sur place et au téléphone. Dès la première année, M^me^ Scott s'est entretenue avec environ 250 prostituées dont les principaux sujets de préoccupation étaient la violence des clients et les conséquences juridiques d'une arrestation. En 2000, elle a créé SPOC afin de donner une nouvelle impulsion au travail entrepris par la CORP. C'est à titre de directrice administrative de cet organisme qu'elle a témoigné en 2005 devant le Sous-comité parlementaire de l'examen des lois sur le racolage. Au fil des ans, elle se serait entretenue avec environ 1 500 femmes qui se livrent à la prostitution. Si les appelantes ont gain de cause, M^me^ Scott aimerait se mettre à son compte et offrir des services de prostitution à l'intérieur. Elle reconnaît qu'un client peut se révéler dangereux tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, mais elle prendrait des précautions, comme la vérification de l'identité du client, la présence d'une autre personne à proximité qui puisse intervenir au besoin lors d'un rendez-vous et l'embauche d'un garde du corps.

[15] Les trois demanderesses ont demandé, sur le fondement de l'al. 14.05(3)g.1) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, que les dispositions qui limitent la prostitution soient déclarées inconstitutionnelles. Le dossier de preuve compte plus de 25 000 pages et 88 volumes. La preuve par affidavit s'accompagne d'une foule d'études, de rapports, d'articles de journaux, d'extraits de textes

other documents. Some of the affiants were cross-examined.

II. Legislation

[16] The relevant legislation is as follows:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Criminal Code

197. (1) In this Part,

. . .

"common bawdy-house" means a place that is

(*a*) kept or occupied, or

(*b*) resorted to by one or more persons

for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency;

210. (1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) Every one who

de loi et des Débats de la Chambre des communes, et de nombreux autres documents. Certains déposants ont été contre-interrogés.

II. Dispositions législatives

[16] Les dispositions législatives applicables sont les suivantes :

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Code criminel

197. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . .

« maison de débauche » Local qui, selon le cas :

a) est tenu ou occupé;

b) est fréquenté par une ou plusieurs personnes,

à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécence.

210. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de débauche.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas :

(*a*) is an inmate of a common bawdy-house,

(*b*) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

(*c*) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Where a person is convicted of an offence under subsection (1), the court shall cause a notice of the conviction to be served on the owner, landlord or lessor of the place in respect of which the person is convicted or his agent, and the notice shall contain a statement to the effect that it is being served pursuant to this section.

(4) Where a person on whom a notice is served under subsection (3) fails forthwith to exercise any right he may have to determine the tenancy or right of occupation of the person so convicted, and thereafter any person is convicted of an offence under subsection (1) in respect of the same premises, the person on whom the notice was served shall be deemed to have committed an offence under subsection (1) unless he proves that he has taken all reasonable steps to prevent the recurrence of the offence.

212. (1) Every one who

. . .

(*j*) lives wholly or in part on the avails of prostitution of another person,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

213. (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

. . .

a) habite une maison de débauche;

b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche;

c) en qualité de propriétaire, locateur, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

(3) Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction visée au paragraphe (1), le tribunal fait signifier un avis de la déclaration de culpabilité au propriétaire ou locateur du lieu à l'égard duquel la personne est déclarée coupable, ou à son agent, et l'avis doit contenir une déclaration portant qu'il est signifié selon le présent article.

(4) Lorsqu'une personne à laquelle un avis est signifié en vertu du paragraphe (3) n'exerce pas immédiatement tout droit qu'elle peut avoir de résilier la location ou de mettre fin au droit d'occupation que possède la personne ainsi déclarée coupable, et que, par la suite, un individu est déclaré coupable d'une infraction visée au paragraphe (1) à l'égard du même local, la personne à qui l'avis a été signifié est censée avoir commis une infraction visée au paragraphe (1), à moins qu'elle ne prouve qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher le renouvellement de l'infraction.

212. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, selon le cas :

. . .

j) vit entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne.

213. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre :

. . .

(*c*) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

III. Prior Decisions

A. *Ontario Superior Court of Justice (Himel J.)*

[17] The application judge, Himel J., concluded that the applicants had private interest standing to challenge the provisions. She held that the decision of this Court upholding the bawdy-house and communicating law in the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), did not prevent her from reviewing their constitutionality because: (1) s. 7 jurisprudence has evolved considerably since 1990; in particular, the doctrines of arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality had not yet been fully articulated and therefore were not argued or considered in the *Prostitution Reference*; (2) the evidentiary record before her was much richer, based on research not available in 1990; (3) the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* may no longer be valid; and (4) the type of expression at issue differed from that considered in the *Prostitution Reference*.

[18] In considering the legislative scheme as it exists and the evidence before her, Himel J. found that each of the impugned laws deprived the applicants and others like them of their liberty (by reason of potential imprisonment) and their security of the person (because they increased the risk of injury). The increased risk of violence created by the laws constituted a "sufficient" cause, engaging the security of the person protected by s. 7. She stated:

With respect to s. 210, the evidence suggests that working in-call is the safest way to sell sex; yet, prostitutes

c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Himel)*

[17] En première instance, la juge Himel conclut que les demanderesses ont qualité pour agir dans l'intérêt privé et contester les dispositions. Elle estime que le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (« *Renvoi sur la prostitution* »), dans lequel notre Cour confirme la validité des dispositions sur les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution, ne l'empêche pas d'examiner leur constitutionnalité, car (1) la jurisprudence relative à l'art. 7 a beaucoup évolué depuis 1990 et, plus particulièrement, les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale n'étaient pas encore bien arrêtées, de sorte qu'elles n'avaient pas été invoquées ou examinées dans cette affaire, (2) le dossier de preuve est beaucoup plus étoffé et repose sur les résultats de recherches qui n'étaient pas disponibles en 1990, (3) les données sociales, politiques et économiques qui sous-tendent le *Renvoi sur la prostitution* ne sont peut-être plus valables et (4) l'expression considérée en l'espèce diffère de celle examinée dans le *Renvoi sur la prostitution*.

[18] Après examen du régime législatif existant et de la preuve offerte, la juge Himel conclut que les dispositions contestées portent toutes trois atteinte au droit à la liberté (en raison du risque d'emprisonnement) et à la sécurité (en raison du risque accru de préjudice) des demanderesses et d'autres personnes dans la même situation. Le risque accru de violence créé par les dispositions « suffit » pour mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7. Elle déclare :

[TRADUCTION] À l'égard de l'art. 210, les preuves indiquent que travailler à l'intérieur est la façon la plus

who attempt to increase their level of safety by working in-call face criminal sanction. With respect to s. 212(1)(*j*), prostitution, including legal out-call work, may be made less dangerous if a prostitute is allowed to hire an assistant or a bodyguard; yet, such business relationships are illegal due to the living on the avails of prostitution provision. Finally, s. 213(1)(*c*) prohibits street prostitutes, who are largely the most vulnerable prostitutes and face an alarming amount of violence, from screening clients at an early, and crucial stage of a potential transaction, thereby putting them at an increased risk of violence.

In conclusion, these three provisions prevent prostitutes from taking precautions, some extremely rudimentary, that can decrease the risk of violence towards them. Prostitutes are faced with deciding between their liberty and their security of the person. Thus, while it is ultimately the client who inflicts violence upon a prostitute, in my view the law plays a sufficient contributory role in preventing a prostitute from taking steps that could reduce the risk of such violence. [paras. 361-62]

[19] Himel J. concluded that the deprivation of security thus established was not in accordance with the principles of fundamental justice, notably the requirements that laws not infringe security of the person in a way that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate.

[20] Himel J. found the bawdy-house provision (s. 210) overbroad because it extended to virtually any place and allowed for convictions that were unrelated to the objective of preventing community nuisance. And the harms it inflicted were grossly disproportionate to the few nuisance complaints received. The effect of preventing prostitutes from working in-call at a regular indoor location was to force them to choose between their liberty interest (obeying the law) and their personal security.

[21] Himel J. found the prohibition against living on the avails of prostitution (s. 212(1)(*j*)) arbitrary, overbroad and grossly disproportionate. While targeting exploitation by pimps, the provision

sécuritaire de vendre des services à caractère sexuel. Pourtant, les prostituées qui tentent d'accroître leur niveau de sécurité en travaillant à l'intérieur sont passibles d'une sanction pénale. Relativement à l'al. 212(1)*j*), la prostitution, y compris le travail légal « itinérant », pourrait être plus sécuritaire si la prostituée avait le droit d'embaucher un adjoint ou un garde du corps. Pourtant, de telles relations de travail sont illégales en raison de la disposition interdisant de vivre des produits de la prostitution. En dernier lieu, l'al. 213(1)*c*) interdit aux prostituées de la rue, qui sont de loin les plus vulnérables et font l'objet d'un nombre alarmant d'actes de violence, de présélectionner les clients à l'étape initiale, et cruciale, de la transaction possible, les exposant ainsi à un risque accru de violence.

En conclusion, ces trois dispositions empêchent les prostituées de prendre des précautions, certaines extrêmement rudimentaires, qui pourraient réduire le risque de violence à leur endroit. Les prostituées sont obligées de choisir entre la liberté et la sécurité de leur personne. Ainsi, bien que ce soit le client qui, en fin de compte, fasse subir la violence à la prostituée, je suis d'avis que la loi contribue suffisamment à empêcher qu'une prostituée prenne des mesures qui pourraient réduire le risque d'une telle violence. [par. 361-362]

[19] La juge Himel conclut que la privation du droit à la sécurité qui en résulte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, dont celui qui empêche le législateur de porter atteinte au droit à la sécurité de la personne par l'adoption d'une disposition arbitraire ou totalement disproportionnée ou dont la portée est trop grande.

[20] À son avis, la disposition sur les maisons de débauche (l'art. 210) a une portée trop grande en ce qu'elle vise pratiquement tout lieu et réprime des actes qui n'ont rien à voir avec l'objectif d'empêcher les nuisances publiques. De plus, le préjudice infligé est totalement disproportionné compte tenu du nombre peu élevé de plaintes pour nuisance. Empêcher les prostituées de se livrer à la prostitution dans un lieu établi, situé à l'intérieur, les contraint à renoncer à leur liberté (par l'observation de la loi) ou à leur sécurité personnelle.

[21] La juge Himel estime que l'interdiction du proxénétisme (l'al. 212(1)*j*)) est arbitraire et totalement disproportionnée, et que sa portée est trop grande. Même si elle est censée réprimer

encompasses virtually anyone who provides services to prostitutes. Prostitutes are forced to work alone, increasing the risk of harm, or work with people prepared to break the law. It increases reliance on pimps, and is therefore arbitrary. It catches non-exploitative relationships, and is therefore overbroad. And it creates the risk of severe violence from pimps and exploiters, making it grossly disproportionate.

[22] Finally, Himel J. found the prohibition on communicating for the purposes of prostitution (s. 213(1)(*c*)) violates the principle against gross disproportionality. By preventing prostitutes from screening clients — an essential tool for enhancing their safety — it endangers them out of all proportion to the small social benefit it provides. It also infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(*b*) of the *Charter*.

[23] Himel J. found that the infringement of the s. 7 and s. 2(*b*) rights imposed by the laws could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[24] In the result, Himel J. declared the communicating and living on the avails offences unconstitutional, without suspension, and rectified the bawdy-house prohibition by striking the word "prostitution" from the definition of "common bawdy-house" in s. 197(1) as it applies to s. 210.

B. *Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.)*

[25] The majority of the Court of Appeal, *per* Doherty, Rosenberg and Feldman J.J.A. (with whom the minority *per* MacPherson J.A. concurred on these issues), agreed with the application judge that the bawdy-house and living on the avails provisions were unconstitutional on the basis that they

l'exploitation par le proxénète, la disposition vise pratiquement toute personne qui offre des services à une prostituée. Celle-ci est obligée soit de travailler seule, ce qui augmente le risque auquel elle s'expose, soit de travailler avec des gens qui sont disposés à contrevenir à la loi. L'interdiction accroît la dépendance des prostituées envers les souteneurs, ce qui la rend arbitraire. Elle s'applique à des rapports exempts d'exploitation, de sorte que sa portée est trop grande. Enfin, elle crée un risque de violence grave de la part des proxénètes et des exploiteurs, d'où son caractère totalement disproportionné.

[22] Enfin, la juge Himel statue que l'interdiction de communiquer en vue de se livrer à la prostitution (l'al. 213(1)*c*)) va à l'encontre du principe de la proportionnalité. Parce qu'elle empêche les prostituées de jauger leurs clients — une mesure essentielle à l'accroissement de leur sécurité —, l'interdiction les expose à un danger disproportionné au faible avantage social obtenu. Elle porte par ailleurs atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[23] La juge Himel opine que l'atteinte au droit et à la liberté garantis à l'art. 7 et à l'al. 2*b*) qui découle des dispositions en cause ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte.*

[24] Elle déclare donc inconstitutionnelles, sans effet suspensif, les dispositions créant les infractions de communication aux fins de prostitution et de proxénétisme, et elle modifie l'interdiction de tenir une maison de débauche par la suppression du mot « prostitution » dans la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) pour les besoins de l'art. 210.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk)*

[25] Les juges majoritaires de la Cour d'appel (les juges Doherty, Rosenberg et Feldman, avec l'accord des juges minoritaires sur ces points exprimé par le juge MacPherson) conviennent avec la juge de première instance que les dispositions sur les maisons de débauche et le proxénétisme sont

engaged the security of the person in a way that was not in accordance with the principles of fundamental justice (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). In particular, the majority found as follows.

[26] The prohibition on bawdy-houses was overbroad and had an impact on security that was grossly disproportionate to any benefit conferred. The court agreed that the word "prostitution" should be struck from the definition of "common bawdy-house". However, it suspended the declaration of invalidity for 12 months.

[27] The prohibition on living on the avails was not arbitrary, as the application judge found, but was overbroad and grossly disproportionate in its effects. However, instead of striking the provision out, the court narrowed the provision by reading in "in circumstances of exploitation" (para. 267).

[28] The majority of the Court of Appeal found the prohibition on communicating in public for the purpose of prostitution was constitutional. While it engaged security of the person, it did so in accordance with the principles of fundamental justice. The provision aims to combat nuisance-related problems caused by street solicitation. It is not arbitrary; it has been effective in protecting residential neighbourhoods from the targeted harms. Nor is it overbroad or grossly disproportionate. In finding the provision grossly disproportionate, the application judge erred by understating the objective in a way that did not reflect the evidence, and by overemphasizing the impact of the provision on prostitutes' security of the person. The evidence did not establish that inability to communicate with customers contributed to the harm experienced by prostitutes to a degree that made the impact grossly disproportionate to the benefits. The majority also found that it was bound by the *Prostitution Reference*: thus, this provision violated s. 2(*b*) of the *Charter*, but was justified under s. 1 of the *Charter*.

inconstitutionnelles parce qu'elles portent atteinte à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). Ils concluent notamment ce qui suit.

[26] Selon eux, l'interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande et un effet sur le droit à la sécurité qui est totalement disproportionné à l'avantage obtenu. Ils conviennent de supprimer le mot « prostitution » dans la définition de « maison de débauche », mais suspendent l'effet de l'invalidation pendant 12 mois.

[27] Ils opinent que l'interdiction du proxénétisme n'est pas arbitraire, contrairement à ce qu'affirme la juge de première instance, mais que sa portée est trop grande et qu'elle est totalement disproportionnée par ses effets. Toutefois, au lieu d'invalider la disposition, ils en restreignent la portée en l'interprétant largement comme si les mots [TRADUCTION] « dans des situations d'exploitation » y étaient employés (par. 267).

[28] Les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent que l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution est constitutionnelle. Même si elle porte atteinte à la sécurité de la personne, elle est conforme aux principes de justice fondamentale. La disposition vise à empêcher les nuisances causées par le racolage, et elle n'est pas arbitraire. Elle a permis d'assurer la quiétude des quartiers résidentiels. Sa portée n'est pas trop grande et elle n'est pas totalement disproportionnée. Pour arriver à la conclusion que la disposition est totalement disproportionnée, la juge de première instance a eu tort de sous-estimer l'objectif sans égard à la preuve et d'accorder trop d'importance aux répercussions sur le droit à la sécurité des prostituées. La preuve ne démontrait pas que l'impossibilité de communiquer avec des clients contribuait aux ennuis des prostituées au point d'avoir un effet totalement disproportionné à l'avantage obtenu. Les juges majoritaires s'estiment également liés par le *Renvoi sur la prostitution* et ils concluent que la disposition porte atteinte à la liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[29] The minority, *per* MacPherson J.A. (dissenting only on this one issue), would have struck down the communicating prohibition under ss. 7 and 1 of the *Charter* as grossly disproportionate to the legislative objective of combatting social nuisance. The minority found that: (1) its effects were equally or more serious than the other provision; (2) the application judge correctly stated the objective of the provision; (3) the record supported the conclusion that screening is an essential tool for safety; (4) beyond screening, the provision adversely impacts safety by forcing prostitutes to work in isolated and dangerous areas; (5) the provision impacts the most vulnerable class of prostitutes, street workers, raising s. 15 equality concerns; (6) the recent decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, supports the conclusion that the provision violates s. 7; and (7) the compounding effect of legislation that drives prostitutes onto the streets and then denies them the ability to evaluate prospective clients supports unconstitutionality. This conclusion made it unnecessary for the minority to consider s. 2(*b*) of the *Charter*.

[29] Sous la plume du juge MacPherson, les juges minoritaires (dissidents sur ce seul point) auraient invalidé l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution sur le fondement de l'art. 7 et de l'article premier de la *Charte* au motif qu'elle est totalement disproportionnée à l'objectif législatif de réprimer la nuisance sociale. Selon eux, (1) ses répercussions sont aussi graves, sinon plus, que celles des autres dispositions, (2) la juge de première instance a correctement énoncé l'objectif de la disposition, (3) le dossier permettait de conclure que l'évaluation du client est essentielle à la sécurité des prostituées, (4) la disposition empêche non seulement cette évaluation, mais nuit à la sécurité des prostituées en les obligeant à travailler dans des endroits isolés et dangereux, (5) la disposition a des répercussions sur les prostituées les plus vulnérables, celles de la rue, ce qui compromet le droit à l'égalité garanti à l'art. 15, (6) notre récent arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 appuie la conclusion d'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et (7) l'effet combiné de mesures législatives ayant pour effet d'obliger les prostituées à exercer leurs activités dans la rue tout en les empêchant de jauger leurs clients éventuels va également dans le sens de l'inconstitutionnalité. Cette conclusion des juges minoritaires les dispense d'examiner l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[30] In the course of arriving at its conclusions, the majority of the Court of Appeal made a number of ancillary observations of importance.

[30] Pour en arriver à leurs conclusions, les juges majoritaires formulent accessoirement un certain nombre d'observations importantes.

[31] In considering the doctrine of *stare decisis* and whether the application judge was bound by the *Prostitution Reference*, the court adopted a narrow view of when a trial judge can reconsider previous decisions of the Supreme Court of Canada on the basis of changes in the social, economic or political landscapes: the trial judge cannot change the law, but is limited to making findings of fact and credibility to create the necessary evidentiary record which the Supreme Court of Canada can then consider. Reasons that justify a court departing from its own prior decisions cannot justify a lower court revisiting binding authority. This applies to

[31] En ce qui concerne la règle du *stare decisis* et la question de savoir si la juge était liée par le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour d'appel interprète strictement les conditions auxquelles un juge de première instance peut réexaminer une décision antérieure de notre Cour au regard de mutations sociales, économiques ou politiques. Le juge ne peut modifier le droit établi. Il doit s'en tenir à des conclusions sur les faits et la crédibilité afin de constituer le dossier de preuve à partir duquel notre Cour pourra ensuite se prononcer. Les motifs pour lesquels un tribunal peut s'écarter de ses propres décisions antérieures ne sauraient permettre à une

determining what constitutes a reasonable limit on a right under s. 1 of the *Charter* (paras. 75-76).

[32] On the standard of causation required to engage s. 7, the Court of Appeal held that the traditional causation analysis is inappropriate where it is legislation, and not the actions of a government official, that is said to have interfered with a s. 7 interest. Rather, the judge should conduct a practical, pragmatic analysis to determine what the legislation prohibits or requires, its impact on the persons affected, and whether this amounts to an interference with protected rights (paras. 107-9).

[33] On the issue of deference to findings of fact of the application judge, the Court of Appeal held that findings on social and legislative facts are not entitled to appellate deference, while findings on the credibility of affiants and the objectivity of expert witnesses attract deference (paras. 128-31).

[34] Regarding the purpose of the laws, the court rejected the Attorney General of Ontario's submission that there was an overarching legislative objective to eradicate, or at least discourage, prostitution. Rather, the purpose of each of the laws must be independently ascertained with reference to its unique historical context (paras. 165-70).

[35] On the principles of fundamental justice, the Court of Appeal held that arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality each use a different filter to examine the connection between the law and the legislative objective. Arbitrariness is the absence of any link between the objective of the law and its negative impact on security of the person. Overbreadth addresses the situation where the law imposes limits on security of the person that go beyond what is required to achieve its objective. Gross disproportionality describes the case where the effects of the impugned law are so extreme that they cannot be justified by its object (paras. 143-49).

juridiction inférieure de remettre en question un arrêt qui la lie. Ce principe vaut lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue une limite raisonnable à l'exercice d'un droit au sens de l'article premier de la *Charte* (par. 75-76).

[32] S'agissant de la causalité requise pour emporter l'application de l'art. 7, la Cour d'appel explique que l'analyse traditionnelle ne convient pas lorsque ce sont les dispositions d'une loi, et non les actes d'un fonctionnaire, qui auraient porté atteinte à un droit garanti par l'art. 7. Il faut plutôt recourir à une analyse factuelle et pragmatique pour déterminer ce que les dispositions interdisent ou prescrivent, quelles sont leurs répercussions sur les intéressés et s'il en résulte une atteinte à un droit garanti (par. 107-109).

[33] En ce qui concerne la déférence qui s'impose à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance, la Cour d'appel opine que les conclusions sur des faits sociaux ou législatifs ne commandent pas la déférence de la juridiction d'appel, tandis que celles sur la crédibilité des déposants et l'objectivité des témoins experts la commandent (par. 128-131).

[34] S'agissant de l'objet des dispositions, la Cour d'appel rejette la prétention du procureur général de l'Ontario suivant laquelle leur objectif primordial est de supprimer la prostitution ou, du moins, de la décourager. À son avis, il faut plutôt cerner l'objet de chacune des dispositions séparément, dans son propre contexte historique (par. 165-170).

[35] Quant aux principes de justice fondamentale, la Cour d'appel statue que le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné appellent des examens sous des angles différents du lien entre la disposition contestée et l'objectif législatif. Le caractère arbitraire s'entend de l'absence de rapport entre l'objectif de la loi et ses effets préjudiciables sur la sécurité de la personne. Une disposition a une portée trop grande lorsqu'elle limite le droit à la sécurité de la personne plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif. Une disposition est par ailleurs totalement disproportionnée lorsque ses répercussions sont si extrêmes qu'elles ne peuvent être justifiées par son objet (par. 143-149).

IV. Discussion

[36] The appellant Attorneys General appeal from the Court of Appeal's declaration that ss. 210 and 212(1)(*j*) of the *Code* are unconstitutional. The respondents cross-appeal on the issue of the constitutionality of s. 213(1)(*c*), and in respect of the Court of Appeal's remedy to resolve the unconstitutionality of s. 210.

[37] Before turning to the *Charter* arguments before us, I will first discuss two preliminary issues: (1) whether the 1990 decision in the *Prostitution Reference*, upholding the bawdy-house and communication prohibitions, is binding on trial judges and this Court; and (2) the degree of deference to be accorded to the application judge's findings on social and legislative facts.

A. *Preliminary Issues*

(1) Revisiting the *Prostitution Reference*

[38] Certainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies.

[39] The issue of when, if ever, such precedents may be departed from takes two forms. The first "vertical" question is when, if ever, a lower court may depart from a precedent established by a higher court. The second "horizontal" question is when a court such as the Supreme Court of Canada may depart from its own precedents.

[40] In this case, the precedent in question is the Supreme Court of Canada's 1990 advisory opinion in the *Prostitution Reference*, which upheld the constitutionality of the prohibitions on

IV. Analyse

[36] Les procureurs généraux appelants se pourvoient contre le jugement de la Cour d'appel qui déclare inconstitutionnels l'art. 210 et l'al. 212(1)*j*) du *Code*. Les intimées se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l'al. 213(1)*c*) et à la mesure prise par la Cour d'appel pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'art. 210.

[37] Avant de passer aux moyens fondés sur la *Charte*, j'examine d'abord deux questions préliminaires. Premièrement, les juges de première instance et notre Cour sont-ils liés par le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la validité des dispositions interdisant les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution? Deuxièmement, quel degré de déférence commandent les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs?

A. *Questions préliminaires*

(1) Réexamen du *Renvoi sur la prostitution*

[38] La notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law.

[39] La question de savoir à quelles conditions il est possible de s'écarter d'un précédent, le cas échéant, se présente de deux manières. Elle se pose premièrement du point de vue « hiérarchique ». À quelles conditions une juridiction inférieure peut-elle, le cas échéant, s'écarter du précédent établi par une juridiction supérieure? Elle se pose deuxièmement du point de vue « collégial ». À quelles conditions une juridiction comme notre Cour peut-elle, le cas échéant, s'écarter de ses propres précédents?

[40] Dans la présente affaire, le précédent correspond à l'avis consultatif de la Cour dans le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la constitutionnalité des interdictions faites par deux des

bawdy-houses and communicating — two of the three provisions challenged in this case. The questions in that case were whether the laws infringed s. 7 or s. 2(*b*) of the *Charter*, and, if so, whether the limit was justified under s. 1. The Court concluded that neither of the impugned laws were inconsistent with s. 7, and that although the communicating law infringed s. 2(*b*), it was a justifiable limit under s. 1 of the *Charter*. While reference opinions may not be legally binding, in practice they have been followed (G. Rubin, "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1960), 6 *McGill L.J.* 168, at p. 175).

[41] The application judge in this case held that she could revisit those conclusions because: the legal issues under s. 7 were different, in light of the evolution of the law in that area; the evidentiary record was richer and provided research not available in 1990; the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* no longer applied; and the type of expression at issue in that case (commercial expression) differed from the expression at issue in this case (expression promoting safety). The Court of Appeal disagreed with respect to the s. 2(*b*) issue, holding that a trial judge asked to depart from a precedent on the basis of new evidence, or new social, political or economic assumptions, may make findings of fact for consideration by the higher courts, but cannot apply them to arrive at a different conclusion from the previous precedent (para. 76).

[42] In my view, a trial judge can consider and decide arguments based on *Charter* provisions that were not raised in the earlier case; this constitutes a new legal issue. Similarly, the matter may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence

trois dispositions contestées en l'espèce de tenir une maison de débauche et communiquer à des fins de prostitution. Dans ce renvoi, la Cour devait décider si les dispositions portaient atteinte au droit ou à la liberté garantis à l'art. 7 ou à l'al. 2*b*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette limite était justifiée par application de l'article premier. Elle conclut que ni l'une ni l'autre des dispositions ne sont incompatibles avec l'art. 7 et que, même si l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution porte atteinte à une liberté garantie à l'al. 2*b*), il s'agit d'une limite justifiable suivant l'article premier de la *Charte*. Bien que les avis consultatifs puissent ne pas être juridiquement contraignants, dans les faits, il sont suivis (G. Rubin, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *R.D. McGill* 168, p. 175).

[41] La juge de première instance dit pouvoir réexaminer les conclusions tirées dans le *Renvoi sur la prostitution* parce que les questions de droit soulevées relativement à l'art. 7 sont différentes étant donné l'évolution du droit dans le domaine, que le dossier de preuve est plus étoffé et fait état de résultats de recherches qui n'étaient pas disponibles en 1990, que les données sociales, politiques et économiques sous-jacentes ne sont plus valables et que l'expression alors en cause (commerciale) diffère de celle considérée dans la présente affaire (celle qui contribue à la sécurité). La Cour d'appel exprime son désaccord au sujet de l'al. 2*b*) et explique que le tribunal de première instance invité à rompre avec un précédent en raison de nouveaux éléments de preuve ou de nouvelles données sociales, politiques ou économiques peut tirer des conclusions de fait susceptibles d'être examinées ensuite par une juridiction supérieure, mais ne peut les appliquer pour arriver à une solution différente de celle retenue dans le précédent (par. 76).

[42] À mon avis, le juge du procès peut se pencher puis se prononcer sur une prétention d'ordre constitutionnel qui n'a pas été invoquée dans l'affaire antérieure; il s'agit alors d'une nouvelle question de droit. De même, le sujet peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une

that fundamentally shifts the parameters of the debate.

[43] The intervener, the David Asper Centre for Constitutional Rights, argues that the common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. It submits that lower courts should not be limited to acting as "mere scribe[s]", creating a record and findings without conducting a legal analysis (I.F., at para. 25).

[44] I agree. As the David Asper Centre also noted, however, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. In my view, as discussed above, this threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. This balances the need for finality and stability with the recognition that when an appropriate case arises for revisiting precedent, a lower court must be able to perform its full role.

[45] It follows that the application judge in this case was entitled to rule on whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7 of the *Charter*. In the *Prostitution Reference*, the majority decision was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Only Lamer J., writing for himself, touched on security of the person — and then, only in the context of economic interests. Contrary to the submission of the Attorney General of Canada, whether the s. 7 interest at issue is economic liberty or security of the person is *not* "a distinction without a difference" (A.F., at para. 94). The rights protected by s. 7 are "independent interests, each of which must be given independent significance by the Court" (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 52). Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness,

modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne.

[43] L'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights fait valoir que la règle du *stare decisis* propre à la common law est subordonnée à la Constitution et ne saurait avoir pour effet d'obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. À son avis, une juridiction inférieure ne doit pas s'en tenir au rôle de [TRADUCTION] « simple exécutant » qui constitue un dossier et tire des conclusions sans se livrer à l'analyse du droit (m.i., par. 25).

[44] Je partage cet avis. Mais comme le signale aussi l'intervenant, la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d'un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu'il s'agit de justifier le réexamen d'un précédent. Rappelons que, selon moi, le réexamen est justifié lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve. Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu'une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu'elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent.

[45] Il s'ensuit que, en l'espèce, la juge pouvait trancher la question de savoir si les dispositions en cause respectaient ou non le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti à l'art. 7. Seul le juge Lamer, qui s'exprime en son nom personnel, aborde la question de la sécurité de la personne, et ce, dans le seul contexte des droits économiques. Contrairement à ce que prétend le procureur général du Canada, le fait que le droit en cause garanti par l'art. 7 soit celui à la liberté économique ou à la sécurité de la personne *n'*est *pas* [TRADUCTION] « une distinction sans importance » (m.a., par. 94). Les droits garantis à l'art. 7 sont des « intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 52). Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour a examiné les

overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years.

[46] These considerations do not apply to the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference*. Re-characterizing the type of expression alleged to be infringed did not convert this argument into a new legal issue, nor did the more current evidentiary record or the shift in attitudes and perspectives amount to a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifted the parameters of the debate.

[47] This brings me to the question of whether this Court should depart from its previous decision on the s. 2(*b*) aspect of this case. At heart, this is a balancing exercise, in which the Court must weigh correctness against certainty (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27). In this case, however, it is not necessary to determine whether this Court can depart from its s. 2(*b*) conclusion in the *Prostitution Reference*, since it is possible to resolve the case entirely on s. 7 grounds.

(2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts

[48] The Court of Appeal held that the application judge's findings on social and legislative facts — that is, facts about society at large, established by complex social science evidence — were not entitled to deference. With respect, I cannot agree. As this Court stated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, appellate courts should not interfere with a trial judge's findings of fact, absent a palpable and overriding error.

principes de justice fondamentale sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de son acceptabilité. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des 20 dernières années.

[46] Ces considérations sont étrangères à la question — tranchée dans le *Renvoi sur la prostitution* — de savoir si la disposition qui interdit la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d'expression. Qualifier différemment l'expression à laquelle il aurait été porté atteinte en l'espèce ne fait pas naître une nouvelle question de droit, et ni une preuve actualisée, ni l'évolution des mentalités et des points de vue n'équivalent à une modification de la situation ou de la preuve qui change radicalement la donne.

[47] Passons à la question de savoir si, en l'espèce, notre Cour doit rompre ou non avec une décision antérieure concernant l'application de l'al. 2*b*). Il nous faut essentiellement mettre en balance deux éléments : la justesse et la certitude (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). Dans le présent dossier, toutefois, il n'est pas nécessaire de déterminer si notre Cour peut rompre avec la conclusion qu'elle a tirée sur l'application de l'al. 2*b*) dans le *Renvoi sur la prostitution* puisqu'il est possible de trancher sur le fondement du seul art. 7.

(2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs

[48] La Cour d'appel se dit d'avis que les conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs — qui intéressent la société en général et qui sont établis au moyen d'une preuve complexe relevant des sciences sociales — ne commandent pas la déférence. Je ne puis malheureusement souscrire à son opinion. Comme le dit notre Cour dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, une cour d'appel doit se garder de modifier les conclusions de fait tirées en première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[49] When social and legislative evidence is put before a judge of first instance, the judge's duty is to evaluate and weigh that evidence in order to arrive at the conclusions of fact necessary to decide the case. The trial judge is charged with the responsibility of establishing the record on which subsequent appeals are founded. Absent reviewable error in the trial judge's appreciation of the evidence, a court of appeal should not interfere with the trial judge's conclusions on social and legislative facts. This division of labour is basic to our court system. The first instance judge determines the facts; appeal courts review the decision for correctness in law or palpable and overriding error in fact. This applies to social and legislative facts as much as to findings of fact as to what happened in a particular case.

[50] There are two important practical reasons not to depart from the usual standard of review simply because social or legislative facts are at issue.

[51] First, to do so would require the appeal court to duplicate the sometimes time-consuming and tedious work of the first instance judge in reviewing all the material and reconciling differences between the experts, studies and research results. A new set of judges would need to take the hours if not weeks required to intimately appreciate and analyze the evidence. And counsel for the parties would be required to take the appellate judges through all the evidence once again so they could draw their own conclusions. All this would increase the costs and delay in the litigation process. In a review for error — which is what an appeal is — it makes more sense to have counsel point out alleged errors in the trial judge's conclusions on the evidence and confine the court of appeal to determining whether those errors vitiate the trial judge's conclusions.

[52] Second, social and legislative facts may be intertwined with adjudicative facts — that is, the facts of the case at hand — and with issues of credibility of experts. To posit a different standard of review for adjudicative facts and the credibility of

[49] Le juge saisi d'éléments de preuve portant sur des faits sociaux ou législatifs a l'obligation de les examiner et de les soupeser en vue de tirer les conclusions de fait nécessaires pour trancher le litige. Il lui incombe de constituer le dossier sur lequel reposeront les appels subséquents. Sauf erreur d'appréciation susceptible de contrôle, la juridiction d'appel doit se garder de modifier les conclusions de première instance sur des faits sociaux ou législatifs. Ce partage des tâches est fondamental dans notre système de justice. Le juge du procès se prononce sur les faits, puis les juridictions d'appel contrôlent sa décision pour déterminer si elle est fondée en droit ou si elle est entachée d'une erreur de fait manifeste et dominante. La règle vaut pour les faits sociaux ou législatifs tout autant que pour les conclusions sur les faits qui sont à l'origine du litige.

[50] Deux raisons importantes d'ordre pratique militent contre la mise au rancart de la norme de contrôle habituelle seulement parce que des faits sociaux ou législatifs sont en cause.

[51] En premier lieu, la juridiction d'appel devrait alors reprendre le travail parfois long et fastidieux qui consiste à examiner tous les éléments et à concilier les divergences entre les experts, les études et les résultats de recherches. Une nouvelle formation de juges devrait passer des heures, voire des semaines, à prendre connaissance de la preuve et à l'analyser. Et les avocats des parties devraient examiner la preuve avec ces juges une fois de plus afin que ces derniers puissent tirer leurs propres conclusions. Il en résulterait une augmentation du coût et de la durée de la procédure judiciaire. Lorsqu'il s'agit de rechercher une erreur éventuelle — ce qui est le propre d'un appel —, il est plus sensé de demander aux avocats de signaler toute erreur qui entacherait les conclusions tirées de la preuve en première instance, de sorte que la juridiction d'appel n'ait qu'à décider si l'erreur vicie les conclusions.

[52] En second lieu, les faits sociaux ou législatifs peuvent s'entremêler avec les faits en litige — les faits de l'espèce — et avec les questions liées à la crédibilité des experts. Appliquer une norme de contrôle aux faits en litige ainsi qu'à la crédibilité

affiants and expert witnesses on the one hand, and social and legislative facts on the other (as proposed by the Court of Appeal), is to ask the impossible of courts of appeal. Untangling the different sources of those conclusions and applying different standards of review to them would immensely complicate the appellate task.

[53] As the Attorney General of Canada points out, this Court's decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, suggested that legislative fact findings are owed less deference. However, the use of social science evidence in *Charter* litigation has evolved significantly since *RJR-MacDonald* was decided. In the intervening years, this Court has expressed a preference for social science evidence to be presented through an expert witness (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras 26-28; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 68). The assessment of expert evidence relies heavily on the trial judge (*R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at paras. 62-96). This is particularly so in the wake of the Ontario report by Justice Goudge, which emphasized the role of the trial judge in preventing miscarriages of justice flowing from flawed expert evidence (*Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations* (2008)). The distinction between adjudicative and legislative facts can no longer justify gradations of deference.

[54] This case illustrates the problem. The application judge arrived at her conclusions on the impact of the impugned laws on s. 7 security interests on the basis of the personal evidence of the applicants, the evidence of affiants and experts, and documentary evidence in the form of studies, reports of expert panels and Parliamentary records. The Court of Appeal conceded that it must accord deference to her findings of adjudicative facts and the credibility of affiants and experts, but said it owes no deference to findings on social and legislative facts. The task

des déposants et des témoins experts et en appliquer une autre aux faits sociaux ou législatifs (comme le propose la Cour d'appel) revient à demander l'impossible aux juridictions d'appel. Démêler les différentes sources de ces conclusions et les soumettre à des normes de contrôle différentes compliqueraient immensément la tâche de la juridiction d'appel.

[53] Le procureur général du Canada souligne que, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour affirme que les conclusions relatives aux faits législatifs commandent un degré de déférence moins élevé. Or, le recours à des éléments de preuve relevant des sciences sociales dans les affaires portant sur l'application de la *Charte* a beaucoup évolué depuis cet arrêt. Dans les années qui ont suivi, notre Cour a dit préférer que de tels éléments de preuve soient présentés par des témoins experts (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 26-28; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 68). L'appréciation du témoignage d'un expert relève au premier chef du juge du procès (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 62-96), surtout depuis le rapport établi en Ontario par le juge Goudge qui met en évidence le rôle du juge du procès dans la prévention des erreurs judiciaires imputables aux témoignages d'experts déficients (*Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations* (2008)). La distinction entre les faits en litige et les faits législatifs ne peut plus justifier des degrés différents de déférence.

[54] La présente affaire constitue un bon exemple. La juge de première instance tire ses propres conclusions concernant l'effet des dispositions contestées sur le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 à partir du témoignage des demanderesses, des déposants et des experts, ainsi que de la preuve documentaire constituée d'études, de rapports de comités d'experts et de documents parlementaires. La Cour d'appel concède qu'elle doit déférer aux conclusions de la juge sur les faits en litige ainsi que sur la crédibilité des déposants

of applying different standards of review when the evidence is intertwined would be daunting.

[55] It is suggested that no deference is required on social and legislative facts because appellate courts are in as good a position to evaluate such evidence as trial judges. If this were so, adjudicative facts presented only in affidavit form would similarly be owed less deference. Yet this Court has been clear that, absent express statutory instruction, there is no middling standard of review for findings of fact (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401). Furthermore, this view does not meet the concerns of duplication of effort and the intertwining of such evidence with other kinds of evidence. Nor does it address the point that the appellate task is not to review evidence globally, but rather to review the conclusions the first instance judge has drawn from the evidence.

[56] For these reasons, I am of the view that a no-deference standard of appellate review for social and legislative facts should be rejected. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative, social, or legislative — remains palpable and overriding error.

B. *Section 7 Analysis*

[57] In the discussion that follows, I first consider whether the applicants have established that the impugned laws impose limits on security of the person, thus engaging s. 7. I then examine the argument of the appellant Attorneys General that the laws do not cause the alleged harms. I go on to consider whether any limits on security of the person are in accordance with the principles of fundamental justice.

et des experts, mais elle refuse de faire preuve de déférence à l'endroit de ses conclusions sur des faits sociaux ou législatifs. Appliquer des normes de contrôle différentes à des éléments de preuve entremêlés représenterait une tâche colossale.

[55] On laisse entendre qu'il n'y a pas lieu de déférer aux conclusions sur des faits sociaux ou législatifs, car une juridiction d'appel est aussi bien placée qu'un juge de première instance pour les apprécier. Si tel était le cas, un fait en litige établi uniquement au moyen d'un affidavit aurait donc droit à un degré de déférence moindre. Or, notre Cour précise qu'à défaut d'un libellé exprès en ce sens, aucune norme de contrôle intermédiaire ne s'applique aux conclusions de fait (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401). De plus, ce n'est pas de nature à apaiser la crainte d'un dédoublement de l'examen et d'un entremêlement de tels éléments de preuve avec d'autres. C'est méconnaître également la fonction d'une juridiction d'appel, qui ne consiste pas à examiner la preuve globalement, mais à s'en tenir aux conclusions que le juge de première instance a tirées à partir de la preuve.

[56] Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il ne convient pas d'appliquer aux faits sociaux ou législatifs une norme de contrôle non déférente. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait — qu'elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l'erreur manifeste et dominante.

B. *Analyse fondée sur l'art. 7*

[57] Dans l'analyse qui suit, j'examine d'abord si les demanderesses ont démontré que les dispositions en cause restreignent le droit à la sécurité de la personne et mettent ainsi en jeu l'art. 7. Je me penche ensuite sur la thèse des procureurs généraux appelants selon laquelle les dispositions n'ont pas l'effet attentatoire allégué. Je poursuis en me demandant si la limite apportée le cas échéant au droit à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale.

(1) Is Security of the Person Engaged?

[58] Section 7 provides that the state cannot deny a person's right to life, liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. At this stage, the question is whether the impugned laws negatively impact or limit the applicants' security of the person, thus bringing them within the ambit of, or engaging, s. 7 of the *Charter*.[1]

[59] Here, the applicants argue that the prohibitions on bawdy-houses, living on the avails of prostitution, and communicating in public for the purposes of prostitution, heighten the risks they face in prostitution — itself a legal activity. The application judge found that the evidence supported this proposition and the Court of Appeal agreed.

[60] For reasons set out below, I am of the same view. The prohibitions at issue do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks.

1 The focus is on security of the person, not liberty, for three reasons. First, the *Prostitution Reference* decided that the communicating and bawdy-house provisions engage liberty, and it is binding on this point. The security of the person argument is a novel issue and an important reason why the application judge was able to revisit the *Prostitution Reference*. Second, it is not clear that any of the applicants' personal liberty interests are engaged by the living on the avails provision; rather, they have pleaded that they fear that it could apply to their employees or their loved ones. Lastly, it seems to me that the real gravamen of the complaint is not that *breaking* the law engages the applicants' liberty, but rather that *compliance* with the laws infringes the applicants' security of the person.

(1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu?

[58] L'article 7 dispose que l'État ne peut porter atteinte au droit de quiconque à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut dès lors se demander si les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des demanderesses ou limitent ce droit, de sorte qu'elles tombent sous le coup de l'art. 7 de la *Charte* ou mettent celui-ci en jeu[1].

[59] En l'espèce, les demanderesses soutiennent que l'interdiction des maisons de débauche, du proxénétisme et de la communication en public à des fins de prostitution augmente les risques auxquels elles s'exposent lorsqu'elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. La juge de première instance conclut que la preuve va dans ce sens, et la Cour d'appel lui donne raison.

[60] Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Le législateur ne se contente pas d'encadrer la pratique de la prostitution. Il franchit un pas supplémentaire déterminant qui l'amène à imposer des conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : les interdictions empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques ainsi courus.

1 L'accent est mis sur la sécurité de la personne, non sur la liberté, pour trois raisons. Premièrement, le *Renvoi sur la prostitution* établit que les dispositions relatives à la communication et aux maisons de débauche mettent en jeu le droit à la liberté et il fait autorité sur ce point. Le moyen fondé sur le droit à la sécurité de la personne est nouveau et justifie amplement le réexamen du renvoi par la juge de première instance. Deuxièmement, on ne saurait dire avec certitude que le droit à la liberté des demanderesses est mis en jeu par la disposition relative au proxénétisme; les demanderesses disent en fait craindre l'application de la disposition à leurs employés ou à leurs proches. Enfin, il me semble que les demanderesses prétendent essentiellement dans les faits non pas que l'*inobservation* de la loi porte atteinte à leur droit à la liberté, mais plutôt que son *respect* porte atteinte à leur droit à la sécurité.

(a) *Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House*

[61] It is not an offence to sell sex for money. The bawdy-house provisions, however, make it an offence to do so in any "place" that is "kept or occupied" or "resorted to" for the purpose of prostitution (ss. 197 and 210(1) of the *Code*). The reach of these provisions is broad. "Place" includes any defined space, even if unenclosed and used only temporarily (s. 197(1) of the *Code*; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). And by definition, it applies even if resorted to by only one person (s. 197(1); *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (Ont. C.A.)).

[62] The practical effect of s. 210 is to confine lawful prostitution to two categories: street prostitution and out-calls (application decision, at para. 385). In-calls, where the john comes to the prostitute's residence, are prohibited. Out-calls, where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client's home, are allowed. Working on the street is also permitted, though the practice of street prostitution is significantly limited by the prohibition on communicating in public (s. 213(1)(*c*)).

[63] The application judge found, on a balance of probabilities, that the safest form of prostitution is working independently from a fixed location (para. 300). She concluded that indoor work is far less dangerous than street prostitution — a finding that the evidence amply supports. She also concluded that out-call work is not as safe as in-call work, particularly under the current regime where prostitutes are precluded by virtue of the living on the avails provision from hiring a driver or security guard. Since the bawdy-house provision makes the safety-enhancing method of in-call prostitution illegal, the application judge concluded that the bawdy-house prohibition materially increased the risk prostitutes face under the present regime. I agree.

a) *Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche*

[61] Offrir ses services sexuels contre de l'argent ne constitue pas une infraction. Toutefois, la disposition relative aux maisons de débauche dispose qu'est coupable d'un acte criminel quiconque tient une maison de débauche dans un « local » qui est « tenu ou occupé » ou « employé » à des fins de prostitution (art. 197 et par. 210(1) du *Code*). Sa portée est grande. On entend par « local » ou « endroit » tout lieu défini, même s'il n'est pas enclos et n'est employé que temporairement (par. 197(1) du *Code*; *R. c. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). De plus, il y a « local » ou « endroit » au sens de cette définition même lorsque le lieu est utilisé par une seule personne (par. 197(1); *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (C.A. Ont.)).

[62] Dans les faits, l'art. 210 limite à deux les modalités d'exercice d'une activité légale : la prostitution dans la rue et la prostitution « itinérante » (décision de première instance, par. 385). La prostitution pratiquée chez soi, où la prostituée reçoit ses clients chez elle, est interdite. La prostitution itinérante, où la prostituée rejoint le client dans un lieu convenu, telle la résidence de ce dernier, est permise. Il en est de même de la prostitution dans la rue, bien que celle-ci soit considérablement limitée par l'interdiction de communiquer en public (al. 213(1)*c*)).

[63] La juge de première instance conclut, selon la prépondérance des probabilités, que la forme de prostitution la plus sûre est celle qui se pratique de façon autonome dans un même lieu (par. 300). Elle ajoute que travailler à l'intérieur est beaucoup moins dangereux que travailler dans la rue, une conclusion amplement étayée par la preuve. Toujours selon elle, il est moins sûr d'offrir ses services chez autrui de manière itinérante, surtout sous le régime actuel, l'interdiction du proxénétisme empêchant l'embauche d'un chauffeur ou d'un garde de sécurité. Étant donné que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale la pratique plus sûre qu'est la prostitution chez soi, la juge opine que l'interdiction augmente sensiblement le risque auquel s'exposent actuellement les prostituées. Je suis de cet avis.

[64] First, the prohibition prevents prostitutes from working in a fixed indoor location, which would be safer than working on the streets or meeting clients at different locations, especially given the current prohibition on hiring drivers or security guards. This, in turn, prevents prostitutes from having a regular clientele and from setting up indoor safeguards like receptionists, assistants, bodyguards and audio room monitoring, which would reduce risks (application decision, at para. 421). Second, it interferes with provision of health checks and preventive health measures. Finally — a point developed in argument before us — the bawdy-house prohibition prevents resort to safe houses, to which prostitutes working on the street can take clients. In Vancouver, for example, "Grandma's House" was established to support street workers in the Downtown Eastside, at about the same time as fears were growing that a serial killer was prowling the streets — fears which materialized in the notorious Robert Pickton. Street prostitutes — who the application judge found are largely the most vulnerable class of prostitutes, and who face an alarming amount of violence (para. 361) — were able to bring clients to Grandma's House. However, charges were laid under s. 210, and although the charges were eventually stayed — four years after they were laid — Grandma's House was shut down (supplementary affidavit of Dr. John Lowman, May 6, 2009, J.A.R., vol. 20, at p. 5744). For some prostitutes, particularly those who are destitute, safe houses such as Grandma's House may be critical. For these people, the ability to work in brothels or hire security, even if those activities were lawful, may be illusory.

[64] Premièrement, l'interdiction empêche les prostituées de travailler dans un lieu fixe, situé à l'intérieur, ce qui est plus sûr que de travailler dans la rue ou d'aller à la rencontre des différents clients, d'autant plus que l'interdiction actuelle empêche l'embauche d'un chauffeur ou d'un garde de sécurité. L'interdiction les empêche également de se constituer une clientèle et de prendre des précautions chez elles en embauchant par exemple un réceptionniste, un assistant ou un garde du corps et en installant des dispositifs de surveillance audio, de manière à réduire le risque couru (décision de première instance, par. 421). Deuxièmement, elle empêche les prostituées de faire certaines vérifications sur l'état de santé des clients et de prendre des mesures sanitaires préventives. Enfin, lors de la plaidoirie devant notre Cour, on a fait valoir que l'interdiction de tenir une maison de débauche empêche l'existence d'endroits sûrs où les prostituées peuvent emmener les clients recrutés dans la rue. À Vancouver, par exemple, la « Grandma's House » a été créée pour venir en aide aux prostituées du Downtown Eastside à peu près à la même époque où les craintes allaient croissant quant à la possibilité qu'un tueur en série sévisse dans le quartier (des craintes que les actes imputés au tristement célèbre Robert Pickton ont justifiées). Les prostituées de la rue — qui, selon la juge de première instance, sont de loin les plus vulnérables et font l'objet d'un nombre alarmant d'actes de violence (par. 361) — pouvaient se rendre à la Grandma's House en compagnie de leurs clients. Toutefois, le refuge a fait l'objet d'accusations fondées sur l'art. 210, et même s'il y a eu arrêt des procédures quatre ans après, la Grandma's House a finalement fermé ses portes (affidavit complémentaire du D[r] John Lowman en date du 6 mai 2009, d.c.d., vol. 20, p. 5744). L'existence d'un établissement sûr comme Grandma's House peut être indispensable à certaines prostituées, en particulier celles qui sont démunies. Pour elles, la possibilité de travailler dans un bordel ou d'embaucher un garde de sécurité peut se révéler illusoire même s'il s'agit d'activités légales.

[65] I conclude, therefore, that the bawdy-house provision negatively impacts the security of

[65] Je conclus donc que la disposition sur les maisons de débauche a un effet préjudiciable sur

the person of prostitutes and engages s. 7 of the *Charter*.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

[66] Section 212(1)(*j*) criminalizes living on the avails of prostitution of another person, wholly or in part. While targeting parasitic relationships (*R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10), it has a broad reach. As interpreted by the courts, it makes it a crime for anyone to supply a service to a prostitute, because she is a prostitute (*R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). In effect, it prevents a prostitute from hiring bodyguards, drivers and receptionists. The application judge found that by denying prostitutes access to these security-enhancing safeguards, the law prevented them from taking steps to reduce the risks they face and negatively impacted their security of the person (para. 361). As such, she found that the law engages s. 7 of the *Charter*.

[67] The evidence amply supports the judge's conclusion. Hiring drivers, receptionists, and bodyguards, could increase prostitutes' safety (application decision, at para. 421), but the law prevents them from doing so. Accordingly, I conclude that s. 212(1)(*j*) negatively impacts security of the person and engages s. 7.

(c) *Section 213(1)(c): Communicating in a Public Place*

[68] Section 213(1)(*c*) prohibits communicating or attempting to communicate for the purpose of engaging in prostitution or obtaining the sexual services of a prostitute, in a public place or a place open to public view. The provision extends to conduct short of verbal communication by prohibiting stopping or attempting to stop any person for those purposes (*R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (B.C.C.A.)).

le droit à la sécurité des prostituées et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

b) *Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme*

[66] L'alinéa 212(1)*j*) criminalise le proxénétisme, c'est-à-dire le fait de vivre entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne. Bien qu'il vise le parasitisme (*R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10), sa portée est grande. Suivant son interprétation par les tribunaux, commet un acte criminel quiconque fournit un service à une prostituée parce qu'elle est une prostituée (*R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). Dans les faits, il empêche la prostituée d'engager un garde du corps, un chauffeur ou un réceptionniste. La juge de première instance conclut qu'en niant aux prostituées le droit de prendre de telles mesures susceptibles d'accroître leur sécurité, la disposition fait obstacle à la réduction des risques auxquels elles s'exposent et a un effet préjudiciable sur la sécurité de leur personne (par. 361). Elle statue donc que la disposition met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

[67] La preuve appuie amplement sa conclusion. L'embauche d'un chauffeur, d'un réceptionniste ou d'un garde du corps pourrait accroître la sécurité des prostituées (décision de première instance, par. 421), mais la loi y fait obstacle. Je conclus donc que l'al. 212(1)*j*) a un effet préjudiciable sur la sécurité de la personne et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

c) *Alinéa 213(1)c) : Communication en public*

[68] L'alinéa 213(1)*c*) interdit de communiquer ou de tenter de communiquer avec une personne en vue de se livrer à la prostitution ou d'obtenir les services sexuels d'une prostituée dans un endroit public ou situé à la vue du public. La disposition vise non seulement la communication verbale, mais aussi le fait d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne à ces fins (*R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (C.A.C.-B.)).

[69] The application judge found that face-to-face communication is an "essential tool" in enhancing street prostitutes' safety (para. 432). Such communication, which the law prohibits, allows prostitutes to screen prospective clients for intoxication or propensity to violence, which can reduce the risks they face (paras. 301 and 421). This conclusion, based on the evidence before her, sufficed to engage security of the person under s. 7.

[70] The application judge also found that the communicating law has had the effect of displacing prostitutes from familiar areas, where they may be supported by friends and regular customers, to more isolated areas, thereby making them more vulnerable (paras. 331 and 502).

[71] On the evidence accepted by the application judge, the law prohibits communication that would allow street prostitutes to increase their safety. By prohibiting communicating in public for the purpose of prostitution, the law prevents prostitutes from screening clients and setting terms for the use of condoms or safe houses. In these ways, it significantly increases the risks they face.

[72] I conclude that the evidence supports the application judge's conclusion that s. 213(1)(*c*) impacts security of the person and engages s. 7.

(2) A Closer Look at Causation

[73] For the reasons discussed above, the application judge concluded — and I agree — that the impugned laws negatively impact and thus engage security of the person rights of prostitutes. However, the appellant Attorneys General contend that s. 7 is not engaged because there is an insufficient causal connection between the laws and the risks faced by prostitutes. First, they argue that the courts below erroneously measured causation by an attenuated standard. Second, they argue that it is the choice of the applicants to engage in prostitution, rather than

[69] La juge de première instance conclut que la communication entre les intéressés est [TRADUCTION] « essentielle » à l'accroissement de la sécurité des prostituées de la rue (par. 432). Cette communication, que la loi interdit, permet aux prostituées de jauger leurs clients éventuels afin d'écarter ceux qui sont intoxiqués et qui pourraient être enclins à la violence, ce qui serait de nature à réduire les risques auxquels elles s'exposent (par. 301 et 421). Cette conclusion fondée sur la preuve offerte suffit à mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7.

[70] La juge estime en outre que l'interdiction de la communication a eu pour effet de faire migrer les prostituées vers des lieux isolés et peu familiers où elles ne peuvent compter sur l'appui de leurs amis et de leurs clients habituels, ce qui les a rendues plus vulnérables (par. 331 et 502).

[71] Suivant les éléments admis en preuve au procès, la loi interdit une communication qui permettrait aux prostituées de la rue d'accroître leur sécurité. En interdisant la communication en public à des fins de prostitution, la loi empêche les prostituées d'évaluer leurs clients éventuels, ainsi que de convenir de l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr. Elle accroît ainsi sensiblement le risque couru.

[72] Je conclus que la preuve appuie la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'al. 213(1)*c*) a une incidence sur la sécurité de la personne et met en jeu l'art. 7.

(2) Examen approfondi du lien de causalité

[73] Pour les motifs examinés précédemment, la juge de première instance conclut — et je conviens avec elle — que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu ce droit. Les procureurs généraux appelants soutiennent toutefois que l'art. 7 ne s'applique pas faute d'un lien de causalité suffisant entre les dispositions et les risques auxquels s'exposent les prostituées. D'abord, ils avancent que les juridictions inférieures ont eu tort de soumettre le lien de causalité à une norme

the law, that is the causal source of the harms they face. These arguments cannot succeed.

(a) *The Nature of the Required Causal Connection*

[74] Three possible standards for causation are raised for our consideration: (1) "sufficient causal connection", adopted by the application judge (paras. 287-88); (2) a general "impact" approach, adopted by the Court of Appeal (paras. 108-9); and (3) "active and foreseeable" and "direct" causal connection, urged by the appellant Attorneys General (A.G. of Canada factum, at paras. 64-68; A.G. of Ontario factum, at paras. 12-17).

[75] I conclude that the "sufficient causal connection" standard should prevail. This is a flexible standard, which allows the circumstances of each particular case to be taken into account. Adopted in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, and applied in a number of subsequent cases (see, e.g., *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3), it posits the need for "a sufficient causal connection between the state-caused [effect] and the prejudice suffered by the [claimant]" for s. 7 to be engaged (*Blencoe*, at para. 60 (emphasis added)).

[76] A sufficient causal connection standard does not require that the impugned government action or law be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant, and is satisfied by a reasonable inference, drawn on a balance of probabilities (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 21). A sufficient causal connection is sensitive to the context of the particular case and insists on a real, as opposed to a speculative, link. Understood in this way, a sufficient causal connection standard is consistent with the substance of the standard that the Court of Appeal applied in this case. While I

atténuée. Ils prétendent ensuite que le préjudice couru par les demanderesses tient à leur choix de se livrer à la prostitution et non à la loi. On ne saurait faire droit à ces prétentions.

a) *Nature du lien de causalité requis*

[74] Nous sommes appelés à considérer trois normes de causalité possibles : (1) celle fondée sur un « lien de causalité suffisant » retenue par la juge de première instance (par. 287-288), (2) celle, générale, fondée sur l'« effet » adoptée par la Cour d'appel (par. 108-109) et (3) celle fondée sur un lien de causalité « actif, prévisible et direct » préconisée par les procureurs généraux appelants (mémoire du p.g. du Canada, par. 65; mémoire du p.g. de l'Ontario, par. 14-15).

[75] Je suis d'avis que la norme du « lien de causalité suffisant » est celle qui convient. Sa souplesse permet l'adaptation aux circonstances propres à chaque espèce. Adoptée dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, et appliquée dans plusieurs affaires subséquentes (voir, p. ex., *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3), elle postule l'existence d'« un lien de causalité suffisant entre [l'effet] imputable à l'État et le préjudice subi par [le demandeur] » pour que l'art. 7 entre en jeu (*Blencoe*, par. 60 (je souligne)).

[76] La norme du lien de causalité suffisant n'exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur, et il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 21). L'exigence d'un lien de causalité suffisant tient compte du contexte et s'attache à l'existence d'un lien réel, et non hypothétique. Considérée sous cet angle, la norme du lien de causalité suffisant correspond essentiellement à celle qu'applique la Cour d'appel en l'espèce. Bien que je ne convienne

do not agree with the Court of Appeal that causation is not the appropriate lens for examining whether legislation — as opposed to the conduct of state actors — engages s. 7 security interests, its "practical and pragmatic" inquiry (para. 108) tracks the process followed in cases such as *Blencoe* and *Khadr*.

[77] The Attorney General of Canada argues for a higher standard. The prejudice to the claimant's security interest, he argues, must be active, foreseeable, and a "necessary link" (factum, at paras. 62 and 65). He relies on this Court's statement in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 (cited by way of contrast in *Blencoe*, at para. 69), that "[i]n the absence of government involvement, Mrs. Rodriguez would not have suffered a deprivation of her s. 7 rights." He also relies on the Court's statement in *Suresh*, at para. 54, that "[a]t least where Canada's participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada's participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice". These statements establish that a causal connection is made out when the state action is a foreseeable and necessary cause of the prejudice. They do not, however, establish that this is the only way a causal connection engaging s. 7 of the *Charter* can be demonstrated.

[78] Finally, from a practical perspective, a sufficient causal connection represents a fair and workable threshold for engaging s. 7 of the *Charter*. This is the port of entry for s. 7 claims. The claimant bears the burden of establishing this connection. Even if established, it does not end the inquiry, since the claimant must go on to show that the deprivation of her security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice. Although mere speculation will not suffice to establish causation, to set the bar too high risks barring meritorious claims. What is required is a sufficient connection, having regard to the context of the case.

pas avec elle que l'exigence d'un lien de causalité ne permet pas de déterminer si la loi — par opposition aux actes de représentants de l'État — met en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, la démarche [TRADUCTION] « pratique et pragmatique » (par. 108) qui la sous-tend s'inspire de celle suivie, par exemple, dans *Blencoe* et *Khadr*.

[77] Le procureur général du Canada préconise une norme plus stricte. Il fait valoir que l'atteinte au droit à la sécurité des demanderesses doit être active et prévisible et qu'un [TRADUCTION] « lien nécessaire » est requis (mémoire, par. 62 et 65). Il cite à l'appui les motifs de notre Cour dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (cités à des fins de comparaison dans l'arrêt *Blencoe*, par. 69), suivant lesquels : « N'eût été le rôle de l'État, il n'y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à M^me^ Rodriguez par l'art. 7. » Il invoque par ailleurs l'arrêt *Suresh*, par. 54 : « À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale . . . » Ces énoncés établissent qu'il y a lien de causalité lorsque l'acte de l'État est prévisible et qu'il est la cause nécessaire du préjudice, mais pas qu'il s'agit du seul moyen de démontrer l'existence d'un lien de causalité qui met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

[78] Enfin, sur le plan pratique, l'existence d'un lien de causalité suffisant constitue un critère juste et fonctionnel pour déterminer si l'art. 7 de la *Charte* est en jeu. Elle ouvre la voie à l'application du droit garanti à l'art. 7, et il incombe au demandeur de la démontrer. Une fois ce lien établi, l'analyse ne prend pas fin pour autant, car le demandeur doit prouver l'atteinte à la sécurité de sa personne et la non-conformité de cette atteinte aux principes de justice fondamentale. De simples hypothèses ne sauraient établir le lien de causalité, mais placer la barre trop haut risque de faire obstacle à des demandes fondées. Le lien doit être suffisant eu égard au contexte considéré.

(b) *Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties?*

[79] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that prostitutes choose to engage in an inherently risky activity. They can avoid both the risk inherent in prostitution and any increased risk that the laws impose simply by choosing not to engage in this activity. They say that choice — and not the law — is the real cause of their injury.

[80] The Attorneys General contend that Parliament is entitled to regulate prostitution as it sees fit. Anyone who chooses to sell sex for money must accept these conditions. If the conditions imposed by the law prejudice their security, it is their choice to engage in the activity, not the law, that is the cause.

[81] What the applicants seek, the Attorneys General assert, is a constitutional right to engage in risky commercial activities. Thus the Attorney General of Ontario describes the s. 7 claim in this case as a "veiled assertion of a positive right to vocational safety" (factum, at para. 25).

[82] The Attorneys General rely on this Court's decision in *Malmo-Levine*, which upheld the constitutionality of the prohibition of possession of marijuana on the basis that the recreational use of marijuana was a "lifestyle choice" and that lifestyle choices were not constitutionally protected (para. 185).

[83] The Attorneys General buttress this argument by asserting that if this Court accepts that these laws can be viewed as causing prejudice to the applicants' security, then many other laws that leave open the choice to engage in risky activities by only partially or indirectly regulating those activities will be rendered unconstitutional.

b) *Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers?*

[79] Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que les prostituées font le choix de se livrer à une activité intrinsèquement risquée. Elles peuvent se soustraire à la fois aux risques inhérents à la prostitution et à tout risque supplémentaire causé par la loi en choisissant simplement de ne pas se livrer à cette activité. Selon eux, c'est le choix de la prostitution — et non la loi — qui est la cause véritable du préjudice.

[80] Les procureurs généraux prétendent que le législateur peut réglementer la prostitution selon ce qu'il juge opportun. La personne qui décide d'offrir ses services sexuels contre de l'argent doit accepter les règles établies, et lorsque celles-ci portent atteinte à sa sécurité, elle doit s'en prendre à son choix de se livrer à cette activité, non à la loi.

[81] Ils ajoutent que les demanderesses revendiquent le droit constitutionnel de se livrer à une activité commerciale risquée. Le procureur général de l'Ontario voit d'ailleurs dans l'allégation fondée sur l'art. 7 la [TRADUCTION] « revendication à mots couverts du droit à la sécurité professionnelle » (mémoire, par. 25).

[82] Les procureurs généraux invoquent l'arrêt *Malmo-Levine* dans lequel notre Cour confirme la constitutionnalité de l'interdiction de posséder de la marihuana au motif que sa consommation à des fins récréatives constitue un « choix de mode de vie », un choix que ne protège pas la Constitution (par. 185).

[83] Pour étayer leur thèse, les procureurs généraux font valoir que si notre Cour reconnaît que les dispositions en cause peuvent porter atteinte à la sécurité des demanderesses, de nombreuses autres dispositions qui permettent de se livrer ou non à une activité risquée en réglementant celle-ci partiellement ou indirectement deviendront du coup inconstitutionnelles.

[84] Finally, in a variant on the argument that the impugned laws are not the cause of the applicants' alleged loss of security, the Attorneys General argue that the source of the harm is third parties — the johns who use and abuse prostitutes and the pimps who exploit them.

[85] For the following reasons, I cannot accept the argument that it is not the law, but rather prostitutes' choice and third parties, that cause the risks complained of in this case.

[86] First, while some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Ms. Bedford herself stated that she initially prostituted herself "to make enough money to at least feed myself" (cross-examination of Ms. Bedford, J.A.R., vol. 2, at p. 92). As the application judge found, street prostitutes, with some exceptions, are a particularly marginalized population (paras. 458 and 472). Whether because of financial desperation, drug addictions, mental illness, or compulsion from pimps, they often have little choice but to sell their bodies for money. Realistically, while they may retain some minimal power of choice — what the Attorney General of Canada called "constrained choice" (transcript, at p. 22) — these are not people who can be said to be truly "choosing" a risky line of business (see *PHS*, at paras. 97-101).

[87] Second, even accepting that there are those who freely choose to engage in prostitution, it must be remembered that prostitution — the exchange of sex for money — is not illegal. The causal question is whether the impugned laws make this lawful activity more dangerous. An analogy could be drawn to a law preventing a cyclist from wearing a helmet. That the cyclist chooses to ride her bike does not diminish the causal role of the law in

[84] Enfin, ils recourent à une variante de la prétention suivant laquelle les dispositions contestées ne sont pas la cause de l'atteinte alléguée à la sécurité des demanderesses, à savoir que le préjudice est imputable à des tiers, en l'occurrence les hommes qui ont recours aux services des prostituées et qui maltraitent celles-ci, ainsi que les proxénètes qui les exploitent.

[85] Pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir que ce n'est pas la loi, mais plutôt le choix de se prostituer et les actes de tiers qui sont à l'origine des risques dénoncés en l'espèce.

[86] Premièrement, bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution — ou qui fait ce choix à un moment de sa vie —, de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution. M[me] Bedford déclare s'être d'abord prostituée [TRADUCTION] « afin de faire assez d'argent pour au moins [s]e nourrir » (contre-interrogatoire de M[me] Bedford, d.c.d., vol. 2, p. 92). Comme le dit la juge de première instance, les prostituées de la rue forment, à quelques exceptions près, une population particulièrement marginalisée (par. 458 et 472). Que ce soit à cause du désespoir financier, de la toxicomanie, de la maladie mentale ou de la contrainte exercée par un proxénète, elles n'ont souvent guère d'autre choix que de vendre leur corps contre de l'argent. Dans les faits, même si elles peuvent conserver un certain pouvoir minimal de choisir — [TRADUCTION] « un choix limité » selon le procureur général (transcription, p. 22) —, on ne peut dire qu'elles « choisissent » véritablement une activité commerciale risquée (voir *PHS*, par. 97-101).

[87] Deuxièmement, à supposer même que des personnes choisissent librement de se livrer à la prostitution, il faut se rappeler que cette activité — l'échange de services sexuels contre de l'argent — n'est pas illégale. La question qui se pose sur le plan de la causalité est celle de savoir si les dispositions contestées accroissent le risque couru par la personne qui se prostitue. On peut faire une analogie avec la disposition qui interdirait aux cyclistes le

making that activity riskier. The challenged laws relating to prostitution are no different.

[88] Nor is it accurate to say that the claim in this case is a veiled assertion of a positive right to vocational safety. The applicants are not asking the government to put into place measures making prostitution safe. Rather, they are asking this Court to strike down legislative provisions that aggravate the risk of disease, violence and death.

[89] It makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The impugned laws deprive people engaged in a risky, but legal, activity of the means to protect themselves against those risks. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

[90] The government's call for deference in addressing the problems associated with prostitution has no role at this stage of the analysis. Calls for deference cannot insulate legislation that creates serious harmful effects from the charge that they negatively impact security of the person under s. 7 of the *Charter*. The question of deference arises under the principles of fundamental justice, not at the early stage of considering whether a person's life, liberty, or security of the person is infringed.

[91] Finally, recognizing that laws with serious harmful effects may engage security of the person does not mean that a host of other criminal laws will be invalidated. Trivial impingements on security of the person do not engage s. 7 (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 59). As already discussed, the applicant must show that the impugned law is sufficiently connected to the prejudice suffered before s. 7 is engaged. And even if s. 7 is found to be engaged, the applicant must

port du casque. Malgré le choix des cyclistes d'utiliser leurs bicyclettes, il demeurerait que c'est la disposition qui rendrait l'activité plus risquée. Il en va de même des dispositions contestées sur la prostitution.

[88] Il n'est pas non plus exact d'affirmer que la demande formulée en l'espèce revient à revendiquer à mots couverts le droit à la sécurité professionnelle. L'objectif des demanderesses n'est pas que l'État adopte des mesures qui fassent de la prostitution une activité sûre, mais plutôt que notre Cour invalide des dispositions qui accroissent le risque de maladie, de violence et de décès.

[89] Le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées n'y change rien. Les dispositions contestées privent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, des moyens nécessaires à leur protection contre le risque couru. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

[90] Le respect auquel nous exhorte l'État quant aux décisions qu'il prend pour contrer les problèmes liés à la prostitution n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Il ne saurait faire obstacle à l'allégation qu'une mesure législative a de graves effets préjudiciables et porte atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Cette considération vaut lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a conformité aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer au préalable s'il y a atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'intéressé.

[91] Enfin, reconnaître qu'une disposition gravement préjudiciable peut mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne n'emportera pas l'invalidation d'une foule d'autres dispositions criminelles. L'atteinte anodine à ce droit ne met pas en jeu l'art. 7 (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 59). Rappelons que le demandeur doit démontrer l'existence d'un lien suffisant entre la disposition contestée et le préjudice subi pour que s'applique l'art. 7. Et même si l'on conclut que

then show that the deprivation of security is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[92] For all these reasons, I reject the arguments of the Attorneys General that the cause of the harm is not the impugned laws, but rather the actions of third parties and the prostitutes' choice to engage in prostitution. As I concluded above, the laws engage s. 7 of the *Charter*. That conclusion remains undisturbed.

(3) Principles of Fundamental Justice

(a) *The Applicable Norms*

[93] I have concluded that the impugned laws deprive prostitutes of security of the person, engaging s. 7. The remaining step in the s. 7 analysis is to determine whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. If so, s. 7 is not breached.

[94] The principles of fundamental justice set out the minimum requirements that a law that negatively impacts on a person's life, liberty, or security of the person must meet. As Lamer J. put it, "[t]he term 'principles of fundamental justice' is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right" (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 ("*Motor Vehicle Reference*"), at p. 512).

[95] The principles of fundamental justice have significantly evolved since the birth of the *Charter*. Initially, the principles of fundamental justice were thought to refer narrowly to principles of natural justice that define procedural fairness. In the *Motor Vehicle Reference*, this Court held otherwise:

> . . . it would be wrong to interpret the term "fundamental justice" as being synonymous with natural justice . . . . To do so would strip the protected interests of much, if not most, of their content and leave the "right" to life, liberty and security of the person in a sorely emaciated

l'art. 7 s'applique, le demandeur doit démontrer que l'atteinte à sa sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[92] Pour tous ces motifs, je rejette la prétention des procureurs généraux selon laquelle le préjudice allégué n'est pas attribuable aux dispositions contestées, mais bien aux actes de tiers et au choix de se prostituer. J'estime toujours que les dispositions en cause font intervenir l'art. 7 de la *Charte*.

(3) Principes de justice fondamentale

a) *Normes applicables*

[93] J'arrive à la conclusion que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la sécurité de la personne des prostituées et qu'elles mettent ainsi en jeu l'art. 7. Reste donc à savoir si, au regard de l'art. 7, cette atteinte est conforme ou non aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, il n'y a pas d'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

[94] Les principes de justice fondamentale définissent les conditions minimales auxquelles doit satisfaire la loi qui a un effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Selon le juge Lamer, « [l]'expression "principes de justice fondamentale" constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit » (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi sur la MVA* »), p. 512).

[95] Les « principes de justice fondamentale » ont beaucoup évolué depuis l'adoption de la *Charte*. Au départ, on les réduisait aux principes de justice naturelle qui définissent l'équité procédurale. Dans le *Renvoi sur la MVA*, notre Cour en a jugé autrement :

> . . . il serait erroné d'interpréter l'expression « justice fondamentale » comme synonyme de justice naturelle [. . .] Ce faire aurait pour conséquence de dépouiller les intérêts protégés de tout leur sens ou presque et de laisser le « droit » à la vie, à la liberté et à la sécurité de la

state. Such a result would be inconsistent with the broad, affirmative language in which those rights are expressed and equally inconsistent with the approach adopted by this Court toward the interpretation of *Charter* rights in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, *per* Estey J., and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. [pp. 501-2]

[96] The *Motor Vehicle Reference* recognized that the principles of fundamental justice are about the basic values underpinning our constitutional order. The s. 7 analysis is concerned with capturing inherently bad laws: that is, laws that take away life, liberty, or security of the person in a way that runs afoul of our basic values. The principles of fundamental justice are an attempt to capture those values. Over the years, the jurisprudence has given shape to the content of these basic values. In this case, we are concerned with the basic values against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality.

[97] The concepts of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality evolved organically as courts were faced with novel *Charter* claims.

[98] Arbitrariness was used to describe the situation where there is no connection between the effect and the object of the law. In *Morgentaler*, the accused challenged provisions of the *Criminal Code* that required abortions to be approved by a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital. The purpose of the law was to protect women's health. The majority found that the requirement that all therapeutic abortions take place in accredited hospitals did not contribute to the objective of protecting women's health and, in fact, caused delays that were detrimental to women's health. Thus, the law violated basic values because the effect of the law actually contravened the objective of the law. Beetz J. called this "manifest unfairness" (*Morgentaler*, at p. 120), but later cases interpreted this as an "arbitrariness" analysis (see *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at para. 133, *per* McLachlin C.J. and Major J.).

personne dans un état d'atrophie déplorable. Un tel résultat serait incompatible avec le style affirmatif et général dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette Cour a adopté, en ce qui concerne l'interprétation des droits garantis par la *Charte*, dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (le juge Estey), et dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. [p. 501-502]

[96] Dans le *Renvoi sur la MVA*, la Cour reconnaît que les principes de justice fondamentale s'entendent des valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. L'analyse fondée sur l'art. 7 s'attache à débusquer les dispositions législatives intrinsèquement mauvaises, celles qui privent du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne au mépris des valeurs fondamentales que sont censés intégrer les principes de justice fondamentale et dont la jurisprudence a défini la teneur au fil des ans. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale.

[97] Les notions d'arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale ont connu une évolution endogène au fur et à mesure que les tribunaux ont été saisis d'allégations nouvelles fondées sur la *Charte*.

[98] On a qualifié d'« arbitraire » la disposition dont l'effet n'avait aucun lien avec son objet. Dans l'affaire *Morgentaler*, l'accusé contestait les dispositions du *Code criminel* qui exigeaient qu'un avortement soit approuvé par le comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital agréé. L'objet des dispositions était de protéger la santé des femmes. Or, selon les juges majoritaires de la Cour, l'exigence que tout avortement thérapeutique soit pratiqué dans un hôpital agréé ne contribuait pas à la réalisation de cet objectif et causait en fait des délais nuisibles à la santé des femmes. Par conséquent, les dispositions portaient atteinte aux valeurs fondamentales en ce que leur effet allait en fait à l'encontre de leur objectif. Le juge Beetz a alors parlé d'« iniquité manifeste » (*Morgentaler*, p. 120), et la Cour y a vu ensuite un « caractère arbitraire » (voir *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 133, la juge en chef McLachlin et le juge Major).

[99] In *Chaoulli*, the applicant challenged a Quebec law that prohibited private health insurance for services that were available in the public sector. The purpose of the provision was to protect the public health care system and prevent the diversion of resources from the public system. The majority found, on the basis of international evidence, that private health insurance and a public health system could co-exist. Three of the four-judge majority found that the prohibition was "arbitrary" because there was no real connection on the facts between the effect and the objective of the law.

[100] Most recently, in *PHS*, this Court found that the Minister's decision not to extend a safe injection site's exemption from drug possession laws was arbitrary. The purpose of drug possession laws was the protection of health and public safety, and the services provided by the safe injection site actually contributed to these objectives. Thus, the effect of not extending the exemption — that is, prohibiting the safe injection site from operating — was contrary to the objectives of the drug possession laws.

[101] Another way in which laws may violate our basic values is through what the cases have called "overbreadth": the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective. In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, the accused challenged a vagrancy law that prohibited offenders convicted of listed offences from "loitering" in public parks. The majority of the Court found that the law, which aimed to protect children from sexual predators, was overbroad; insofar as the law applied to offenders who did not constitute a danger to children, and insofar as it applied to parks where children were unlikely to be present, it was unrelated to its objective.

[102] In *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, the challenged provisions of the

[99] Dans *Chaoulli*, le demandeur contestait des dispositions québécoises qui interdisaient de souscrire une assurance maladie privée pour l'obtention de services offerts dans le réseau public. Les dispositions en cause avaient pour objet la protection du système de santé public et le maintien de ses ressources. Sur la foi de la preuve concernant la situation dans d'autres pays, les juges majoritaires concluent qu'assurance maladie privée et système de santé public peuvent coexister. Trois d'entre eux jugent l'interdiction « arbitraire » vu l'absence, selon les faits mis en preuve, d'un lien réel entre l'effet de la loi et son objectif.

[100] Plus récemment, dans *PHS*, notre Cour a jugé arbitraire le refus du ministre de prolonger l'exemption dont bénéficiait un centre d'injection supervisée relativement à l'application des dispositions sur la possession de drogue. Ces dispositions avaient pour objet la protection de la santé et de la sécurité publiques, et les services fournis par le centre d'injection supervisée contribuaient en fait à l'atteinte de cet objectif. L'effet du refus de prolonger l'exemption — à savoir empêcher le fonctionnement du centre d'injection supervisée — allait à l'encontre des objectifs des dispositions relatives à la possession de drogue.

[101] Une disposition peut aussi violer nos valeurs fondamentales du fait de ce que les tribunaux appellent la « portée excessive », c'est-à-dire lorsqu'elle va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Dans *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, l'accusé contestait une disposition sur le vagabondage qui interdisait aux délinquants reconnus coupables de l'une des infractions énumérées de « flâner » dans les parcs publics. Les juges majoritaires de la Cour concluent que la portée de la disposition, dont l'objet était de protéger les enfants contre les prédateurs sexuels, est trop grande; la disposition n'a pas de lien avec son objectif dans la mesure où elle s'applique à des délinquants qui ne présentent pas un danger pour les enfants et à des parcs qui ne sont pas susceptibles d'être fréquentés par des enfants.

[102] Dans *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, les dispositions contestées du *Code*

Criminal Code prevented an accused who was found unfit to stand trial from receiving an absolute discharge, and subjected the accused to indefinite appearances before a review board. The purpose of the provisions was "to allow for the ongoing treatment or assessment of the accused in order for him or her to become fit for an eventual trial" (para. 41). The Court found that insofar as the law applied to permanently unfit accused, who would never become fit to stand trial, the objective did "not apply" and therefore the law was overbroad (paras. 42-43).

[103] Laws are also in violation of our basic values when the effect of the law is grossly disproportionate to the state's objective. In *Malmo-Levine*, the accused challenged the prohibition on the possession of marijuana on the basis that its effects were grossly disproportionate to its objective. Although the Court agreed that a law with grossly disproportionate effects would violate our basic norms, the Court found that this was not such a case: ". . . the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action" (para. 175).

[104] In *PHS*, this Court found that the Minister's refusal to exempt the safe injection site from drug possession laws was not in accordance with the principles of fundamental justice because the effect of denying health services and increasing the risk of death and disease of injection drug users was grossly disproportionate to the objectives of the drug possession laws, namely public health and safety.

[105] The overarching lesson that emerges from the case law is that laws run afoul of our basic values when the means by which the state seeks to attain its objective is fundamentally flawed, in the sense of being arbitrary, overbroad, or having effects that are grossly disproportionate to the legislative goal. To deprive citizens of life, liberty, or security of the person by laws that violate these

criminel empêchaient l'accusé jugé inapte à subir son procès de bénéficier d'une libération inconditionnelle et l'obligeaient à comparaître périodiquement devant une commission d'examen pendant une période indéfinie. Les dispositions avaient pour objet « de fournir à l'accusé un traitement ou une évaluation continus afin de le rendre éventuellement apte à subir son procès » (par. 41). Selon la Cour, dans la mesure où les dispositions s'appliquaient malgré l'inaptitude permanente de l'accusé — qui ne deviendrait jamais apte à subir son procès —, leur objectif « ne s'appliqu[ait] pas » et leur portée était donc excessive (par. 42-43).

[103] La disposition dont l'effet est totalement disproportionné à l'objectif de l'État viole aussi nos valeurs fondamentales. Dans *Malmo-Levine*, l'accusé contestait l'interdiction de posséder de la marihuana au motif que ses effets étaient totalement disproportionnés à son objectif. La Cour reconnaît qu'une disposition aux effets totalement disproportionnés viole nos normes fondamentales, mais elle conclut que tel n'est pas le cas en l'espèce : « . . . les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d'emprisonnement, n'excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au Parlement » (par. 175).

[104] Dans l'arrêt *PHS*, notre Cour conclut que le refus du ministre de soustraire le centre d'injection supervisée à l'application des dispositions sur la possession de drogue n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale parce que le refus de services de santé et l'augmentation du risque de décès et de maladie chez les consommateurs de drogues injectables sont totalement disproportionnés aux objectifs des dispositions sur la possession de drogue, à savoir la santé et la sécurité publiques.

[105] L'enseignement primordial de la jurisprudence veut qu'une disposition aille à l'encontre de nos valeurs fondamentales lorsque les moyens mis en œuvre par l'État pour atteindre son objectif comportent une faille fondamentale en ce qu'ils sont arbitraires ou ont une portée trop générale, ou encore, ont des effets totalement disproportionnés à l'objectif législatif. Il n'est pas conforme

norms is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[106] As these principles have developed in the jurisprudence, they have not always been applied consistently. The Court of Appeal below pointed to the confusion that has been caused by the "commingling" of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality (paras. 143-51). This Court itself recently noted the conflation of the principles of overbreadth and gross disproportionality (*R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at paras. 38-40; see also *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, at para. 72). In short, courts have explored different ways in which laws run afoul of our basic values, using the same words — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — in slightly different ways.

[107] Although there is significant overlap between these three principles, and one law may properly be characterized by more than one of them, arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality remain three distinct principles that stem from what Hamish Stewart calls "failures of instrumental rationality" — the situation where the law is "inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it" (*Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 151). As Peter Hogg has explained:

> The doctrines of overbreadth, disproportionality and arbitrariness are all at bottom intended to address what Hamish Stewart calls "failures of instrumental rationality", by which he means that the Court accepts the legislative objective, but scrutinizes the policy instrument enacted as the means to achieve the objective. If the policy instrument is not a rational means to achieve the objective, then the law is dysfunctional in terms of its own objective.
>
> ("The Brilliant Career of Section 7 of the Charter" (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, at p. 209 (citation omitted))

aux principes de justice fondamentale de priver un citoyen du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne au moyen d'une disposition ainsi irrégulière.

[106] Au fil de l'évolution jurisprudentielle, ces principes n'ont pas toujours été appliqués uniformément. En l'espèce, la Cour d'appel signale la confusion créée par l'[TRADUCTION] « amalgame » du caractère arbitraire, de la portée excessive et de la disproportion totale (par. 143-151). Notre Cour relevait elle-même récemment que l'on confond portée excessive et disproportion totale (*R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 38-40; voir également *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, par. 72). Ainsi, les tribunaux ont employé les mêmes mots — caractère arbitraire, portée excessive et disproportion totale — avec quelques variantes pour explorer les différentes manières dont une disposition législative peut aller à l'encontre de nos valeurs fondamentales.

[107] Bien qu'il y ait un chevauchement important entre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, et que plus d'une de ces trois notions puissent bel et bien s'appliquer à une disposition, il demeure que les trois correspondent à des principes distincts qui découlent de ce que Hamish Stewart appelle un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », à savoir que la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre » (*Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 151). Peter Hogg explique :

> [TRADUCTION] Les principes liés à la portée excessive, à la disproportion et au caractère arbitraire visent tous au fond à pallier ce que Hamish Stewart appelle un « manque de logique fonctionnelle », en ce sens que le tribunal reconnaît l'objectif législatif, mais examine le moyen choisi pour l'atteindre. Si ce moyen ne permet pas logiquement d'atteindre l'objectif, la disposition est dysfonctionnelle eu égard à son propre objectif.
>
> (« The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, p. 209 (renvoi omis))

[108] The case law on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality is directed against two different evils. The first evil is the absence of a connection between the infringement of rights and what the law seeks to achieve — the situation where the law's deprivation of an individual's life, liberty, or security of the person is not connected to the purpose of the law. The first evil is addressed by the norms against arbitrariness and overbreadth, which target the absence of connection between the law's purpose and the s. 7 deprivation.

[109] The second evil lies in depriving a person of life, liberty or security of the person in a manner that is grossly disproportionate to the law's objective. The law's impact on the s. 7 interest is connected to the purpose, but the impact is so severe that it violates our fundamental norms.

[110] Against this background, it may be useful to elaborate on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality.

[111] Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law's purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person (Stewart, at p. 136). A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. Thus, in *Chaoulli*, the law was arbitrary because the prohibition of private health insurance was held to be unrelated to the objective of protecting the public health system.

[112] Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. For instance, the law at issue in *Demers* required unfit accused to

[108] La jurisprudence relative au caractère arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale s'attache à deux failles. La première est l'absence de lien entre l'atteinte aux droits et l'objectif de la disposition — lorsque l'atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'a aucun lien avec l'objet de la loi. Ce sont alors les principes liés au caractère arbitraire et à la portée excessive (l'absence de lien entre l'objet de la disposition et l'atteinte au droit garanti par l'art. 7) qui sont en cause.

[109] La seconde faille se présente lorsqu'une disposition prive une personne du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière totalement disproportionnée à son objectif. L'incidence sur le droit garanti à l'art. 7 a un lien avec l'objet, mais elle est si importante qu'elle viole nos normes fondamentales.

[110] Dans ce contexte, il peut être utile de développer les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale.

[111] Déterminer qu'une disposition est arbitraire ou non exige qu'on se demande s'il existe un lien direct entre son objet et l'effet allégué sur l'intéressé, s'il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l'objet de la mesure qui cause l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (Stewart, p. 136). La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n'ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. Ainsi, dans *Chaoulli*, la Cour juge les dispositions arbitraires parce qu'interdire l'assurance maladie privée n'a aucun rapport avec l'objectif de protéger le système de santé public.

[112] Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certains* actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certains* de ses effets, mais pas tous. Par exemple, dans *Demers*, le texte législatif en cause exigeait

attend repeated review board hearings. The law was only disconnected from its purpose insofar as it applied to permanently unfit accused; for temporarily unfit accused, the effects were related to the purpose.

[113] Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*.

[114] It has been suggested that overbreadth is not truly a distinct principle of fundamental justice. The case law has sometimes said that overbreadth straddles both arbitrariness and gross disproportionality. Thus, in *Heywood*, Cory J. stated: "The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate" (p. 793).

[115] And in *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, the companion case to *Malmo-Levine*, Gonthier and Binnie JJ. explained:

> Overbreadth in that respect addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is grossly disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect. Overbreadth in this aspect is, as Cory J. pointed out [in *Heywood*], related to arbitrariness. [Emphasis deleted; para. 38.]

[116] In part this debate is semantic. The law has not developed by strict labels, but on a case-by-case

que l'accusé inapte comparaisse périodiquement devant la commission d'examen. Il n'était dissocié de son objet que dans la mesure où il s'appliquait à un accusé inapte en permanence; ses effets étaient liés à l'objet dans le cas de l'accusé temporairement inapte.

[113] L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'*intéressé*. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[114] On a fait valoir que la portée excessive ne correspond pas vraiment à un principe distinct de justice fondamentale. Il appert de certains arrêts que la portée excessive empiète à la fois sur le caractère arbitraire et sur la disproportion totale. Dans *Heywood*, le juge Cory affirme par exemple ce qui suit : « Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (p. 793).

[115] Dans *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735, l'arrêt connexe à *Malmo-Levine*, les juges Gonthier et Binnie expliquent :

> Dans ce contexte, la portée excessive s'attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l'effet préjudiciable d'une mesure législative sur les personnes qu'elle touche est [totalement] disproportionné [. . .] à l'intérêt général que le texte de loi tente de protéger. À cet égard, comme l'a souligné le juge Cory [dans *Heywood*], la portée excessive est liée au caractère arbitraire. [Italiques omis; par. 38.]

[116] Le débat est en partie sémantique. Le droit a évolué non par le recours à des étiquettes

basis, as courts identified laws that were inherently bad because they violated our basic values.

[117] Moving forward, however, it may be helpful to think of overbreadth as a distinct principle of fundamental justice related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is *no connection* between the effects of a law and its objective. Overbreadth simply allows the court to recognize that the lack of connection arises in a law that goes too far by sweeping conduct into its ambit that bears no relation to its objective.

[118] An ancillary question, which applies to both arbitrariness and overbreadth, concerns how significant the lack of correspondence between the objective of the infringing provision and its effects must be. Questions have arisen as to whether a law is arbitrary or overbroad when its effects are *inconsistent* with its objective, or whether, more broadly, a law is arbitrary or overbroad whenever its effects are *unnecessary* for its objective (see, e.g., *Chaoulli*, at paras. 233-34).

[119] As noted above, the root question is whether the law is inherently bad because there is *no connection*, in whole or in part, between its effects and its purpose. This standard is not easily met. The evidence may, as in *Morgentaler*, show that the effect actually undermines the objective and is therefore "inconsistent" with the objective. Or the evidence may, as in *Chaoulli*, show that there is simply no connection on the facts between the effect and the objective, and the effect is therefore "unnecessary". Regardless of how the judge describes this lack of connection, the ultimate question remains whether the evidence establishes that the law violates basic norms because there is *no connection* between its effect and its purpose. This is a matter to be determined on a case-by-case basis, in light of the evidence.

[120] Gross disproportionality asks a different question from arbitrariness and overbreadth. It

strictes, mais d'une décision à l'autre, lorsque les tribunaux ont jugé des dispositions intrinsèquement mauvaises parce qu'elles violaient nos valeurs fondamentales.

[117] Avant de passer au point suivant, toutefois, il peut être utile de voir dans la portée excessive un principe distinct de justice fondamentale lié au caractère arbitraire, l'*absence de lien* entre les effets d'une disposition et son objectif étant commune aux deux. La portée excessive permet seulement au tribunal de reconnaître l'absence de lien lorsqu'une disposition va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application un comportement qui n'a aucun rapport avec son objectif.

[118] Une question accessoire, qui touche à la fois le caractère arbitraire et la portée excessive, concerne l'ampleur que doit revêtir l'absence de correspondance entre l'objectif de la disposition attentatoire et ses effets. On s'est demandé si une disposition était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets étaient *incompatibles* avec son objectif ou si, de manière générale, elle était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets *n'étaient pas nécessaires* à la réalisation de son objectif (voir, p. ex., *Chaoulli*, par. 233-234).

[119] Rappelons qu'il s'agit fondamentalement de déterminer si la disposition en cause est intrinsèquement mauvaise du fait de l'*absence de lien*, en tout ou en partie, entre ses effets et son objet. Satisfaire à cette norme n'est pas chose aisée. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, la preuve peut démontrer que l'effet compromet en fait la réalisation de l'objectif et qu'il est donc « incompatible » avec celui-ci. Il peut aussi ressortir de la preuve, comme dans *Chaoulli*, qu'il n'y a tout simplement pas de lien entre l'effet et l'objectif, de sorte que l'effet « n'est pas nécessaire ». Peu importe la manière dont le juge qualifie cette absence de lien, la question demeure au fond de savoir si la preuve établit que la disposition viole des normes fondamentales du fait de l'*absence de lien* entre son effet et son objet. Il faut statuer en fonction du dossier et de la preuve offerte.

[120] La disproportion totale s'attache à d'autres éléments que ceux considérés pour le caractère

targets the second fundamental evil: the law's effects on life, liberty or security of the person are so grossly disproportionate to its purposes that they cannot rationally be supported. The rule against gross disproportionality only applies in extreme cases where the seriousness of the deprivation is totally out of sync with the objective of the measure. This idea is captured by the hypothetical of a law with the purpose of keeping the streets clean that imposes a sentence of life imprisonment for spitting on the sidewalk. The connection between the draconian impact of the law and its object must be entirely outside the norms accepted in our free and democratic society.

[121] Gross disproportionality under s. 7 of the *Charter* does *not* consider the beneficial effects of the law for society. It balances the negative effect on the individual against the purpose of the law, *not* against societal benefit that might flow from the law. As this Court said in *Malmo-Levine*:

> In effect, the exercise undertaken by Braidwood J.A. was to balance the law's salutary and deleterious effects. In our view, with respect, that is a function that is more properly reserved for s. 1. These are the types of social and economic harms that generally have no place in s. 7. [para. 181]

[122] Thus, gross disproportionality is not concerned with the number of people who experience grossly disproportionate effects; a grossly disproportionate effect on one person is sufficient to violate the norm.

[123] All three principles — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law's effectiveness. That is, they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits. They do not consider ancillary benefits to the general population. Furthermore, none of the principles measure the percentage of the population that is negatively impacted. The

arbitraire et la portée excessive. Elle vise la seconde faille fondamentale, à savoir le fait que les effets de la disposition sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle. La règle qui exclut la disproportion totale ne s'applique que dans les cas extrêmes où la gravité de l'atteinte est sans rapport aucun avec l'objectif de la mesure. Pour illustrer cette idée, prenons l'hypothèse d'une loi qui, dans le but d'assurer la propreté des rues, infligerait une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque cracherait sur le trottoir. Le lien entre les répercussions draconiennes et l'objet doit déborder complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique.

[121] L'analyse de la disproportion totale au regard de l'art. 7 de la *Charte ne* tient *pas* compte des avantages de la loi pour la société. Elle met en balance l'effet préjudiciable sur l'intéressé avec l'objet de la loi, et *non* avec l'avantage que la société peut retirer de la loi. Comme le dit notre Cour dans *Malmo-Levine* :

> Dans les faits, le juge Braidwood a procédé à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la Loi. En toute déférence, nous estimons qu'une telle démarche relève davantage de l'application de l'article premier. Il s'agit là de préjudices sociaux et économiques qui n'ont généralement pas leur place dans l'analyse fondée sur l'art. 7. [par. 181]

[122] Il peut y avoir disproportion totale indépendamment du nombre de personnes touchées; un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit.

[123] Les trois notions — le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale — supposent la comparaison de l'atteinte aux droits causée par la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité. Autrement dit, elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi. Elles ne tiennent pas compte des avantages accessoires pour la population en général. De plus, aucune ne requiert la détermination du

analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone's* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

pourcentage de la population qui est touchée par un effet préjudiciable. L'analyse est qualitative et non quantitative. La question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

(b) *The Relationship Between Section 7 and Section 1*

b) *Interaction entre l'art. 7 et l'article premier*

[124] This Court has previously identified parallels between the rules against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality under s. 7 and elements of the s. 1 analysis for justification of laws that violate *Charter* rights. These parallels should not be allowed to obscure the crucial differences between the two sections.

[124] Notre Cour a déjà établi des parallèles entre les règles qui interdisent le caractère arbitraire, la portée excessive ou la disproportion totale au regard de l'art. 7 et les éléments de l'analyse, fondée sur l'article premier, de la justification d'une disposition qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Ces parallèles ne doivent pas permettre d'occulter les différences cruciales entre ces deux articles.

[125] Section 7 and s. 1 ask different questions. The question under s. 7 is whether the law's negative effect on life, liberty, or security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to the principles of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality, the specific questions are whether the law's purpose, taken at face value, is connected to its effects and whether the negative effect is grossly disproportionate to the law's purpose. Under s. 1, the question is different — whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest. The question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s. 1, but it plays no part in the s. 7 analysis, which is concerned with the narrower question of whether the impugned law infringes individual rights.

[125] L'article 7 et l'article premier appellent des questions différentes. Pour les besoins de l'art. 7, l'effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime d'abord, l'objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet. Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier, mais elle ne joue aucun rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 7, qui se soucie seulement de savoir si la disposition contestée porte atteinte à un droit individuel.

[126] As a consequence of the different questions they address, s. 7 and s. 1 work in different ways. Under s. 1, the government bears the burden of showing that a law that breaches an individual's

[126] En raison des considérations différentes qui président à leur application, l'art. 7 et l'article premier opèrent différemment. Suivant l'article premier, il incombe à l'État de démontrer que

rights can be justified having regard to the government's goal. Because the question is whether the broader public interest justifies the infringement of individual rights, the law's goal must be pressing and substantial. The "rational connection" branch of the s. 1 analysis asks whether the law was a rational means for the legislature to pursue its objective. "Minimal impairment" asks whether the legislature could have designed a law that infringes rights to a lesser extent; it considers the legislature's reasonable alternatives. At the final stage of the s. 1 analysis, the court is required to weigh the negative impact of the law on people's rights against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good. The impacts are judged both qualitatively and quantitatively. Unlike individual claimants, the Crown is well placed to call the social science and expert evidence required to justify the law's impact in terms of society as a whole.

la disposition attentatoire peut être justifiée par l'objectif du législateur. Parce que la question est celle de savoir si l'intérêt public général justifie l'atteinte aux droits individuels, l'objectif doit être urgent et réel. Le volet de l'analyse fondée sur l'article premier qui porte sur l'existence d'un « lien rationnel » consiste à déterminer si, pour le législateur, la disposition représente un moyen rationnel d'atteindre son objectif. Le volet relatif à l'« atteinte minimale » établit si le législateur aurait pu concevoir une disposition moins attentatoire; il s'intéresse aux solutions de rechange raisonnables qui s'offrent au législateur. À l'étape finale de l'analyse fondée sur l'article premier, le tribunal soupèse l'effet préjudiciable de la disposition sur les droits des personnes et son effet bénéfique sur la réalisation de son objectif dans l'intérêt public supérieur. L'effet est apprécié sur les plans qualitatif et quantitatif. À la différence d'un demandeur individuel, l'État est bien placé pour présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le témoignage d'experts qui justifient les répercussions d'une disposition sur l'ensemble de la société.

[127] By contrast, under s. 7, the claimant bears the burden of establishing that the law deprives her of life, liberty or security of the person, in a manner that is not connected to the law's object or in a manner that is grossly disproportionate to the law's object. The inquiry into the purpose of the law focuses on the nature of the object, not on its efficacy. The inquiry into the impact on life, liberty or security of the person is not quantitative — for example, how many people are negatively impacted — but qualitative. An arbitrary, overbroad, or grossly disproportionate impact on one person suffices to establish a breach of s. 7. To require s. 7 claimants to establish the efficacy of the law versus its deleterious consequences on members of society as a whole, would impose the government's s. 1 burden on claimants under s. 7. That cannot be right.

[127] En revanche, l'art. 7 oblige le demandeur à démontrer que la disposition porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui est sans lien avec l'objet de la disposition ou qui est totalement disproportionnée à celui-ci. La détermination de l'objet s'attache à sa nature et non à son efficacité. La détermination de l'effet sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est pas quantitative, mais qualitative. On ne se demande donc pas combien de personnes subissent un effet préjudiciable. Il suffit d'un effet arbitraire, excessif ou totalement disproportionné sur une seule personne pour établir l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7. Obliger la personne qui invoque l'art. 7 à démontrer l'efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l'ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l'État pour l'application de l'article premier, ce qui ne saurait être acceptable.

[128] In brief, although the concepts under s. 7 and s. 1 are rooted in similar concerns, they are analytically distinct.

[128] En résumé, bien que l'art. 7 et l'article premier fassent intervenir des notions qui s'originent de préoccupations semblables, ils commandent des analyses distinctes.

[129] It has been said that a law that violates s. 7 is unlikely to be justified under s. 1 of the *Charter* (*Motor Vehicle Reference*, at p. 518). The significance of the fundamental rights protected by s. 7 supports this observation. Nevertheless, the jurisprudence has also recognized that there may be some cases where s. 1 has a role to play (see, e.g., *Malmo-Levine*, at paras. 96-98). Depending on the importance of the legislative goal and the nature of the s. 7 infringement in a particular case, the possibility that the government could establish that a s. 7 violation is justified under s. 1 of the *Charter* cannot be discounted.

(4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice?

(a) *Section 210: The Bawdy-House Prohibition*

(i) The Object of the Provision

[130] The bawdy-house provision has remained essentially unchanged since it was moved to Part V of the *Criminal Code*, "Disorderly Houses, Gaming and Betting", in the 1953-54 *Code* revision (c. 51, s. 182). In *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704, Estey J. found "little, if any, doubt" in the authorities that the disorderly house provisions were not directed at the mischief of betting, gaming and prostitution *per se*, but rather at the harm to the community in which such activities were carried on in a notorious and habitual manner (p. 712). This objective can be traced back to the common law origins of the bawdy-house provisions (see, e.g., E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817, first published 1644), at pp. 205-6).

[131] The appellant Attorneys General argue that the object of this provision, considered alone and in conjunction with the other prohibitions, is to

[129] On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l'art. 7 avait peu de chances d'être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* (*Renvoi sur la MVA*, p. 518). L'importance des droits fondamentaux protégés par l'art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs qu'il peut se présenter des situations dans lesquelles l'article premier a un rôle à jouer (voir, p. ex., l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, selon l'importance de l'objectif législatif et la nature de l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

(4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale?

a) *Article 210 : Interdiction des maisons de débauche*

(i) Objet de la disposition

[130] La disposition relative aux maisons de débauche est demeurée pour l'essentiel inchangée depuis qu'elle figure à la partie V du *Code criminel* intitulée « Maisons de désordre, jeux et paris » par suite de la révision de 1953-1954 (ch. 51, art. 182). Dans l'arrêt *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704, le juge Estey se dit d'avis que la jurisprudence « ne permet plus de douter » que le méfait visé par ces infractions n'est pas le pari, le jeu et la prostitution en soi, mais plutôt le préjudice porté aux intérêts de la collectivité dans laquelle ces activités s'exercent d'une manière notoire et habituelle (p. 712). On peut faire remonter cet objectif à la common law qui est à l'origine des dispositions sur les maisons de débauche (voir, p. ex., E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817, publié pour la première fois en 1644), p. 205-206).

[131] Les procureurs généraux appelants soutiennent que, seule ou de concert avec les autres, cette interdiction vise à décourager la prostitution. Le

deter prostitution. The record does not support this contention; on the contrary, it is clear from the legislative record that the purpose of the prohibition is to prevent community harms in the nature of nuisance.

[132] There is no evidence to support a reappraisal of this purpose by Parliament. The doctrine against shifting objectives does not permit a new object to be introduced at this point (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731). On its face, the provision is only directed at in-call prostitution, and so cannot be said to aim at deterring prostitution generally. To find that it operates with the other *Criminal Code* provisions to deter prostitution generally is also unwarranted, given their piecemeal evolution and patchwork construction, which leaves out-calls and prostitution itself untouched. I therefore agree with the lower courts that the objectives of the bawdy-house provision are to combat neighbourhood disruption or disorder and to safeguard public health and safety.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[133] The courts below considered whether the bawdy-house prohibition is overbroad, or grossly disproportionate.

[134] I agree with them that the negative impact of the bawdy-house prohibition on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective. I therefore find it unnecessary to decide whether the prohibition is overbroad insofar as it applies to a single prostitute operating out of her own home (C.A., at para. 204). The application judge found on the evidence that moving to a bawdy-house would improve prostitutes' safety by providing the "safety benefits of proximity to others, familiarity with surroundings, security staff, closed-circuit television and other such monitoring that a permanent indoor location can facilitate" (para. 427). Balancing this against the evidence demonstrating

dossier n'appuie pas leur prétention; au contraire, il ressort du dossier législatif que l'interdiction a pour objet de faire obstacle au préjudice apparenté à la nuisance qui est infligé à la collectivité.

[132] Nul élément de preuve ne justifie la remise en cause de cet objectif. Le principe qui fait obstacle au changement d'objet ne permet pas de conclure maintenant à l'existence d'un nouvel objectif (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731). À première vue, la disposition ne vise que la prostitution pratiquée chez soi, de sorte qu'elle ne saurait viser à décourager la prostitution en général. Il n'y a pas lieu non plus de conclure qu'elle a pour effet, avec les autres dispositions du *Code criminel*, de décourager la prostitution en général, étant donné le caractère parcellaire de l'adoption et de l'évolution des dispositions qui a permis à la prostitution pratiquée chez autrui et à la prostitution comme telle d'échapper à la répression. Je conviens donc avec les juridictions inférieures que l'objectif de la disposition sur les maisons de débauche est de lutter contre les troubles de voisinage et de protéger la santé et la sécurité publiques.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[133] Les juridictions inférieures se demandent si l'interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande ou si elle est totalement disproportionnée.

[134] Je conviens avec elles que l'effet préjudiciable de l'interdiction sur le droit à la sécurité des demanderesses est totalement disproportionné à l'objectif. J'estime donc inutile de me prononcer sur sa portée excessive dans le cas de la prostituée qui travaille seule chez elle (C.A., par. 204). La juge de première instance conclut de la preuve que dispenser leurs services dans une maison de débauche accroîtrait la sécurité des prostituées en les faisant bénéficier [TRADUCTION] « de l'avantage sécuritaire de la proximité d'autres personnes, de la familiarisation avec les lieux, d'un personnel chargé de leur sécurité, de la télésurveillance en circuit fermé et de toute autre mesure que permet un lieu permanent

that "complaints about nuisance arising from indoor prostitution establishments are rare" (*ibid.*), she found that the harmful impact of the provision was grossly disproportionate to its purpose.

[135] The Court of Appeal acknowledged that empirical evidence on the subject is difficult to gather, since almost all the studies focus on street prostitution. However, it concluded that the evidence supported the application judge's findings on gross disproportionality — in particular, the evidence of the high homicide rate among prostitutes, with the overwhelming number of victims being street prostitutes. The Court of Appeal agreed that moving indoors amounts to a "basic safety precaution" for prostitutes, one which the bawdy-house provision makes illegal (paras. 206-7).

[136] In my view, this conclusion was not in error. The harms identified by the courts below are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption that is the object of the law. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. A law that prevents street prostitutes from resorting to a safe haven such as Grandma's House while a suspected serial killer prowls the streets, is a law that has lost sight of its purpose.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[137] This Court has held, *per* Cory J. for the majority in *Downey*, that the purpose of this provision is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage:

It can be seen that the majority of offences outlined in s. 195 are aimed at the procurer who entices, encourages or importunes a person to engage in prostitution. Section

situé à l'intérieur » (par. 427). Après avoir mis en balance ces éléments avec la preuve selon laquelle « rares sont les plaintes pour nuisance déposées contre un établissement où se pratique la prostitution » (*ibid.*), elle conclut que l'effet préjudiciable de la disposition est totalement disproportionné à son objectif.

[135] La Cour d'appel reconnaît qu'il est difficile de recueillir des données empiriques sur le sujet étant donné que la plupart des études s'intéressent surtout à la prostitution dans la rue. Elle conclut toutefois que la preuve étaye les conclusions de la juge sur la disproportion totale, en particulier en ce qui concerne le nombre élevé de meurtres de prostituées, en très grande majorité des prostituées travaillant dans la rue. Elle convient que travailler à l'intérieur constitue une [TRADUCTION] « précaution élémentaire » que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale pour les prostituées (par. 206-207).

[136] À mon avis, cette conclusion n'est pas erronée. Les préjudices relevés par les juridictions inférieures sont totalement disproportionnés à l'objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer la nuisance, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. La disposition qui empêche une prostituée de la rue de recourir à un refuge sûr comme Grandma's House alors qu'un tueur en série est soupçonné de sévir dans les rues est une disposition qui a perdu de vue son objectif.

b) *Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme*

(i) Objet de la disposition

[137] Dans l'arrêt *Downey*, les juges majoritaires de la Cour (sous la plume du juge Cory) concluent que l'al. 212(1)*j*) vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés :

On peut constater que la majorité des infractions mentionnées à l'art. 195 visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s'adonner à la prostitution

195(1)(*j*) [now s. 212(1)(*j*)] is specifically aimed at those who have an economic stake in the earnings of a prostitute. It has been held correctly I believe that the target of s. 195(1)(*j*) is the person who lives parasitically off a prostitute's earnings. That person is commonly and aptly termed a pimp. [p. 32]

[138] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that the true objective of s. 212(1)(*j*) is to target the commercialization of prostitution, and to promote the values of dignity and equality. This characterization of the objective does not accord with *Downey*, and is not supported by the legislative record. It must be rejected.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[139] The courts below concluded that the living on the avails provision is overbroad insofar as it captures a number of non-exploitative relationships which are not connected to the law's purpose. The courts below also concluded that the provision's negative effect on the security and safety of prostitutes is grossly disproportionate to its objective of protecting prostitutes from harm.

[140] I agree with the courts below that the living on the avails provision is overbroad.

[141] The provision has been judicially restricted to those who provide a service or good to a prostitute because she is a prostitute, thus excluding grocers and doctors, for instance (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). It also has been held to require that exploitation be proven in the case of a person who lives with the prostitute, in order to exclude people in legitimate domestic relationships with a prostitute (*Grilo*). These refinements render the prohibition narrower than its words might suggest.

[142] The question here is whether the law nevertheless goes too far and thus deprives the applicants of their security of the person in a manner unconnected to the law's objective. The law punishes

ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(1)*j*) [aujourd'hui remplacé par l'al. 212(1)*j*)] vise particulièrement ceux qui ont un intérêt financier dans les revenus d'un prostitué. On estime à juste titre, je crois, que la cible visée par l'al. 195(1)*j*) est la personne qui vit en parasite du revenu d'un prostitué, qu'on appelle communément et fort à propos le souteneur. [p. 32]

[138] Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que le véritable objectif de l'al. 212(1)*j*) est de réprimer la commercialisation de la prostitution et de promouvoir les valeurs que sont la dignité et l'égalité. Leur prétention est contraire à l'arrêt *Downey* et n'est pas étayée par le dossier législatif. Elle doit donc être écartée.

(ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale

[139] Les juridictions inférieures estiment que la portée de la disposition sur le proxénétisme est excessive en ce que sont ciblés des rapports dénués d'exploitation qui n'ont aucun lien avec l'objet de la disposition. Elles opinent en outre que l'effet préjudiciable de la disposition sur la sécurité des prostituées est totalement disproportionné à l'objectif de les protéger.

[140] Je conviens avec elles que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive.

[141] Les tribunaux n'ont appliqué la disposition qu'à la personne qui offre un service ou un bien à une prostituée parce qu'elle est une prostituée, ce qui exclut, par exemple, l'épicier ou le médecin (*Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). Ils ont également statué que, dans le cas d'une personne habitant avec une prostituée, l'exploitation devait être prouvée afin qu'un conjoint de fait légitime ne puisse être inquiété (*Grilo*). Leur démarche a pour effet de limiter la portée que l'interdiction pourrait avoir si l'on s'en tenait strictement à son libellé.

[142] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la disposition va néanmoins trop loin et porte ainsi atteinte au droit à la sécurité des demanderesses selon des modalités qui sont étrangères

everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes (for example, controlling and abusive pimps) and those who could increase the safety and security of prostitutes (for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards). It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes some conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is therefore overbroad.

[143] The appellant Attorneys General argue that the line between an exploitative pimp and a prostitute's legitimate driver, manager or bodyguard, blurs in the real world. A relationship that begins on a non-exploitative footing may become exploitative over time. If the provision were tailored more narrowly — for example, by reading in "in circumstances of exploitation" as the Court of Appeal did — evidentiary difficulties may lead to exploiters escaping liability. Relationships of exploitation often involve intimidation and manipulation of the kind that make it very difficult for a prostitute to testify. For these reasons, the Attorneys General argue, the provision must be drawn broadly in order to effectively capture those it targets.

[144] This argument is more appropriately addressed under the s. 1 analysis. As stated above, if a law captures conduct that bears no relation to its purpose, the law is overbroad under s. 7; enforcement practicality is one way the government may justify an overbroad law under s. 1 of the *Charter*.

[145] Having found that the prohibition on living on the avails of prostitution is overbroad, I find it unnecessary to consider whether it is also grossly disproportionate to its object of protecting prostitutes from exploitative relationships.

à l'objectif poursuivi. Est sanctionné quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui sans que ne soit établie de distinction entre celui qui exploite une prostituée (tel le proxénète contrôlant et violent) et celui qui peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. Certains actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent aussi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive.

[143] Les procureurs généraux appelants font valoir que, dans la réalité, la ligne de démarcation entre le proxénète qui exploite une prostituée et le chauffeur, le gérant ou le garde du corps d'une prostituée est floue. Une relation qui n'est empreinte d'aucune exploitation au départ peut le devenir avec le temps. Si le libellé de la disposition était circonscrit davantage — par exemple en considérant que les mots « dans des situations d'exploitation » y sont employés, comme le préconise la Cour d'appel —, un exploiteur pourrait échapper à l'application de la loi du seul fait que sa responsabilité serait difficile à établir. L'exploitation comporte souvent manipulation et intimidation, ce qui rend très difficile l'obtention du témoignage d'une prostituée. Les procureurs généraux font donc valoir que la disposition doit avoir une grande portée afin de réprimer les actes qui sont censés l'être.

[144] Cette considération a davantage sa place dans l'analyse fondée sur l'article premier. Je le répète, une disposition a une portée excessive au regard de l'art. 7 lorsqu'elle s'applique à un comportement qui est sans rapport avec son objet; l'utilité pratique sur le plan de l'application est l'une des considérations que le gouvernement peut invoquer pour justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[145] Vu ma conclusion que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive, il me paraît inutile de déterminer si elle est aussi totalement disproportionnée à son objectif de protéger les prostituées contre l'exploitation.

(c) *Section 213(1)(c): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[146] The object of the communicating provision was explained by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*:

> Like Wilson J., I would characterize the legislative objective of s. 195.1(1)(*c*) [now s. 213(1)(*c*)] in the following manner: the provision is meant to address solicitation in public places and, to that end, seeks to eradicate the various forms of social nuisance arising from the public display of the sale of sex. My colleague Lamer J. finds that s. 195.1(1)(*c*) is truly directed towards curbing the exposure of prostitution and related violence, drugs and crime to potentially vulnerable young people, and towards eliminating the victimization and economic disadvantage that prostitution, and especially street soliciting, represents for women. I do not share the view that the legislative objective can be characterized so broadly. In prohibiting sales of sexual services in public, the legislation does not attempt, at least in any direct manner, to address the exploitation, degradation and subordination of women that are part of the contemporary reality of prostitution. Rather, in my view, the legislation is aimed at taking solicitation for the purposes of prostitution off the streets and out of public view.
>
> The *Criminal Code* provision subject to attack in these proceedings clearly responds to the concerns of home-owners, businesses, and the residents of urban neighbourhoods. Public solicitation for the purposes of prostitution is closely associated with street congestion and noise, oral harassment of non-participants and general detrimental effects on passers-by or bystanders, especially children. [pp. 1134-35]

[147] It is clear from these reasons that the purpose of the communicating provision is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution "off the streets and out of public view" in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The *Prostitution Reference* belies the argument of the Attorneys General that

c) *Alinéa 213(1)c) : Communiquer en public à des fins de prostitution*

(i) Objet de la disposition

[146] Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson explique l'objet de la disposition sur la communication :

> Comme le juge Wilson, je suis d'avis de qualifier l'objectif législatif de l'al. 195.1(1)*c*) [aujourd'hui remplacé par l'al. 213(1)*c*)] de la façon suivante : la disposition vise la sollicitation dans les endroits publics et, à cette fin, tente de supprimer les diverses formes de nuisances sociales qui découlent de l'étalage en public de la vente de services sexuels. Mon collègue le juge Lamer conclut que l'al. 195.1(1)*c*) vise en réalité à empêcher que de jeunes personnes vraisemblablement vulnérables soient exposées à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime qui l'accompagnent et à éliminer l'oppression et la sujétion économique que la prostitution, et particulièrement la sollicitation de rue, représentent pour les femmes. Je ne partage pas l'opinion que l'objectif législatif puisse être qualifié de façon aussi large. En interdisant la vente de services sexuels dans les endroits publics, la loi ne tente pas, à tout le moins directement, de traiter le problème de l'exploitation, de la dégradation et de la subordination des femmes, qui font partie de la réalité quotidienne de la prostitution. À mon avis, la loi vise plutôt à empêcher que la sollicitation en vue de se livrer à la prostitution se fasse dans les rues et sous les regards du public.
>
> La disposition du *Code criminel* contestée en l'espèce répond clairement aux préoccupations des propriétaires de maison, des commerces et des habitants des secteurs urbains. La sollicitation en public aux fins de la prostitution est intimement associée à l'encombrement des rues ainsi qu'au bruit, au harcèlement verbal de ceux qui n'y participent pas et à divers effets généralement néfastes sur les passants et les spectateurs, particulièrement les enfants. [p. 1134-1135]

[147] Il s'ensuit clairement que la disposition sur la communication vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien « à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public » afin d'empêcher les nuisances susceptibles d'en découler. Le *Renvoi sur la prostitution* contredit la thèse des procureurs généraux selon laquelle

Parliament's overall objective in these provisions is to deter prostitution.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[148] The application judge concluded that the harm imposed by the prohibition on communicating in public was grossly disproportionate to the provision's object of removing the nuisance of prostitution from the streets. This was based on evidence that she found established that the ability to screen clients was an "essential tool" to avoiding violent or drunken clients (application decision, at para. 432).

[149] The majority of the Court of Appeal found that the application judge erred in her analysis of gross disproportionality by attaching too little importance to the objective of s. 213(1)(*c*), and by incorrectly finding on the evidence that face-to-face communication with a prospective customer is essential to enhancing prostitutes' safety (paras. 306 and 310).

[150] In my view, the Court of Appeal majority's reasoning on this question is problematic, largely for the reasons set out by MacPherson J.A., dissenting in part. Four aspects of the majority's analysis are particularly troubling.

[151] First, in concluding that the application judge accorded too little weight to the legislative objective of s. 213(1)(*c*), the majority of the Court of Appeal criticized her characterization of the object of the provision as targeting "noise, street congestion, and the possibility that the practice of prostitution will interfere with those nearby" (C.A., at para. 306). But the application judge's conclusion was in concert with the object of s. 213(1)(*c*) established by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*, which the majority of the Court of Appeal endorsed earlier in their reasons (para. 286).

[152] Compounding this error, the majority of the Court of Appeal inflated the objective of the prohibition on public communication by referring to "drug possession, drug trafficking, public

l'objectif général de la disposition serait de décourager la prostitution.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[148] La juge de première instance conclut que le préjudice causé par l'interdiction de communiquer en public est totalement disproportionné à l'objet de la disposition, à savoir mettre fin à la nuisance que constitue la prostitution dans la rue. Elle s'appuie sur des éléments de preuve qui, à son avis, démontrent que la possibilité de jauger les clients est [TRADUCTION] « essentielle » à la détection de ceux qui sont violents ou ivres (décision de première instance, par. 432).

[149] Les juges majoritaires de la Cour d'appel opinent que, dans son analyse de la proportionnalité, la juge de première instance commet l'erreur d'accorder trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)*c*) et de conclure, à partir de la preuve, que la possibilité d'une communication entre les intéressés est essentielle à la sécurité des prostituées (par. 306 et 310).

[150] À mon avis, le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ce point pose problème, en grande partie pour les motifs qu'invoque le juge MacPherson, dissident en partie. Leur analyse est problématique sous quatre rapports.

[151] Premièrement, pour conclure que la juge accorde trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)*c*), les juges majoritaires de la Cour d'appel lui reprochent d'affirmer que la disposition vise [TRADUCTION] « le bruit, l'encombrement des rues et la possibilité que l'exercice de la prostitution gêne ceux qui se trouvent dans les lieux environnants » (C.A., par. 306). Or, la conclusion de la juge s'accorde avec l'objet de l'al. 213(1)*c*) reconnu par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi sur la prostitution* et auquel les juges majoritaires souscrivent par ailleurs dans leurs motifs (par. 286).

[152] Pour ajouter à cette erreur, les juges majoritaires accroissent la portée de l'objectif de l'interdiction de la communication en public en mentionnant [TRADUCTION] « la possession de drogue, le

intoxication, and organized crime" (para. 307), even though Dickson C.J. explicitly *excluded* the exposure of "related violence, drugs and crime" to vulnerable young people from the objectives of s. 213(1)(*c*). At most, the provision's effect on these other issues is an ancillary benefit — and, as such, it should not play into the gross disproportionality analysis, which weighs the actual objective of the provision against its negative impact on the individual's life, liberty and security of the person.

trafic de stupéfiants, l'intoxication publique et le crime organisé » (par. 307). Pourtant, dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson *écarte* explicitement des objectifs de l'al. 213(1)*c*) le fait d'empêcher que de jeunes personnes vulnérables soient exposées « à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime » qui accompagnent la prostitution. Tout au plus, l'effet de cette disposition sur ces autres aspects ne constitue qu'un avantage accessoire, de sorte qu'il ne devrait pas être pris en compte lorsque, dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité, on soupèse l'objectif réel de la disposition et son effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

[153] The three remaining concerns with the majority's reasoning relate to the other side of the balance: the assessment of the impact of the provision.

[153] Les trois autres failles du raisonnement de la majorité touchent l'autre plateau de la balance, soit l'effet de la disposition.

[154] First, the majority of the Court of Appeal erroneously substituted its assessment of the evidence for that of the application judge. It found that the application judge's conclusion that face-to-face communication is essential to enhancing prostitutes' safety was based only on "anecdotal evidence . . . informed by her own common sense" (para. 311). This was linked to its error, discussed above, in according too little deference to the application judge on findings of social and legislative facts. MacPherson J.A. for the minority, correctly countered that the evidence on this point came from both prostitutes' own accounts and from expert assessments, and provided a firm basis for the application judge's conclusion (paras. 348-50).

[154] Premièrement, les juges majoritaires de la Cour d'appel substituent à tort leur appréciation de la preuve à celle de la juge de première instance. Ils concluent que cette dernière se fonde sur [TRADUCTION] « des preuves anecdotiques [. . .] éclairées par son propre bon sens » (par. 311) pour conclure que la communication des intéressés est essentielle à la sécurité accrue des prostituées. Leur erreur est imputable à celle, mentionnée précédemment, de déférer trop peu aux conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs. Au nom des juges minoritaires, le juge MacPherson rétorque à juste titre que la preuve sur ce point est constituée à la fois de témoignages de prostituées et de témoignages d'experts, et qu'elle étaye solidement la conclusion tirée en première instance (par. 348-350).

[155] Second, the majority ignored the law's effect of displacing prostitutes to more secluded, less secure locations. The application judge highlighted this displacement (at para. 331), citing the evidence found in the report of the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights Subcommittee on Solicitation Laws (*The Challenge of Change: A Study of Canada's Criminal Prostitution Laws* (2006)) on the effects of s. 213(1)(*c*). The majority's conclusion that the application judge did not have a proper basis to

[155] Deuxièmement, les juges majoritaires font fi des conséquences que la disposition a eues sur les prostituées en les faisant migrer vers des lieux isolés et moins sûrs. La juge de première instance met cette migration en évidence (par. 331) et cite les éléments de preuve tirés du rapport du Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes (*Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada* (2006)) sur les effets de l'application de

conclude that face-to-face communication enhances safety may be explained in part by their failure to consider the impact of the provision on displacement.

[156] Related to this is the uncontested fact that the communication ban prevents street workers from bargaining for conditions that would materially reduce their risk, such as condom use and the use of safe houses.

[157] Finally, the majority of the Court of Appeal majority, in rejecting the application judge's conclusions, relied on its own speculative assessment of the impact of s. 213(1)(*c*):

> While it is fair to say that a street prostitute might be able to avoid a "bad date" by negotiating details such as payment, services to be performed and condom use up front, it is equally likely that the customer could pass muster at an early stage, only to turn violent once the transaction is underway. It is also possible that the prostitute may proceed even in the face of perceived danger, either because her judgment is impaired by drugs or alcohol, or because she is so desperate for money that she feels compelled to take the risk. [para. 312]

[158] It is certainly conceivable, as this passage suggests, that some street prostitutes would not refuse a client even if communication revealed potential danger. It is also conceivable that the danger may not be perfectly predicted in advance. However, that does not negate the application judge's finding that communication is an essential tool that can decrease risk. The assessment is qualitative, not quantitative. If screening could have prevented one woman from jumping into Robert Pickton's car, the severity of the harmful effects is established.

[159] In sum, the Court of Appeal wrongly attributed errors in reasoning to the application judge and made a number of errors in considering gross disproportionality. I would restore the application

l'al. 213(1)*c*). La conclusion des juges majoritaires suivant laquelle la juge ne disposait pas d'éléments suffisants pour conclure que la communication entre les intéressés accroît la sécurité des prostituées peut s'expliquer en partie par leur omission de tenir compte de l'effet de la disposition sur la migration des prostituées.

[156] À cela s'ajoute le fait incontesté que l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution empêche les prostituées de la rue de négocier des conditions susceptibles de réduire sensiblement le risque auquel elles s'exposent, telle l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr.

[157] Enfin, les juges majoritaires de la Cour d'appel s'appuient sur leur propre appréciation spéculative des répercussions de l'al. 213(1)*c*) pour écarter les conclusions tirées en première instance :

> [TRADUCTION] Bien qu'il soit juste de dire qu'une prostituée de la rue pourrait éviter les incidents malheureux en négociant à l'avance des modalités comme le paiement, les services à rendre et l'utilisation d'un condom, il est également possible que le client jugé acceptable à ce stade préalable devienne ensuite violent lorsque la prestation est en cours. Il est également possible que la prostituée décide d'aller de l'avant malgré le danger pressenti, soit parce que son jugement est altéré par la drogue ou l'alcool, soit parce qu'elle a tellement besoin d'argent qu'elle se sent obligée de courir le risque. [par. 312]

[158] Même si on peut assurément concevoir, comme l'indique cet extrait, qu'une prostituée de la rue ne refuse pas un client même lorsque la communication révèle l'existence d'un risque, il est également concevable que le risque ne puisse être totalement prévisible. Pour autant, la conclusion de la juge selon laquelle la communication entre les intéressés est essentielle à la réduction du risque demeure valable. L'appréciation est qualitative, non quantitative. À supposer que l'évaluation préalable ait pu empêcher une seule femme de monter à bord de la voiture de Robert Pickton, la gravité des effets préjudiciables est démontrée.

[159] En somme, la Cour d'appel relève à tort des erreurs dans le raisonnement de la juge de première instance et elle en commet plusieurs au chapitre de la proportionnalité. Je suis d'avis de rétablir la

judge's conclusion that s. 213(1)(*c*) is grossly disproportionate. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

C. *Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(b) of the Charter?*

[160] Having concluded that the impugned laws violate s. 7, it is unnecessary to consider this question.

D. *Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

[161] The appellant Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1 of the *Charter*. Only the Attorney General of Canada addressed this in his factum, and then, only briefly. I therefore find it unnecessary to engage in a full s. 1 analysis for each of the impugned provisions. However, some of their arguments under s. 7 of the *Charter* are properly addressed at this stage of the analysis.

[162] In particular, the Attorneys General attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships, which can be difficult to identify. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships.

conclusion de la juge selon laquelle l'al. 213(1)*c*) est totalement disproportionné. L'effet préjudiciable de cette disposition sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

C. *Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b) de la Charte?*

[160] Comme je conclus que les dispositions contestées violent le droit garanti à l'art. 7, point n'est besoin de se prononcer à cet égard.

D. *Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la Charte?*

[161] Les procureurs généraux appelants ne prétendent pas sérieusement que si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Seul le procureur général du Canada aborde le sujet dans son mémoire, et ce, brièvement. Il m'apparaît donc inutile de me livrer à une analyse exhaustive au regard de l'article premier pour chacune des dispositions attaquées. Par contre, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 de la *Charte* sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse.

[162] En particulier, les procureurs généraux tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation, lesquelles peuvent être difficiles à cerner. Or, la disposition vise non seulement le chauffeur ou le garde du corps, qui peut être en fait un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur l'effet préjudiciable qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie.

[163] The Attorneys General have not raised any other arguments distinct from those considered under s. 7. I therefore find that the impugned laws are not saved by s. 1 of the *Charter*.

V. Result and Remedy

[164] I would dismiss the appeals and allow the cross-appeal. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(*j*) and 213(1)(*c*) are declared to be inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and hence are void. The word "prostitution" is struck from the definition of "common bawdy-house" in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only.

[165] I have concluded that each of the challenged provisions, considered independently, suffers from constitutional infirmities that violate the *Charter*. That does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted. Prohibitions on keeping a bawdy-house, living on the avails of prostitution and communication related to prostitution are intertwined. They impact on each other. Greater latitude in one measure — for example, permitting prostitutes to obtain the assistance of security personnel — might impact on the constitutionality of another measure — for example, forbidding the nuisances associated with keeping a bawdy-house. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime.

[166] This raises the question of whether the declaration of invalidity should be suspended and if so, for how long.

[167] On the one hand, immediate invalidity would leave prostitution totally unregulated while Parliament grapples with the complex and sensitive problem of how to deal with it. How prostitution is regulated is a matter of great public concern, and few countries leave it entirely unregulated.

[163] Les procureurs généraux n'invoquent pas d'éléments distincts de ceux examinés au regard de l'art. 7. Je conclus donc que les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*.

V. Dispositif et réparation

[164] Je suis d'avis de rejeter les pourvois et d'accueillir le pourvoi incident. L'article 210, en ce qui concerne la prostitution, et les al. 212(1)*j*) et 213(1)*c*) sont déclarés incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont par conséquent invalidés. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l'art. 210 uniquement.

[165] Je conclus que, considérée isolément, chacune des dispositions contestées comporte des failles constitutionnelles qui portent atteinte à la *Charte*. Il ne s'ensuit pas que le législateur ne peut décider des lieux et des modalités de la prostitution. L'interdiction de tenir une maison de débauche, celle de s'adonner au proxénétisme et celle de communiquer aux fins de prostitution s'entremêlent. Chacune a une incidence sur l'autre. Atténuer l'une d'elles — par exemple en permettant aux prostituées de retenir les services de préposés à leur sécurité — peut influer sur la constitutionnalité de l'autre, comme celle des nuisances associées à la tenue d'une maison de débauche. L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel.

[166] La question se pose alors de savoir s'il doit y avoir invalidation avec effet suspensif et, dans l'affirmative, quelle doit être la durée de cet effet.

[167] L'invalidité avec effet immédiat ferait en sorte que la prostitution échappe à toute réglementation le temps que le législateur trouve une solution au problème épineux et délicat de l'encadrement de la prostitution. La question revêt un intérêt public considérable, et peu de pays s'abstiennent de toute

Whether immediate invalidity would pose a danger to the public or imperil the rule of law (the factors for suspension referred to in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679) may be subject to debate. However, it is clear that moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians.

[168] On the other hand, leaving the prohibitions against bawdy-houses, living on the avails of prostitution and public communication for purposes of prostitution in place in their present form leaves prostitutes at increased risk for the time of the suspension — risks which violate their constitutional right to security of the person.

[169] The choice between suspending the declaration of invalidity and allowing it to take immediate effect is not an easy one. Neither alternative is without difficulty. However, considering all the interests at stake, I conclude that the declaration of invalidity should be suspended for one year.

Appeals dismissed and cross-appeal allowed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society: Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay,

réglementation en la matière. Il peut y avoir controverse quant à savoir si l'invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit (les facteurs favorables à la suspension invoqués dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679). Cependant, il est clair que passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens.

[168] Par contre, laisser s'appliquer dans leur forme actuelle l'interdiction des maisons de débauche, celle du proxénétisme et celle de la communication en public aux fins de prostitution exposerait les prostituées à un risque accru durant la suspension, un risque qui porte atteinte à leur droit constitutionnel à la sécurité de la personne.

[169] Il n'est pas facile de choisir entre l'invalidation avec effet suspensif ou immédiat. L'une et l'autre des mesures comportent des inconvénients. Toutefois, au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, je conclus à la nécessité de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident : Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Procureurs des intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society : Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver;

Vancouver; Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Evangelical Fellowship of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel and the Vancouver Rape Relief Society: University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Solicitors for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Solicitors for the intervener the Simone de Beauvoir Institute: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Alliance évangélique du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society : University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution: Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Solicitor for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution : Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Cinar Corporation and Les Films Cinar inc. *Appellants*

v.

Claude Robinson and Les Productions Nilem inc. *Respondents*

and

France Animation S.A., Christophe Izard, Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment AG, Christian Davin, Ronald A. Weinberg, Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest, BBC Worldwide Television, Theresa Plummer-Andrews, Hélène Charest, McRaw Holdings Inc., Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB, 3918203 Canada Inc. and Music Canada *Interveners*

- and -

Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest *Appellants*

v.

Claude Robinson and Les Productions Nilem inc. *Respondents*

and

Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment AG, Cinar Corporation, Les Films Cinar inc., Christian Davin, BBC Worldwide Television, Theresa Plummer-Andrews,

Cinar Corporation et Les Films Cinar inc. *Appelantes*

c.

Claude Robinson et Les Productions Nilem inc. *Intimés*

et

France Animation S.A., Christophe Izard, Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment AG, Christian Davin, Ronald A. Weinberg, Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest, BBC Worldwide Television, Theresa Plummer-Andrews, Hélène Charest, McRaw Holdings Inc., Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB, 3918203 Canada Inc. et Music Canada *Intervenants*

- et -

Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest *Appelants*

c.

Claude Robinson et Les Productions Nilem inc. *Intimés*

et

Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment AG, Cinar Corporation, Les Films Cinar inc., Christian Davin, BBC Worldwide Television, Theresa Plummer-Andrews,

Hélène Charest, McRaw Holdings Inc., Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB, 3918203 Canada Inc. and Music Canada *Interveners*

- and -

Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG *Appellants*

v.

Claude Robinson and Les Productions Nilem inc. *Respondents*

and

Les Films Cinar inc., Cinar Corporation, Ronald A. Weinberg, Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest and Music Canada *Interveners*

- and -

Claude Robinson and Les Productions Nilem inc. *Appellants*

v.

France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH, Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB, RTV Family Entertainment AG, Christian Davin, Christophe Izard, Les Films Cinar inc., Cinar Corporation, 3918203 Canada Inc., Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest *Respondents*

Hélène Charest, McRaw Holdings Inc., Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB, 3918203 Canada Inc. et Music Canada *Intervenants*

- et -

Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG *Appelants*

c.

Claude Robinson et Les Productions Nilem inc. *Intimés*

et

Les Films Cinar inc., Cinar Corporation, Ronald A. Weinberg, Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest et Music Canada *Intervenants*

- et -

Claude Robinson et Les Productions Nilem inc. *Appelants*

c.

France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH, Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB, RTV Family Entertainment AG, Christian Davin, Christophe Izard, Les Films Cinar inc., Cinar Corporation, 3918203 Canada Inc., Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest *Intimés*

and

Music Canada *Intervener*

INDEXED AS: CINAR CORPORATION *v.* ROBINSON

2013 SCC 73

File Nos.: 34466, 34467, 34468, 34469.

2013: February 13; 2013: December 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Intellectual property — Copyright — Infringement — Reproduction of a substantial part of an original work — Whether trial judge failed to follow correct approach in assessing whether a "substantial part" of a work was reproduced — Whether trial judge failed to give sufficient weight to differences between works at issue — Whether trial judge erred in finding that features of original work are protected by the Copyright Act — Whether trial judge erred by relying on inadmissible expert evidence.

Intellectual property — Copyright — Infringement — Damages — Quantum — Disgorgement of profits — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of profits — Whether liability for disgorgement of profits may be imposed on a solidary basis — Whether Andrews trilogy cap applies to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of punitive damages — Whether punitive damages may be awarded on a solidary basis — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 35 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

R spent years developing an educational children's television show, "The Adventures of Robinson Curiosity" ("*Curiosity*"). R drew his inspiration from Daniel Defoe's novel *Robinson Crusoe*, as well as from his own life experiences. He developed characters, drew detailed sketches and storyboards, wrote scripts and synopses,

et

Music Canada *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : CINAR CORPORATION *c.* ROBINSON

2013 CSC 73

N[os] du greffe : 34466, 34467, 34468, 34469.

2013 : 13 février; 2013 : 23 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale — Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d'une œuvre avait été reproduite? — Le juge de première instance a-t-il omis d'accorder suffisamment de poids aux différences entre les œuvres en cause? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de l'œuvre originale sont protégés par la Loi sur le droit d'auteur? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d'expert inadmissible?

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Dommages-intérêts — Quantum — Restitution des profits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des profits faite par le juge de première instance? — La responsabilité quant à la restitution des profits peut-elle être solidaire? — Le plafond fixé dans la trilogie Andrews s'applique-t-il aux dommages-intérêts non pécuniaires ne découlant pas d'un préjudice corporel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance? — Des dommages-intérêts punitifs peuvent-ils être octroyés sur une base solidaire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 35 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

R a passé des années à créer une série télévisée éducative pour enfants, *Les aventures de Robinson Curiosité* (« *Curiosité* »). Pour ce faire, il s'est inspiré du roman *Robinson Crusoé* de Daniel Defoe, ainsi que de son propre vécu. Il a créé des personnages, dessiné des croquis détaillés, élaboré des *story-boards*, écrit des scénarios

and designed promotional materials for his *Curiosity* project.

From 1985 to 1987, R and his company, Les Productions Nilem inc. ("Nilem"), undertook various initiatives to get the *Curiosity* project developed. In so doing, R gave a copy of his *Curiosity* work to W and C, who were directors and officers of Cinar Corporation ("Cinar"). During this same period, a presentation on *Curiosity* was given to I, a French creator of children's television shows. Despite the various efforts undertaken by R and his partners, the project failed to attract investors and stalled.

R shelved his project, but did not forget about it. On September 8, 1995, R watched on television the first episode of a new children's television show, "Robinson Sucroë" ("*Sucroë*"). He was stunned to see that *Sucroë*, as he perceived it, was a blatant copy of *Curiosity*. R subsequently discovered that several parties who had been given access to his *Curiosity* project, namely Cinar, W, C and I, were also involved in the production of *Sucroë*.

R and Nilem commenced an action for copyright infringement against Cinar, W, C, and I, and various coproducers and distributors of *Sucroë*.

The trial judge concluded that R's *Curiosity* was an original work protected by copyright, that the creators of *Sucroë* had copied *Curiosity*, and that the features reproduced in *Sucroë* represented a substantial part of *Curiosity*. He found that Cinar, W, C, I, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG (collectively the "Cinar appellants") were liable for infringement of copyright. He also held D, the chief executive officer of France Animation at the relevant time, personally liable for the infringement. Finally, the trial judge found that Cinar, W, and C were extra-contractually liable towards R and Nilem for having violated their obligations of good faith and of loyalty.

The trial judge awarded damages on a solidary basis (the equivalent of "joint and several" liability in the common law) and costs in the amount of $5,224,293: $607,489 in compensatory damages for R's pecuniary losses stemming from the infringement; $1,716,804 to disgorge the profits earned as a result of the infringement; $400,000 for the psychological harm suffered by R; $1,000,000 in punitive damages; and $1,500,000 for costs on a solicitor-client basis.

ainsi que des synopsis et conçu du matériel promotionnel pour son projet *Curiosité*.

De 1985 à 1987, R et son entreprise, Les Productions Nilem inc. (« Nilem »), ont entrepris plusieurs démarches dans le but de faire avancer le projet *Curiosité*. Ce faisant, R a donné une copie de l'œuvre *Curiosité* aux administrateurs et dirigeants de Corporation Cinar (« Cinar »), W et C. Pendant la même période, une présentation du projet *Curiosité* a été faite à I, un créateur français de séries télévisées pour enfants. Malgré les efforts de R et de ses partenaires, le projet n'a pas attiré d'investisseurs et a stagné.

R a mis son projet de côté, sans pour autant l'oublier. Le 8 septembre 1995, il a regardé à la télévision le premier épisode d'une nouvelle série pour enfants : *Robinson Sucroë* (« *Sucroë* »). Il a constaté avec stupéfaction que *Sucroë* était, à ses yeux, manifestement une copie de *Curiosité*. R a par la suite appris que plusieurs parties ayant eu accès au projet *Curiosité*, à savoir Cinar, W, C et I, avaient aussi participé à la production de *Sucroë*.

R et Nilem ont intenté une action pour violation du droit d'auteur contre Cinar, W, C et I de même que contre plusieurs coproducteurs et distributeurs de *Sucroë*.

Le juge de première instance a conclu que l'œuvre *Curiosité* de R était une œuvre originale protégée par le droit d'auteur, que les créateurs de *Sucroë* avaient copié *Curiosité* et que les caractéristiques reprises dans *Sucroë* constituaient une partie importante de *Curiosité*. Il a jugé que Cinar, W, C, I, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG (désignés collectivement les « appelants Cinar ») étaient responsables pour la violation du droit d'auteur. Il a également tenu D, le président-directeur général de France Animation à l'époque pertinente, personnellement responsable de la violation. Enfin, le juge de première instance a conclu que Cinar, W et C étaient responsables sur le plan extracontractuel, envers R et Nilem, du manquement à leurs obligations de bonne foi et de loyauté.

Le juge de première instance a condamné les défendeurs à payer 5 224 293 $ solidairement à titre de dommages-intérêts et d'honoraires extrajudiciaires. De ce montant, 607 489 $ ont été octroyés à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par R par suite de la violation du droit d'auteur, 1 716 804 $ pour la restitution des profits générés par suite de la contrefaçon, 400 000 $ pour le préjudice psychologique subi par R, 1 000 000 $ à titre de dommages-intérêts punitifs et 1 500 000 $ à titre d'honoraires extrajudiciaires.

The Court of Appeal upheld the trial judge's findings on infringement. It confirmed the trial judge's findings of personal liability for copyright infringement, except for D, against whom the evidence was insufficient in its view.

The Court of Appeal also upheld the trial judge's award of compensatory damages for R's pecuniary losses, subject to a minor mathematical correction. It rejected the trial judge's order for disgorgement of profits against W, C and I because those profits were retained by corporations. It also ordered disgorgement on a joint basis (the equivalent of "several" liability in the common law) rather than solidarily. In addition, the Court of Appeal excluded amounts incorrectly included by the trial judge in the calculation of profits, reducing the amount to be disgorged.

The Court of Appeal held that the cap established in the *Andrews* trilogy was applicable to the award for psychological suffering and reduced the award to $121,350, which represents 50 percent of the cap's value at the date of the summons.

In addition, the Court of Appeal reduced the award for punitive damages from $1,000,000 to $250,000, on the ground that punitive damages in Quebec must be moderate, and held that they could not be awarded on a solidary basis. It held Cinar liable for $100,000 in punitive damages, and each of W, C and I liable for $50,000. It also affirmed the trial judge's award of $1,500,000 for costs on a solicitor-client basis, but declined to award additional costs on a solicitor-client basis for the appeal.

Four appeals have been brought from the Court of Appeal's judgment (in files 34466, 34467, 34468, and 34469). The Cinar appellants appeal the finding of liability for infringement (in files 34466, 34467 and 34468). R and Nilem appeal the reduction in damages and disgorgement of profits ordered by the Court of Appeal (in file 34469).

Held: The appeals in files 34466, 34467 and 34468 should be dismissed, and the appeal in file 34469 should be allowed in part.

The need to strike an appropriate balance between giving protection to the skill and judgment exercised by authors in the expression of their ideas, on the one hand, and leaving ideas and elements from the public

La Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance sur la violation du droit d'auteur. Elle a également confirmé ses conclusions sur la responsabilité personnelle à l'égard de la violation du droit d'auteur, sauf en ce qui concerne D, contre qui, à son avis, la preuve était insuffisante.

La Cour d'appel a confirmé l'octroi par le juge de première instance de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par R, sous réserve d'une correction mathématique mineure. Elle a rejeté l'ordonnance du juge de première instance selon laquelle W, C et I étaient tenus de restituer les profits parce que ce sont des sociétés qui les avaient réalisés, et elle a ordonné la restitution des profits en question sur une base conjointe plutôt que solidaire. La Cour d'appel a aussi exclu des sommes qui avaient été incluses à tort par le juge de première instance dans le calcul des profits, réduisant ainsi le montant des profits à restituer.

La Cour d'appel a conclu que le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* s'appliquait à l'octroi de dommages-intérêts pour le préjudice psychologique subi et a réduit ces derniers à 121 350 $, ce qui représente 50 p. 100 du plafond à la date de l'assignation.

En outre, la Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs de 1 000 000 $ à 250 000 $ au motif que les dommages-intérêts punitifs au Québec doivent être octroyés avec modération. Elle a conclu que ces dommages-intérêts ne pouvaient être octroyés sur une base solidaire. Enfin, elle a condamné Cinar à verser 100 000 $ en dommages-intérêts punitifs, puis W, C et I à en verser 50 000 $ chacun. Elle a aussi confirmé la décision du juge de première instance d'accorder 1 500 000 $ en honoraires extrajudiciaires, mais a refusé d'en accorder pour l'appel.

Quatre appels ont été interjetés contre la décision de la Cour d'appel (dans les dossiers 34466, 34467, 34468 et 34469). Les appelants Cinar contestent la conclusion de responsabilité pour la violation du droit d'auteur (dans les dossiers 34466, 34467 et 34468). R et Nilem interjettent appel de la décision de la Cour d'appel quant à la réduction des dommages-intérêts et la restitution des profits (dans le dossier 34469).

Arrêt : Les pourvois interjetés dans les dossiers 34466, 34467 et 34468 sont rejetés, et le pourvoi dans le dossier 34469 est accueilli en partie.

La nécessité d'établir un juste équilibre entre, d'une part, la protection du talent et du jugement qu'ont exercés les auteurs dans l'expression de leurs idées et, d'autre part, le fait de laisser des idées et des éléments relever

domain free for all to draw upon, on the other, forms the background against which the arguments of the parties must be considered.

In the present case, the trial judge found that the Cinar appellants copied a number of features from R's *Curiosity* and that, considered as a whole, the copied features constituted a substantial part of R's work. The Cinar appellants argue that instead of applying a holistic approach, the trial judge should have applied a three-step approach requiring him to (1) determine what elements of *Curiosity* were original, within the meaning of the *Copyright Act*; (2) exclude non-protectable features of R's work (such as ideas, elements drawn from the public domain, and generic elements commonplace in children's television shows); and (3) compare what remains of *Curiosity* after this "weeding-out" process to *Sucroë*, and determine whether a substantial part of *Curiosity* was reproduced.

As a general matter, it is important to not conduct the substantiality analysis by dealing with the copied features piecemeal. The approach proposed by the Cinar appellants would risk dissecting R's work into its component parts. The "abstraction" of R's work to the essence of what makes it original and the exclusion of non-protectable elements *at the outset of the analysis* would prevent a truly holistic assessment. This approach focuses unduly on whether each of the parts of R's work is *individually* original and protected by copyright law. Rather, the cumulative effect of the features copied from the work must be considered, to determine whether those features amount to a substantial part of R's skill and judgment expressed in his work as a whole. The trial judge accordingly did not err by failing to follow the three-step approach advocated by the Cinar appellants.

Likewise, the trial judge did not err by engaging in a qualitative and holistic assessment of the similarities between the works, which took into account the relevant similarities and differences between the works. The question of whether there has been substantial copying focuses on whether the copied features constitute a substantial part *of the plaintiff's work* — not whether they amount to a substantial part *of the defendant's work*. The alteration of copied features or their integration into a work that is notably different from the plaintiff's work

du domaine public afin que tous puissent s'en inspirer forme le contexte en fonction duquel il faut examiner les arguments des parties.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que les appelants Cinar avaient reproduit un certain nombre de caractéristiques de l'œuvre *Curiosité* de R, et que, prises dans leur ensemble, les caractéristiques reproduites constituaient une partie importante de l'œuvre de R. Les appelants Cinar prétendent qu'au lieu d'employer une démarche globale, le juge aurait dû adopter une démarche en trois étapes l'obligeant (1) à déterminer quels éléments de *Curiosité* sont « originaux », au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*; (2) à exclure les caractéristiques de l'œuvre de R qui ne peuvent être protégées (comme les idées, les éléments qui relèvent du domaine public et les éléments génériques qui se retrouvent couramment dans les séries télévisées pour enfants); et (3) à comparer *Sucroë* avec ce qui serait resté de *Curiosité* après ce processus d'élimination puis à juger si une partie importante de cette dernière avait été reproduite.

En général, il importe de ne pas analyser l'importance des caractéristiques reproduites en les examinant chacune isolément. Si elle était retenue, l'approche proposée par les appelants Cinar risquerait de mener à la dissection de l'œuvre de R en ses éléments constitutifs. L'« abstraction » qui consisterait à réduire l'œuvre de R à l'essence même de ce qui la rend originale et l'exclusion des éléments non susceptibles d'être protégés *dès le début de l'analyse* aurait pour effet d'empêcher le juge d'effectuer une évaluation réellement globale. Cette approche mettrait indûment l'accent sur la question de savoir si chacune des parties de l'œuvre de R, prise *individuellement*, est originale et protégée par la législation sur le droit d'auteur. Il faut plutôt examiner l'effet cumulatif des caractéristiques reproduites de l'œuvre afin de décider si elles constituent une partie importante du talent et du jugement dont a fait preuve R dans l'ensemble de son œuvre. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur en omettant de suivre la démarche en trois étapes préconisée par les appelants Cinar.

De même, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en procédant à une évaluation qualitative et globale des similitudes entre les œuvres en tenant compte des ressemblances et des différences pertinentes. Pour décider si une partie importante de l'œuvre a été reproduite, il faut s'attacher à déterminer si les caractéristiques reprises constituent une partie importante *de l'œuvre du demandeur*, et non *de celle du défendeur*. Le fait de modifier certaines caractéristiques reproduites ou de les intégrer dans une œuvre qui est considérablement

does not necessarily preclude a claim that a substantial part of a work has been copied.

In essence, the aspects of the trial judge's reasons that the Cinar appellants take issue with are findings of mixed fact and law. They invite this Court to embark on a fresh assessment of the features copied from *Curiosity*. However, they have failed to demonstrate palpable or overriding errors in the trial judge's findings on substantiality.

The Cinar appellants further argue that the trial judge based the bulk of his findings on the issue of substantial copying on inadmissible expert evidence. For expert evidence to be admitted at trial, it must (a) be relevant; (b) be necessary to assist the trier of fact; (c) not offend any exclusionary rule; and (d) involve a properly qualified expert. These criteria apply to trials for copyright infringement, as they do in other intellectual property cases.

The Cinar appellants argue that the second criterion — necessity of the evidence — is not met in the case at hand. The expert evidence was not necessary to assist the court, they say, because the question of whether a substantial part has been copied must be assessed from the perspective of the lay person in the intended audience for the works at issue.

The perspective of the lay person in the intended audience for the works at issue is a useful one. It has the merit of keeping the analysis of similarities concrete and grounded in the works themselves, rather than in esoteric theories about the works. However, the question always remains whether a substantial part of the plaintiff's work was copied. This question should be answered from the perspective of a person whose senses and knowledge allow him or her to fully assess and appreciate all relevant aspects — patent and latent — of the works at issue. In some cases, it may be necessary to go beyond the perspective of a lay person in the intended audience for the work, and to call upon an expert to place the trial judge in the shoes of someone reasonably versed in the relevant art or technology. In the present case, the necessity criterion of the test for the admissibility of expert evidence is satisfied.

différente de celle du demandeur n'a pas nécessairement pour effet d'écarter la prétention selon laquelle une partie importante d'une œuvre a été reproduite.

En fait, les appelants Cinar contestent essentiellement des conclusions mixtes de fait et de droit que le juge de première instance a tirées dans ses motifs. Ils invitent la Cour à procéder à une nouvelle évaluation des caractéristiques reproduites de *Curiosité*. Cependant, ils n'ont pas prouvé que les conclusions du juge de première instance relatives à l'importance de la partie reproduite de l'œuvre sont entachées d'erreurs manifestes ou dominantes.

Les appelants Cinar soutiennent également que le juge de première instance a fondé la majeure partie de ses conclusions relatives à la reproduction d'une partie importante de l'œuvre sur le témoignage inadmissible d'un expert. Pour que la preuve d'expert soit admise au procès, elle doit a) être pertinente; b) se révéler nécessaire pour aider le juge des faits; c) ne pas contrevenir à une règle d'exclusion; et d) être présentée par un expert suffisamment qualifié. Ces critères s'appliquent tant aux procès pour violation du droit d'auteur qu'aux autres affaires de propriété intellectuelle.

Les appelants Cinar soutiennent que, en l'espèce, il n'a pas été satisfait au deuxième critère — la nécessité de la preuve. Selon eux, la preuve d'expert n'était pas nécessaire pour aider la cour parce que la question de savoir si une partie importante d'une œuvre a été reproduite doit être évaluée du point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question.

Il est utile de connaître le point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question. La connaissance de ce point de vue présente un avantage, soit que l'analyse des similitudes demeure concrète et fondée sur les œuvres elles-mêmes plutôt que sur des théories ésotériques à propos des œuvres. Cependant, la question reste celle de savoir si une partie importante de l'œuvre du demandeur a été reproduite et il faut répondre à cette question du point de vue d'une personne dont le jugement et les connaissances lui permettent d'évaluer et d'apprécier pleinement tous les aspects pertinents — apparents ou latents — des œuvres en question. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas s'en tenir au point de vue d'un profane faisant partie de l'auditoire visé par l'œuvre et de demander à un expert d'éclairer le juge de première instance de manière à ce que celui-ci soit en mesure de poser sur les œuvres le regard d'une personne raisonnablement versée dans l'art ou la technologie en cause. En l'espèce, il a été satisfait au critère de nécessité du test applicable pour juger de l'admissibilité d'un témoignage d'expert.

With respect to damages, R and Nilem seek *inter alia* to have the trial judge's entire award of profits reinstated. Regarding profits from the *Sucroë* soundtrack, they argue that there is a causal link between the infringement and the profits derived from the soundtrack and that the trial judge therefore correctly included them as part of his award of profits. The apportionment of profits between infringing and non-infringing components of a work is essentially a factual determination which is subject to judicial discretion. An appellate court may only disturb the trial judge's findings on apportionment if there are errors of law or palpable and overriding errors of fact. The trial judge did not make a reviewable error in concluding that it was inappropriate to apportion profits to the soundtrack as a non-infringing component of the work. The Court of Appeal accordingly erred by interfering with the trial judge's conclusion in this regard.

En ce qui concerne les dommages-intérêts, R et Nilem demandent notamment le rétablissement de la restitution des profits ordonnée par le juge de première instance. Relativement aux profits provenant de la trame sonore de *Sucroë*, ils prétendent qu'il existe un lien de causalité entre la contrefaçon et ces profits, et que le juge de première instance a donc inclus ceux-ci à bon droit dans la restitution accordée. La répartition des profits entre les composantes d'une œuvre qui violent le droit d'auteur et celles qui ne le violent pas est essentiellement une décision factuelle qui relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal. La cour d'appel ne peut modifier les conclusions du juge de première instance sur la répartition des profits que si ce dernier a commis une erreur de droit ou une erreur de fait manifeste et dominante. Le juge de première instance n'a pas commis une erreur susceptible de révision en concluant qu'il était inopportun de répartir les profits attribuables à la trame sonore en considérant celle-ci comme une composante de l'œuvre ne violant pas le droit d'auteur. La Cour d'appel a donc commis une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance à cet égard.

As for the trial judge's characterization of the payment from Ravensburger Film + TV GmbH to France Animation S.A. as revenue, there is agreement with the Court of Appeal that this characterization constitutes a palpable and overriding error and that this amount should be removed from the revenues taken into account when calculating the profits generated by *Sucroë*. However, in connection with the characterization of the payment due by Cinar to a partnership called Jaffa Road as revenue, the trial judge did not err in this regard and this amount should not be deducted as an expense when calculating the profits from *Sucroë*.

Quant au fait que le juge de première instance a qualifié de revenu la somme versée par Ravensburger Film + TV GmbH à France Animation S.A., la Cour d'appel a eu raison d'affirmer qu'il s'agit là d'une erreur manifeste et dominante et que cette somme devrait être soustraite des revenus pris en considération dans le calcul des profits générés par *Sucroë*. Toutefois, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en qualifiant de revenu la somme due par Cinar à une société de personnes nommée Jaffa Road, et il n'y a pas lieu de soustraire cette somme à titre de dépense du calcul des profits provenant de *Sucroë*.

On the issue of liability for disgorgement of profits under the *Copyright Act*, the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge erred in ordering disgorgement against all infringers on a solidary basis. Section 35 of the *Copyright Act* provides a dual remedy for copyright infringement: damages for the plaintiff's losses and disgorgement of the profits retained by the defendant. The latter is not intended to compensate the plaintiff and is not subject to the principles that govern general damages awarded under Quebec's law of extra-contractual liability, whose aim is compensatory. Disgorgement under s. 35 of the *Copyright Act* goes no further than is necessary to prevent each individual defendant from retaining a wrongful gain. Defendants cannot be held liable for the gains of co-defendants by imposing liability for disgorgement on a solidary basis. For the same reasons, W, C, and I are not personally liable to disgorge profits.

S'agissant de la responsabilité relativement à la restitution des profits sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge de première instance avait commis une erreur en condamnant tous les contrefacteurs à restituer solidairement les profits. L'article 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* offre deux remèdes pour la violation du droit d'auteur : des dommages-intérêts pour les pertes subies par le demandeur et la restitution des profits réalisés par le défendeur. La raison d'être de cette restitution n'est pas d'indemniser le demandeur et elle n'est pas assujettie aux principes qui régissent les dommages-intérêts généraux octroyés en vertu du droit québécois de la responsabilité extracontractuelle, qui visent un but compensatoire. La restitution des profits prévue à l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* se limite à ce qui est nécessaire pour empêcher chaque défendeur de conserver des

In addition, the Court of Appeal's apportionment with respect to the disgorgement of profits should be maintained.

In connection with non-pecuniary damages, and in particular whether the *Andrews* trilogy cap should be applied in the present case, the scope of application of the cap beyond non-pecuniary damages stemming from bodily injury should not be extended. Furthermore, R's non-pecuniary damages cannot be characterized as stemming from bodily injury, within the meaning of art. 1607 of the *Civil Code of Québec*. It is more appropriate to characterize R's psychological suffering as a non-pecuniary damage stemming from *material* injury. Indeed, the infringement of copyright was a breach of R's property rights. It is the initial breach, rather than the consequences flowing from that breach, which serves to characterize the type of injury suffered. The Court of Appeal accordingly erred in applying the *Andrews* trilogy cap in the present case.

In terms of assessing quantum for this injury, there is agreement with the trial judge that R's non-pecuniary damages are analogous to those claimed by a victim of defamation. The trial judge had the advantage of observing R in court over a long period of time and was well placed to conduct a personalized evaluation of his non-pecuniary damages. He made no palpable and overriding error in his assessment of R's non-pecuniary damages.

As regards punitive damages, they cannot be awarded on a solidary basis. This Court has recognized that the punitive damages regime under the *Charter* is autonomous from the extra-contractual civil liability regime established under the *Civil Code of Québec*. Article 1526 of the *Civil Code of Québec* applies to extra-contractual fault causing injury and cannot ground the solidarity of punitive damages awarded under the *Charter*. Furthermore, awarding punitive damages on a solidary basis would be inconsistent with the principles set forth in art. 1621 of the *Civil Code of Québec*, which expressly requires that the objectives of punitive damages — prevention, deterrence (both specific and general), and denunciation of acts that are particularly reprehensible in

gains illicites. On ne saurait donc tenir un défendeur responsable des gains des codéfendeurs en lui imposant l'obligation de restituer solidairement les profits. Pour les mêmes raisons, W, C et I ne sont pas personnellement dans l'obligation de restituer les profits. En outre, il y a lieu de maintenir la répartition fixée par la Cour d'appel quant à la restitution des profits.

En ce qui concerne les dommages-intérêts non pécuniaires, et plus particulièrement la question de savoir s'il convient d'appliquer le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* en l'espèce, il est conclu qu'il n'y a pas lieu d'étendre l'application de ce plafond au-delà des dommages-intérêts non pécuniaires découlant d'un préjudice corporel. De plus, on ne peut pas dire que le préjudice non pécuniaire subi par R découle d'un préjudice corporel au sens de l'art. 1607 du *Code civil du Québec*. Il convient davantage de qualifier les souffrances psychologiques subies par R de préjudice non pécuniaire découlant d'un préjudice *matériel*. De fait, la violation du droit d'auteur constituait une violation des droits de propriété de R. C'est la violation initiale, plutôt que les conséquences de cette violation, qui sert de fondement pour décider du type de préjudice subi. La Cour d'appel a donc commis une erreur en appliquant le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit de déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder pour le préjudice subi en l'espèce, le juge de première instance a eu raison d'affirmer que le préjudice non pécuniaire de R est semblable à celui invoqué par une victime de diffamation. Le juge de première instance a eu l'occasion d'observer R en salle d'audience sur une longue période et il était bien placé pour procéder à une évaluation personnalisée de son préjudice non pécuniaire. Il n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son évaluation des dommages-intérêts non pécuniaires.

En ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs, ils ne peuvent être attribués sur une base solidaire. La Cour a reconnu l'autonomie du régime de dommages-intérêts punitifs de la *Charte* par rapport au régime de responsabilité civile extracontractuelle établi dans le *Code civil du Québec*. L'article 1526 du *Code civil du Québec* s'applique à la faute extracontractuelle qui entraîne un préjudice et ne peut servir de fondement à la solidarité des dommages-intérêts punitifs attribués en vertu de la *Charte*. De plus, l'attribution des dommages-intérêts sur une base solidaire serait incompatible avec les principes énoncés à l'art. 1621 du *Code civil du Québec*, qui impose expressément la prise en compte des objectifs des dommages-intérêts punitifs — la prévention,

the opinion of the justice system — be taken into account when awarding them. Both the objectives of punitive damages and the factors relevant to assessing them suggest that awards of punitive damages must be individually tailored to each defendant against whom they are ordered. This requirement of individualization militates against awarding punitive damages on a solidary basis.

In addition, the Court of Appeal was correct to reassess the quantum of punitive damages, although it did not give sufficient weight to the gravity of the conduct in this case. Indeed, Cinar, W, C, and I consistently and contemptuously denied having access to R's work, and disparaged R's claims that they had copied his work. The impact of this conduct on R was equally serious. It deprived him not only of a source of revenue, but also of his sense of proprietorship over a project that had deep personal significance for him. This said, punitive damages must be awarded with restraint. Article 1621 of the *Civil Code of Québec* expressly provides that the award of punitive damages "may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose". An amount of $500,000 reaches an appropriate balance between the overarching principle of restraint that governs these damages, on the one hand, and the need to deter conduct of this gravity, on the other. The Court of Appeal held Cinar liable for two-fifths of the amount of punitive damages, and each of W, C, and I liable for one-fifth, and this represents a reasonable apportionment in the circumstances.

Cases Cited

Distinguished: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; **referred to:** *Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1940] S.C.R. 218; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465; *Designers Guild Ltd. v. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2001] 1 All E.R.

la dissuasion (particulière et générale) et la dénonciation des actes qui sont particulièrement répréhensibles dans l'opinion de la justice. Les objectifs des dommages-intérêts punitifs et les facteurs pertinents pour les apprécier donnent à penser que ces dommages-intérêts doivent être adaptés à chaque défendeur condamné à les payer, ce qui milite contre leur attribution sur une base solidaire.

Par ailleurs, la Cour d'appel a eu raison de réévaluer le montant des dommages-intérêts punitifs, mais elle n'a pas accordé suffisamment d'importance à la gravité du comportement en l'espèce. En effet, Cinar, W, C et I ont constamment nié avoir eu accès à l'œuvre de R et décrié avec mépris les allégations de R selon lesquelles ils avaient reproduit son œuvre. Les conséquences de ce comportement pour R sont tout aussi graves. Ce dernier a non seulement été privé d'une source de revenus, mais aussi de son sentiment de paternité et de contrôle sur un projet auquel il attribuait une valeur presque indicible. Cela dit, les dommages-intérêts punitifs doivent être accordés avec retenue. L'article 1621 du *Code civil du Québec* prévoit expressément que les dommages-intérêts punitifs « ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». Le montant de 500 000 $ atteint un juste équilibre entre, d'une part, le principe de modération qui régit ces dommages-intérêts et, d'autre part, la nécessité de décourager un comportement de cette gravité. La Cour d'appel a condamné Cinar à payer les deux cinquièmes des dommages-intérêts punitifs, et W, C et I, à en payer un cinquième chacun, ce qui représente une répartition raisonnable dans les circonstances.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; **arrêts mentionnés :** *Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1940] R.C.S. 218; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465; *Designers Guild Ltd. c.*

700; *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (1930); *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Baigent v. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24; *Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339; *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (1992); *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. v. Favreau* (1999), 177 D.L.R. (4th) 568, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xi; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242, aff'd (1993), 53 C.P.R. (3d) 407; *Arbique v. Gabriele*, [1998] J.Q. nº 3794 (QL), aff'd 2003 CanLII 16298; *Mentmore Manufacturing Co. v. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (1939); *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Landry v. Audet*, 2011 QCCA 535 (CanLII), leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. v; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. v. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872; *Société Radio-Canada v. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.*, [2002] R.J.Q. 2639, aff'd 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95; *Construction Denis Desjardins inc. v. Jeanson*, 2010 QCCA 1287 (CanLII); *Markarian v. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314 (CanLII); *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 4, 6, 49.

Russell Williams (Textiles) Ltd., [2001] 1 All E.R. 700; *Nichols c. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (1930); *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Baigent c. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24; *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339; *Computer Associates International, Inc. c. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (1992); *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1939, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xi; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242, conf. par (1993), 53 C.P.R. (3d) 407; *Arbique c. Gabriele*, [1998] J.Q. nº 3794 (QL), conf. par 2003 CanLII 16298; *Mentmore Manufacturing Co. c. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Sheldon c. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (1939); *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [2001] 2 C.F. 618; *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Landry c. Audet*, 2011 QCCA 535, [2011] R.J.Q. 570, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. v; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. c. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872; *Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.*, [2002] R.J.Q. 2639, conf. par 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95; *Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287, [2010] R.J.Q. 1600; *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314, [2006] R.J.Q. 2851; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 4, 6, 49.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1525, 1526, 1607, 1618, 1619, 1621, 2846, 2849.

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "infringing", 3, 5, 27(1), 34 [am. 2012, c. 20, s. 43], 34.1, 35.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.

Clermont, Benoît. "Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur*: leur protection et leur création" (2006), 18 *C.P.I.* 219.

Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.

Gardner, Daniel. "Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations" (2012), 114 *R. du N.* 63.

Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.

Karim, Vincent. *Les obligations*, 3e éd., vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal: Thémis, 2012.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2013, release 4).

Tarantino, Bob. "'I've Got This Great Idea for a Show. . .' — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals" (2004), 17 *I.P.J.* 189.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Morin and Doyon JJ.A.), 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415, 108 C.P.R. (4th) 165, [2011] Q.J. No. 9469 (QL), 2011 CarswellQue 15414, SOQUIJ AZ-50771854, setting aside in part a decision of Auclair J., 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261, 83 C.P.R. (4th) 1, [2009] R.R.A. 1135, [2009] J.Q. no 8395 (QL), 2009 CarswellQue 8380, SOQUIJ AZ-50572488. Appeals in files 34466, 34467 and 34468 dismissed. Appeal in file 34469 allowed in part.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1525, 1526, 1607, 1618, 1619, 1621, 2846, 2849.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « contrefaçon », 3, 5, 27(1), 34 [mod. 2012, ch. 20, art. 43], 34.1, 35.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.

Clermont, Benoît. « Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur* : leur protection et leur création » (2006), 18 *C.P.I.* 219.

Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.

Gardner, Daniel. « Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations » (2012), 114 *R. du N.* 63.

Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property : The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2011.

Karim, Vincent. *Les obligations*, 3e éd., vol. 2. Montréal : Wilson & Lafleur, 2009.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal : Thémis, 2012.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., vol. 1. Toronto : Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2013, release 4).

Tarantino, Bob. « "I've Got This Great Idea for a Show. . ." — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals » (2004), 17 *I.P.J.* 189.

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Morin et Doyon), 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415, 108 C.P.R. (4th) 165, [2011] J.Q. no 9469 (QL), 2011 CarswellQue 7652, SOQUIJ AZ-50771854, qui a infirmé en partie une décision du juge Auclair, 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261, 83 C.P.R. (4th) 1, [2009] R.R.A. 1135, [2009] J.Q. no 8395 (QL), 2009 CarswellQue 8380, SOQUIJ AZ-50572488. Pourvois dans les dossiers 34466, 34467 et 34468 rejetés. Pourvoi dans le dossier 34469 accueilli en partie.

William Brock and *Cara Cameron*, for the appellants (34466)/respondents (34469) Cinar Corporation and Les Films Cinar inc. and for the respondent (34469) 3918203 Canada Inc.

Guy Régimbald, *Normand Tamaro*, *Gilles M. Daigle* and *Marie-Catherine Deschênes*, for the respondents (34466, 34467, 34468)/appellants (34469) Claude Robinson and Les Productions Nilem inc.

Pierre Y. Lefebvre and *Alain Y. Dussault*, for the appellants (34468)/respondents (34469) Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG and for the respondent (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB.

Guy J. Pratte, *Daniel Urbas* and *Marc-André Grou*, for the respondent (34469) Christian Davin.

Raynold Langlois, *Q.C.*, *Dimitri Maniatis*, *Jean-Patrick Dallaire* and *Fabrice Vil*, for the appellants (34467)/respondents (34469) Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest.

Barry B. Sookman and *Daniel G. C. Glover*, for the intervener Music Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Canadian law protects the exclusive right of copyright owners to reproduce or to authorize the reproduction of their works. The unauthorized reproduction of a substantial part of an original work constitutes copyright infringement, for which a copyright owner can seek various remedies. The present appeals require this Court to determine whether a substantial part of a work has been reproduced, to examine the role of expert evidence in infringement cases, and to assess whether the trial judge committed reviewable errors in his award of damages.

William Brock et *Cara Cameron*, pour les appelantes (34466)/intimées (34469) Cinar Corporation et Les Films Cinar inc. et pour l'intimée (34469) 3918203 Canada Inc.

Guy Régimbald, *Normand Tamaro*, *Gilles M. Daigle* et *Marie-Catherine Deschênes*, pour les intimés (34466, 34467, 34468)/appelants (34469) Claude Robinson et Les Productions Nilem inc.

Pierre Y. Lefebvre et *Alain Y. Dussault*, pour les appelants (34468)/intimés (34469) Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG et pour l'intimée (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB.

Guy J. Pratte, *Daniel Urbas* et *Marc-André Grou*, pour l'intimé (34469) Christian Davin.

Raynold Langlois, *c.r.*, *Dimitri Maniatis*, *Jean-Patrick Dallaire* et *Fabrice Vil*, pour les appelants (34467)/intimés (34469) Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest.

Barry B. Sookman et *Daniel G. C. Glover*, pour l'intervenante Music Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — La législation canadienne protège le droit exclusif des titulaires de droits d'auteur de reproduire leurs œuvres ou d'en autoriser la reproduction. Lorsqu'elle n'est pas autorisée, la reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale constitue une violation du droit d'auteur donnant ouverture à l'exercice, par son titulaire, de divers recours. Pour trancher les présents pourvois, la Cour doit déterminer si une partie importante d'une œuvre a été reproduite, examiner le rôle de la preuve d'expert dans les affaires de violation du droit d'auteur et évaluer si le juge de première instance a commis des erreurs susceptibles de révision dans l'octroi des dommages-intérêts.

[2] I conclude that copyright was infringed and would order compensatory damages, disgorgement of profits, and punitive damages.

I. Background

[3] Claude Robinson was a dreamer. He spent years meticulously crafting an imaginary universe for an educational children's television show, "The Adventures of Robinson Curiosity" ("*Curiosity*"). Robinson drew his inspiration from Daniel Defoe's novel *Robinson Crusoe*, as well as from his own life experiences. He developed a character — Robinson Curiosity — who lives on a tropical island and must learn to interact with its other inhabitants. From 1982 onwards, he drew detailed sketches and storyboards, wrote scripts and synopses, and designed promotional materials. In October 1985, the Copyright Office issued a registration certificate identifying Robinson as the author of *Curiosity* and Les Productions Nilem inc. ("Nilem") — a corporation of which Robinson is the sole director and shareholder — as the owner of the rights to the literary work.

[4] From 1985 to 1987, Robinson and Nilem undertook various initiatives to get the *Curiosity* project developed. Of particular relevance to this appeal, in 1986 Cinar Corporation ("Cinar") was retained by one of Robinson's production partners, Pathonic International Inc. ("Pathonic"), as a consultant to promote the project in the United States and to offer general production advice. Ronald Weinberg and his late wife Micheline Charest, who were directors and officers of Cinar, became involved in the project. Robinson gave Weinberg and Charest a copy of his *Curiosity* work. Ultimately, nothing came of Cinar's efforts to find financial partners for the project in the United States.

[5] In 1987, Robinson partnered with Les Productions SDA ltée ("SDA") to produce the television show. Nilem and SDA set up two corporations, Curious Island Productions Inc. and Curious Island

[2] Je conclus que le droit d'auteur a été violé et je suis d'avis d'accorder des dommages-intérêts compensatoires, la restitution des profits ainsi que des dommages-intérêts punitifs.

I. Contexte

[3] Claude Robinson était un rêveur. Il a passé des années à créer minutieusement l'univers imaginaire d'une série télévisée éducative pour enfants, *Les aventures de Robinson Curiosité* (« *Curiosité* »). Pour ce faire, il s'est inspiré du roman *Robinson Crusoé* de Daniel Defoe, ainsi que de son propre vécu. Il a créé un personnage — Robinson Curiosité — qui habite sur une île tropicale et doit apprendre à interagir avec les autres habitants. À partir de 1982, M. Robinson a dessiné des croquis détaillés, élaboré des *story-boards*, écrit des scénarios ainsi que des synopsis et conçu du matériel promotionnel. En octobre 1985, le Bureau du droit d'auteur a délivré un certificat d'enregistrement l'identifiant comme l'auteur de *Curiosité* et Les Productions Nilem inc. (« Nilem ») — une société dont M. Robinson est le seul administrateur et actionnaire — comme la titulaire de l'œuvre littéraire.

[4] De 1985 à 1987, M. Robinson et Nilem ont entrepris plusieurs démarches dans le but de faire avancer le projet *Curiosité*. Il importe ici de signaler qu'en 1986, un des partenaires de production de M. Robinson, la société Pathonic International Inc. (« Pathonic »), a retenu les services de Corporation Cinar (« Cinar ») afin qu'elle agisse comme consultante pour la promotion du projet aux États-Unis et qu'elle donne des conseils généraux sur la production. Les administrateurs et dirigeants de Cinar, Ronald Weinberg et feu Micheline Charest, ont commencé à participer au projet. M. Robinson leur a alors donné une copie de l'œuvre *Curiosité*. Au final, toutefois, les efforts déployés par Cinar en vue de trouver des partenaires financiers pour le projet aux États-Unis n'ont rien donné.

[5] En 1987, M. Robinson s'est associé à la société Les Productions SDA ltée (« SDA ») pour produire l'émission télévisée. Nilem et SDA ont mis sur pied deux sociétés, Les Productions de l'Île Curieuse inc.

Enterprises Inc., which they intended to use as vehicles for the production.

[6] During that same year, Robinson and SDA participated in a television industry convention held at Cannes, in France. At this convention, they allegedly gave a presentation on *Curiosity* to Christophe Izard, a French creator of children's television shows.

[7] Despite the various efforts undertaken by Robinson and his partners, the project failed to attract investors and stalled. Curious Island Productions and Curious Island Enterprises were dissolved on December 12, 1990.

[8] Robinson shelved his project, but did not forget about it. In 1995, he explored the possibility of converting his *Curiosity* project into interactive educational software for children. However, these fresh efforts were cut short when, on September 8, 1995, Robinson watched on television the first episode of a new children's television show, "Robinson Sucroë" ("*Sucroë*"). He was stunned to see that *Sucroë*, as he perceived it, was a blatant copy of *Curiosity*.

[9] In Robinson's view, the characters and environment depicted in *Sucroë* closely tracked his work. Like *Curiosity*, *Sucroë* features a bearded, Robinson Crusoe-inspired protagonist who wears glasses and a straw hat. In both works, the protagonist lives on an island and interacts with other characters. There are however notable differences between the works. Many of the "side-kicks" in *Curiosity* are animals, whereas in *Sucroë* they are predominantly humans. Also, *Sucroë*, unlike *Curiosity*, features a band of marauding pirates as "villains".

[10] Robinson discovered that several parties who had been given access to his *Curiosity* project, namely Cinar, Weinberg, Charest, and Izard, were also involved in the production of *Sucroë*. He concluded that *Sucroë* was not an independent creation, but rather had been developed by copying *Curiosity*.

et Les Entreprises de l'Île Curieuse inc., qui devaient servir d'intermédiaires pour la production.

[6] La même année, M. Robinson et SDA ont participé à Cannes, en France, à une foire destinée aux professionnels de l'industrie de la télévision. À cette occasion, ils auraient fait une présentation du projet *Curiosité* à Christophe Izard, un créateur français de séries télévisées pour enfants.

[7] Malgré les efforts de M. Robinson et de ses partenaires, le projet n'a pas attiré d'investisseurs et a stagné. Les Productions de l'Île Curieuse et Les Entreprises de l'Île Curieuse ont été dissoutes le 12 décembre 1990.

[8] Monsieur Robinson a mis son projet de côté, sans pour autant l'oublier. En 1995, il a étudié la possibilité de convertir *Curiosité* en un logiciel éducatif interactif pour enfants. Cette nouvelle initiative a toutefois été interrompue quand, le 8 septembre 1995, il a regardé à la télévision le premier épisode d'une nouvelle série pour enfants : *Robinson Sucroë* (« *Sucroë* »). Il a constaté avec stupéfaction que *Sucroë* était, à ses yeux, manifestement une copie de *Curiosité*.

[9] Selon M. Robinson, les personnages et l'environnement de *Sucroë* ressemblaient étrangement à son œuvre. À l'instar du protagoniste dans *Curiosité*, celui de *Sucroë* est barbu, inspiré du personnage de Robinson Crusoé et porte des lunettes ainsi qu'un chapeau de paille. De plus, dans les deux œuvres, le protagoniste habite sur une île et interagit avec d'autres personnages. Il y a toutefois des différences notables entre les œuvres. Plusieurs des comparses du protagoniste de *Curiosité* sont des animaux tandis que ceux du protagoniste de *Sucroë* sont principalement des humains. En outre, il y a des « méchants » dans *Sucroë*, en l'occurrence une bande de pirates maraudeurs, ce qui n'est pas le cas dans *Curiosité*.

[10] Monsieur Robinson a appris que plusieurs parties ayant eu accès au projet *Curiosité*, à savoir Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard, avaient aussi participé à la production de *Sucroë*. Il en a conclu que *Sucroë* était non pas une création indépendante, mais une reproduction de *Curiosité*. M. Robinson et

He and Nilem commenced an action for copyright infringement against Cinar, Weinberg, Charest, Izard, and various co-producers and distributors of *Sucroë*. They also claimed damages under the rules of extra-contractual liability, contending that Cinar, Weinberg, and Charest had breached their obligations of good faith and loyalty under the contract for services that they concluded with Pathonic, and that in doing so they knowingly caused damages to Robinson and Nilem.

[11] The trial lasted 83 days and resulted in the production of a voluminous evidentiary record. After considering the testimony of over 40 witnesses and 4 experts, as well as extensive documentary and audio-visual evidence, the trial judge concluded that Robinson's *Curiosity* was an original work protected by copyright, that the creators of *Sucroë* had copied *Curiosity*, and that the features reproduced in *Sucroë* represented a substantial part of *Curiosity*. He found that Cinar, Weinberg, Charest, Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG (collectively referred to as the "Cinar appellants" in these reasons) were liable for infringement of copyright. He also held Christian Davin, the chief executive officer of France Animation at the relevant time, personally liable for the infringement. Finally, the trial judge found that Cinar, Weinberg, and Charest were extra-contractually liable towards Robinson and Nilem for having violated their obligations of good faith and of loyalty: 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261.

[12] The trial judge awarded damages on a solidary basis (the equivalent of "joint and several" liability in the common law) and costs in the amount of $5,224,293: $607,489 in compensatory damages for Robinson's pecuniary losses stemming from the infringement; $1,716,804 to disgorge the profits earned as a result of the infringement; $400,000 for the psychological harm suffered by Robinson; $1,000,000 in punitive damages; and $1,500,000 for costs on a solicitor-client basis.

Nilem ont intenté une action pour violation du droit d'auteur contre Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard de même que contre plusieurs coproducteurs et distributeurs de *Sucroë*. Ils ont aussi réclamé des dommages-intérêts en application des règles de responsabilité extracontractuelle, alléguant que Cinar, M. Weinberg et M^me^ Charest avaient manqué à l'obligation de bonne foi et au devoir de loyauté que leur imposait le contrat de service qu'ils avaient conclu avec Pathonic et que, ce faisant, ils leur avaient sciemment causé un préjudice.

[11] Le procès a duré 83 jours et a donné lieu à la présentation d'un dossier de preuve volumineux. Après avoir entendu les dépositions de plus de 40 témoins et de 4 experts et avoir examiné de nombreux éléments de preuve documentaire et audiovisuelle, le juge de première instance a conclu que l'œuvre *Curiosité* de M. Robinson était une œuvre originale protégée par le droit d'auteur, que les créateurs de *Sucroë* avaient copié *Curiosité* et que les caractéristiques reprises dans *Sucroë* constituaient une partie importante de *Curiosité*. Il a jugé que Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest, M. Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG (désignés collectivement les « appelants Cinar » dans les présents motifs) étaient responsables pour la violation du droit d'auteur. Il a également tenu Christian Davin, le président-directeur général de France Animation à l'époque pertinente, personnellement responsable de la violation. Enfin, le juge de première instance a conclu que Cinar, M. Weinberg et M^me^ Charest étaient responsables sur le plan extracontractuel envers M. Robinson et Nilem en raison du manquement à leurs obligations de bonne foi et de loyauté : 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261.

[12] Le juge de première instance a condamné les défendeurs à payer 5 224 293 $ solidairement à titre de dommages-intérêts et d'honoraires extrajudiciaires. De ce montant, 607 489 $ ont été octroyés à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par M. Robinson par suite de la violation du droit d'auteur, 1 716 804 $ pour la restitution des profits générés par suite de la contrefaçon, 400 000 $ pour le préjudice psychologique subi par M. Robinson, 1 000 000 $ à titre de dommages-intérêts punitifs et 1 500 000 $ à titre d'honoraires extrajudiciaires.

[13] The Court of Appeal upheld the trial judge's findings on infringement. It confirmed the trial judge's findings of personal liability for copyright infringement, except for Davin, against whom the evidence was insufficient in its view: 2011 QCCA 1361, 108 C.P.R. (4th) 165.

[14] The Court of Appeal upheld the trial judge's award of compensatory damages for Robinson's pecuniary losses, subject to a minor mathematical correction. It rejected the trial judge's order for disgorgement of profits against Weinberg, Charest, and Izard because those profits were retained by corporations. It also ordered disgorgement on a joint basis (the equivalent of "several" liability in the common law) rather than solidarily. In addition, the Court of Appeal excluded amounts incorrectly included by the trial judge in the calculation of profits, reducing the amount to be disgorged.

[15] The Court of Appeal held that the cap established in the *Andrews* trilogy (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287) was applicable to the award for psychological suffering and reduced the award to $121,350, which represents 50 percent of the cap's value at the date of the summons.

[16] The Court of Appeal reduced the award for punitive damages from $1,000,000 to $250,000, on the ground that punitive damages in Quebec must be moderate, and held that they could not be awarded on a solidary basis. It held Cinar liable for $100,000 in punitive damages, and each of Weinberg, Charest, and Izard liable for $50,000.

[17] The Court of Appeal held that interest and the additional indemnity (arts. 1618 and 1619 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*CCQ*")) on the award of compensatory damages should be

[13] La Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance sur la violation du droit d'auteur. Elle a également confirmé ses conclusions sur la responsabilité personnelle à l'égard de la violation du droit d'auteur, sauf en ce qui concerne M. Davin, contre qui, à son avis, la preuve était insuffisante : 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415.

[14] La Cour d'appel a confirmé l'octroi par le juge de première instance de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par M. Robinson, sous réserve d'une correction mathématique mineure. Elle a rejeté l'ordonnance du juge de première instance selon laquelle M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard étaient personnellement tenus de restituer les profits parce que ce sont des sociétés qui les avaient réalisés. La Cour d'appel a aussi ordonné la restitution des profits en question sur une base conjointe plutôt que solidaire. En outre, elle a exclu des sommes qui avaient été incluses à tort par le juge de première instance dans le calcul des profits, ce qui a réduit ainsi le montant des profits à restituer.

[15] La Cour d'appel a conclu que le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287) s'appliquait à l'octroi de dommages-intérêts pour le préjudice psychologique subi par M. Robinson et a réduit ces derniers à 121 350 $, ce qui représente 50 p. 100 du plafond à la date de l'assignation.

[16] La Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs de 1 000 000 $ à 250 000 $ au motif que les dommages-intérêts punitifs au Québec doivent être octroyés avec modération. Elle a conclu que ces dommages-intérêts ne pouvaient être octroyés sur une base solidaire. Enfin, elle a condamné Cinar à verser 100 000 $ en dommages-intérêts punitifs, puis M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard à en verser 50 000 $ chacun.

[17] La Cour d'appel a conclu que les intérêts et l'indemnité additionnelle (art. 1618 et 1619 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *CcQ* ») devaient être calculés à partir du 16 juillet 1996

computed as of July 16, 1996, and as of July 1, 2001, for the award of profits. It also affirmed the trial judge's award of $1,500,000 for costs on a solicitor-client basis, but declined to award additional costs on a solicitor-client basis for the appeal.

[18] Four appeals have been brought from the Court of Appeal's judgment (in files 34466, 34467, 34468, and 34469). The Cinar appellants appeal the finding of liability for infringement. Robinson and Nilem appeal the reduction in damages and disgorgement of profits ordered by the Court of Appeal.

II. Issues

[19] The appeals raise a number of issues, which I will address as follows:

A. The Standing of Robinson and Nilem

B. The Infringement of Copyright

C. The Personal Liability of Weinberg, Charest, and Davin for Infringement

D. The Extra-contractual Liability of Cinar, Weinberg, and Charest

E. Disgorgement of Profits

F. Non-pecuniary Damages

G. Punitive Damages

III. Analysis

A. *The Standing of Robinson and Nilem*

[20] The appellant Weinberg argues that neither Robinson nor Nilem has standing to bring an action for copyright infringement because Robinson assigned all of his rights in *Curiosity* to Nilem, and Nilem thereafter assigned those rights to Curious Island Enterprises. He argues that, as a result of these assignments, neither Robinson nor Nilem retains any rights in *Curiosity*.

en ce qui concerne les dommages-intérêts compensatoires, et à partir du 1er juillet 2001 pour la restitution des profits. Elle a aussi confirmé la décision du juge de première instance d'accorder 1 500 000 $ à titre d'honoraires extrajudiciaires, mais a refusé d'en accorder pour l'appel.

[18] Quatre pourvois ont été interjetés contre la décision de la Cour d'appel (dans les dossiers 34466, 34467, 34468 et 34469). Les appelants Cinar contestent la conclusion de responsabilité pour la violation du droit d'auteur. M. Robinson et Nilem interjettent appel de la décision de la Cour d'appel quant à la réduction des dommages-intérêts et à la restitution des profits.

II. Questions en litige

[19] Les présents pourvois soulèvent un certain nombre de questions, que je vais examiner de la façon suivante :

A. La qualité de M. Robinson et de Nilem

B. La violation du droit d'auteur

C. La responsabilité personnelle de M. Weinberg, de Mme Charest et de M. Davin pour violation du droit d'auteur

D. La responsabilité extracontractuelle de Cinar, de M. Weinberg et de Mme Charest

E. La restitution des profits

F. Les dommages-intérêts non pécuniaires

G. Les dommages-intérêts punitifs

III. Analyse

A. *La qualité de M. Robinson et de Nilem*

[20] L'appelant Weinberg fait valoir que ni M. Robinson ni Nilem n'ont qualité pour intenter une action pour violation du droit d'auteur. Selon lui, M. Robinson a cédé tous ses droits sur *Curiosité* à Nilem, qui a ensuite cédé ces droits à la société Les Entreprises de l'Île Curieuse. Il prétend que, par suite de ces cessions, ni M. Robinson ni Nilem n'ont conservé de droits sur *Curiosité*.

[21] Weinberg bears the burden of proving the loss of copyright: s. 34.1 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 ("*Copyright Act*" or "Act") (s. 34 at the time this action was commenced); *Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1940] S.C.R. 218, at pp. 233-34. In my view, he has failed to discharge this burden. On the record before this Court, I would not interfere with the conclusion of the courts below that Robinson and Nilem were co-owners of the rights to *Curiosity*. And I agree with the courts below that any rights transferred by Nilem to Curious Island Enterprises reverted to Nilem. The 1987 shareholders' agreement by which Nilem transferred its rights to Curious Island Enterprises contained a resolutory clause pursuant to which the rights would revert back to Nilem if Curious Island Enterprises was dissolved, and Curious Island Enterprises was indeed dissolved on December 12, 1990.

[22] Consequently, Robinson and Nilem have standing to bring their action.

B. *The Infringement of Copyright*

(1) The Scope of the Protection Afforded by the *Copyright Act*

[23] The *Copyright Act* strikes "a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator": *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30; see also *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326, at paras. 8-11; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, at paras. 7-8; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 40. It seeks to ensure that an author will reap the benefits of his efforts, in order to incentivize the creation of

[21] Il incombe à M. Weinberg de prouver la perte du droit d'auteur : art. 34.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (« Loi » ou « *Loi sur le droit d'auteur* ») (art. 34 au moment où la présente action a été intentée); *Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1940] R.C.S. 218, p. 233-234. À mon avis, il ne s'est pas acquitté de ce fardeau de preuve. Au vu du dossier dont dispose la Cour, je suis d'avis de ne pas modifier la conclusion des cours d'instance inférieure selon laquelle M. Robinson et Nilem sont cotitulaires des droits relatifs à *Curiosité*. Je suis aussi d'accord avec leur conclusion selon laquelle les droits qui auraient été cédés par Nilem à la société Les Entreprises de l'Île Curieuse lui ont été rétrocédés. En effet, la convention d'actionnnaires conclue en 1987 qui prévoyait la cession par Nilem de ses droits à la société Les Entreprises de l'Île Curieuse comportait une clause résolutoire selon laquelle les droits seraient rétrocédés à Nilem si la Société Les Entreprises de l'Île Curieuse était dissoute. Or, cette dissolution a eu lieu le 12 décembre 1990.

[22] En conséquence, M. Robinson et Nilem ont qualité pour intenter leur recours.

B. *La violation du droit d'auteur*

(1) La portée de la protection conférée par la *Loi sur le droit d'auteur*

[23] La *Loi sur le droit d'auteur* établit « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30; voir aussi *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326, par. 8-11; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, par. 7-8; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 40. Elle vise à faire en sorte que l'auteur tirera un avantage de ses

new works. However, it does not give the author a monopoly over ideas or elements from the public domain, which all are free to draw upon for their own works. For example, "[t]he general stock of incidents in fiction or drama is free for all to use — a substantial part of everyone's culture, not of any one individual's work": D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 182.

[24] The Act protects *original* literary, dramatic, musical, and artistic works: s. 5. It protects the expression of ideas in these works, rather than ideas in and of themselves: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 8. An original work is the expression of an idea through an exercise of skill and judgment: *CCH*, at para. 16. Infringement consists of the unauthorized taking of that originality.

[25] However, the Act does not protect every "particle" of an original work, "any little piece the taking of which cannot affect the value of [the] work as a whole": Vaver, at p. 182. Section 3 of the *Copyright Act* provides that the copyright owner has the sole right to reproduce "the work or any substantial part thereof".

[26] A substantial part of a work is a flexible notion. It is a matter of fact and degree. "Whether a part is substantial must be decided by its quality rather than its quantity": *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), at p. 481, *per* Lord Pearce. What constitutes a substantial part is determined in relation to the originality of the work that warrants the protection of the *Copyright Act*. As a general proposition, a substantial part of a work is a part of the work that represents a substantial portion of the author's skill and judgment expressed therein.

[27] A substantial part of a work is not limited to the words on the page or the brushstrokes on

efforts, dans le but de favoriser la création de nouvelles œuvres. Toutefois, elle ne donne pas à l'auteur le monopole sur les idées ou sur les éléments qui relèvent du domaine public et dont tous sont libres de s'inspirer. Par exemple, [TRADUCTION] « [l]es circonstances génériques relatées dans les ouvrages de fiction ou les ouvrages dramatiques peuvent être reprises — il s'agit d'une partie importante de la culture collective, et non d'une œuvre individuelle » : D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2e éd. 2011), p. 182.

[24] La Loi protège toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique *originale* (art. 5). Elle protège l'expression des idées dans ces œuvres, et non les idées comme telles : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 8. Une œuvre originale est l'expression d'une idée qui résulte de l'exercice du talent et du jugement : *CCH*, par. 16. La violation du droit d'auteur consiste à s'approprier cette originalité sans autorisation.

[25] Cependant, la Loi ne protège pas chaque [TRADUCTION] « infime partie » de l'œuvre originale, « chaque petit détail qui, si on se l'approprie, ne risque pas d'avoir une incidence sur la valeur de l'œuvre dans son ensemble » : Vaver, p. 182. L'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* confère en effet au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif de reproduire « [une] œuvre [. . .] ou une partie importante de celle-ci ».

[26] Le concept de « partie importante » de l'œuvre est souple. Il s'agit d'une question de fait et de degré. [TRADUCTION] « La question de savoir si une partie est importante est qualitative plutôt que quantitative » : *Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), p. 481, lord Pearce. On détermine ce qui constitue une partie importante en fonction de l'originalité de l'œuvre qui doit être protégée par la *Loi sur le droit d'auteur*. En règle générale, une partie importante d'une œuvre est une partie qui représente une part importante du talent et du jugement de l'auteur exprimés dans l'œuvre.

[27] Ce ne sont pas seulement les mots sur la page ou les coups de pinceau sur la toile qui peuvent

the canvas. The Act protects authors against both literal and non-literal copying, so long as the copied material forms a substantial part of the infringed work. As the House of Lords put it,

> the "part" which is regarded as substantial can be a feature or combination of features of the work, abstracted from it rather than forming a discrete part. . . . [T]he original elements in the plot of a play or novel may be a substantial part, so that copyright may be infringed by a work which does not reproduce a single sentence of the original.

(*Designers Guild Ltd. v. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2001] 1 All E.R. 700, at p. 706, *per* Lord Hoffmann; see also *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), *per* Learned Hand J.)

[28] The need to strike an appropriate balance between giving protection to the skill and judgment exercised by authors in the expression of their ideas, on the one hand, and leaving ideas and elements from the public domain free for all to draw upon, on the other, forms the background against which the arguments of the parties must be considered.

(2) The Issue on Appeal

[29] The Cinar appellants no longer contest the trial judge's findings that Robinson's work as a whole was original, that several of the appellants had access to the work, and that *Sucroë* and *Curiosity* share common features. Rather, they argue that the trial judge made several errors in his assessment of whether a substantial part of *Curiosity* is reproduced in *Sucroë*, giving rise to a remedy for copyright infringement.

(3) The Standard of Review

[30] The conclusion of the trial judge that a substantial part of a plaintiff's work was copied is entitled

constituer une partie importante d'une œuvre. La Loi protège les auteurs tant contre la reproduction littérale que contre la reproduction non littérale, pourvu que le matériel reproduit constitue une partie importante de l'œuvre contrefaite. Comme l'a affirmé la Chambre des lords,

> [TRADUCTION] la « partie » jugée importante peut être une caractéristique ou une combinaison de caractéristiques de l'œuvre qui représentent l'œuvre d'un point de vue non littéral plutôt que d'en constituer une partie distincte. [. . .] [L]es éléments originaux de l'intrigue d'une pièce de théâtre ou d'un roman peuvent constituer une partie importante, de sorte qu'il est possible que le droit d'auteur soit violé par une œuvre qui ne reprend aucune phrase du texte original.

(*Designers Guild Ltd. c. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2001] 1 All E.R. 700, p. 706, lord Hoffmann; voir aussi *Nichols c. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), le juge Learned Hand.)

[28] La nécessité d'établir un juste équilibre entre, d'une part, la protection du talent et du jugement qu'ont exercés les auteurs dans l'expression de leurs idées et, d'autre part, le fait de laisser des idées et des éléments relever du domaine public afin que tous puissent s'en inspirer forme la trame de fond en fonction de laquelle il faut examiner les arguments des parties.

(2) La question litigieuse en appel

[29] Les appelants Cinar ne contestent plus certaines des conclusions du juge de première instance, à savoir que l'œuvre de M. Robinson dans son ensemble était originale, que plusieurs des appelants ont eu accès à l'œuvre et, enfin, que *Sucroë* et *Curiosité* partagent des éléments communs. Ils prétendent plutôt que le juge de première instance a commis plusieurs erreurs lorsqu'il a examiné la question de savoir si une partie importante de *Curiosité* avait été reproduite dans *Sucroë*, donnant ainsi ouverture à une réparation pour violation du droit d'auteur.

(3) La norme de contrôle

[30] La conclusion du juge de première instance selon laquelle une partie importante de l'œuvre d'un

to appellate deference. The issue of substantiality is one of mixed fact and law. Consequently, an appellate court should generally defer to the trial judge's findings on substantiality, unless those findings are based on an error of law or palpable and overriding errors of fact: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Designers Guild*, at p. 707, *per* Lord Hoffman, and p. 708, *per* Lord Millett; *Baigent v. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24, at paras. 125-26; *Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339 (C.A.), at para. 81; Vaver, at p. 182.

(4) Did the Trial Judge Err in Finding That a Substantial Part of Robinson's Work Was Reproduced in *Sucroë*?

[31] The trial judge, upheld by the Court of Appeal, found that the Cinar appellants infringed Robinson's copyright by copying a substantial part of his original work without his or Nilem's authorization: see ss. 3(1) and 27(1) of the *Copyright Act*.

[32] The Cinar appellants contend that the trial judge (a) failed to follow the correct approach to assessing substantiality; (b) failed to give sufficient weight to the significant differences between *Sucroë* and *Curiosity*; (c) made an error in finding that the features of *Curiosity* reproduced in *Sucroë* were protected by the *Copyright Act*; and (d) based his findings on inadmissible expert evidence. I will address each of these arguments in turn.

(a) *Did the Trial Judge Fail to Follow the Correct Approach to Assessing Whether a "Substantial Part" of a Work Was Reproduced?*

[33] The trial judge found that the Cinar appellants copied a number of features from Robinson's

demandeur a été reproduite doit être abordée avec déférence par les tribunaux d'appel. La question de l'importance de la partie reproduite est une question mixte de fait et de droit. Par conséquent, en règle générale, les tribunaux d'appel doivent s'en remettre aux conclusions du juge de première instance sur ce point, sauf si elles découlent d'une erreur de droit ou d'erreurs de fait manifestes et dominantes : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Designers Guild*, p. 707, lord Hoffman, et p. 708, lord Millett; *Baigent c. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24, par. 125-126; *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339 (C.A.), par. 81; Vaver, p. 182.

(4) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant qu'une partie importante de l'œuvre de M. Robinson avait été reproduite dans *Sucroë*?

[31] Le juge de première instance, dont la décision à cet égard a été confirmée par la Cour d'appel, a conclu que les appelants Cinar avaient violé le droit d'auteur de M. Robinson en reproduisant une partie importante de son œuvre originale sans son autorisation ni celle de Nilem : voir les par. 3(1) et 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[32] Les appelants Cinar prétendent que le juge de première instance a) a omis de suivre la démarche appropriée pour évaluer l'importance de la partie reproduite de l'œuvre; b) n'a pas accordé suffisamment de poids aux différences notables entre *Sucroë* et *Curiosité*; c) a commis une erreur en concluant que les caractéristiques de *Curiosité* reproduites dans *Sucroë* étaient protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*; et d) a fondé ses conclusions sur un témoignage d'expert inadmissible. J'examinerai successivement chacune de ces prétentions.

a) *Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d'une œuvre avait été reproduite?*

[33] Selon le juge de première instance, les appelants Cinar ont reproduit un certain nombre

Curiosity, including the visual appearance of the main protagonist, the personality traits of the main protagonist and of other characters, visual aspects of the setting, and recurring scenographic elements. He concluded that, considered as a whole, the copied features constituted a substantial part of Robinson's work.

[34] The Cinar appellants argue that instead of applying a holistic approach, the trial judge should have applied a three-step approach requiring him to (1) determine what elements of *Curiosity* were original, within the meaning of the *Copyright Act*; (2) exclude non-protectable features of Robinson's work (such as ideas, elements drawn from the public domain, and generic elements commonplace in children's television shows); and (3) compare what remains of *Curiosity* after this "weeding-out" process to *Sucroë*, and determine whether a substantial part of *Curiosity* was reproduced.

[35] The approach proposed by the Cinar appellants is similar to the "abstraction-filtration-comparison" approach used to assess substantiality in the context of computer software infringement in the United States: see *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992); B. Clermont, "Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur*: leur protection et leur création" (2006), 18 *C.P.I.* 219, at p. 237; B. Tarantino, "'I've Got This Great Idea for a Show. . .' — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals" (2004), 17 *I.P.J.* 189, at pp. 199-200. It has been discussed, though not formally adopted, in Canadian jurisprudence: *Delrina Corp.*, at paras. 43-47. I do not exclude the possibility that such an approach might be useful in deciding whether a substantial part of some works, for example computer programs, has been copied. But many types of works do not lend themselves to a reductive analysis. Canadian courts have generally adopted a qualitative and holistic approach to assessing substantiality. "The character of the works will be looked at, and the court will in all

de caractéristiques de l'œuvre *Curiosité* de M. Robinson, y compris l'apparence visuelle du personnage principal, les traits de personnalité de ce dernier et d'autres personnages, des aspects visuels des lieux ainsi que des éléments scénographiques récurrents. Il a conclu que, prises dans leur ensemble, les caractéristiques reproduites constituaient une partie importante de l'œuvre de M. Robinson.

[34] Les appelants Cinar prétendent qu'au lieu d'employer une démarche globale, le juge aurait dû adopter une démarche en trois étapes l'obligeant (1) à déterminer quels éléments de *Curiosité* sont originaux, au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*; (2) à exclure les caractéristiques de l'œuvre de M. Robinson qui ne peuvent être protégées (comme les idées, les éléments qui relèvent du domaine public et les éléments génériques qui se retrouvent couramment dans les séries télévisées pour enfants); et (3) à comparer *Sucroë* avec ce qui serait resté de *Curiosité* après ce processus d'élimination puis à juger si une partie importante de cette dernière avait été reproduite.

[35] La démarche proposée par les appelants Cinar ressemble à l'approche « abstraction-filtration-comparaison » utilisée par les tribunaux américains pour évaluer l'importance de la partie reproduite de l'œuvre lorsqu'il y a violation du droit d'auteur sur des logiciels : voir *Computer Associates International, Inc. c. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992); B. Clermont, « Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur* : leur protection et leur création » (2006), 18 *C.P.I.* 219, p. 237; B. Tarantino, « "I've Got This Great Idea for a Show. . ." — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals » (2004), 17 *I.P.J.* 189, p. 199-200. Cette approche a été examinée, sans être formellement adoptée, par la jurisprudence canadienne : *Delrina Corp.*, par. 43-47. Je n'exclus pas la possibilité qu'une telle approche puisse être utile pour déterminer s'il y a eu reproduction d'une partie importante d'une œuvre comme un programme informatique. Cependant, de nombreux types d'œuvres ne se prêtent pas à une analyse réductrice. Dans l'ensemble, les tribunaux canadiens ont adopté une approche qualitative et globale pour

cases look, not at isolated passages, but at the two works as a whole to see whether the use by the defendant has unduly interfered with the plaintiff's right": J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (loose-leaf), at p. 21-16.4 (emphasis added).

[36] As a general matter, it is important to not conduct the substantiality analysis by dealing with the copied features piecemeal: *Designers Guild*, at p. 705, *per* Lord Hoffman. The approach proposed by the Cinar appellants would risk dissecting Robinson's work into its component parts. The "abstraction" of Robinson's work to the essence of what makes it original and the exclusion of non-protectable elements *at the outset of the analysis* would prevent a truly holistic assessment. This approach focuses unduly on whether each of the parts of Robinson's work is *individually* original and protected by copyright law. Rather, the cumulative effect of the features copied from the work must be considered, to determine whether those features amount to a substantial part of Robinson's skill and judgment expressed in his work as a whole.

[37] I thus conclude that the trial judge did not err by failing to follow the three-step approach advocated by the Cinar appellants.

(b) *Did the Trial Judge Fail to Give Sufficient Weight to the Differences Between Sucroë and Curiosity?*

[38] The Cinar appellants contend that the trial judge focused almost exclusively on the similarities between *Sucroë* and *Curiosity*, and failed to consider the differences between the works. They point to significant differences between the works: the secondary characters in *Sucroë* are humans, whereas in *Curiosity* several of those characters are animals;

évaluer l'importance de la partie reproduite de l'œuvre. [TRADUCTION] « Le tribunal examinera la nature des œuvres et, dans tous les cas, il examinera non pas des extraits isolés, mais les deux œuvres dans leur ensemble pour déterminer si le projet du défendeur a indûment porté atteinte au droit du demandeur » : J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (feuilles mobiles), p. 21-16.4 (je souligne).

[36] En général, il importe de ne pas analyser l'importance des caractéristiques reproduites en les examinant chacune isolément : *Designers Guild*, p. 705, lord Hoffman. Si elle était retenue, l'approche proposée par les appelants Cinar risquerait de mener à la dissection de l'œuvre de M. Robinson en ses éléments constitutifs. L'« abstraction » qui consisterait à réduire l'œuvre de M. Robinson à l'essence même de ce qui la rend originale et l'exclusion des éléments non susceptibles d'être protégés *dès le début de l'analyse* auraient pour effet d'empêcher le juge d'effectuer une évaluation réellement globale. Cette approche mettrait indûment l'accent sur la question de savoir si chacune des parties de l'œuvre de M. Robinson, prise *individuellement*, est originale et protégée par la législation sur le droit d'auteur. Il faut plutôt examiner l'effet cumulatif des caractéristiques reproduites de l'œuvre afin de décider si elles constituent une partie importante du talent et du jugement dont a fait preuve M. Robinson dans l'ensemble de son œuvre.

[37] J'arrive donc à la conclusion que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en omettant de suivre la démarche en trois étapes préconisée par les appelants Cinar.

b) *Le juge de première instance a-t-il omis d'accorder suffisamment de poids aux différences entre Sucroë et Curiosité?*

[38] Les appelants Cinar affirment que le juge de première instance s'est concentré presque exclusivement sur les similitudes entre *Sucroë* et *Curiosité*, et n'a pas tenu compte des différences — importantes selon eux — entre les œuvres. Ces différences tiennent notamment à ce que les personnages secondaires dans *Sucroë* sont des humains, tandis

Sucroë prominently features as its "villains" a band of marauding pirates, whereas *Curiosity* does not seem to have any villains; and the protagonist in *Sucroë* is not particularly curious, whereas curiosity is the dominant personality trait of the protagonist in *Curiosity*.

[39] The question of whether there has been substantial copying focuses on whether the copied features constitute a substantial part *of the plaintiff's work* — not whether they amount to a substantial part *of the defendant's work*: Vaver, at p. 186; E. F. Judge and D. J. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2nd ed. 2011), at p. 211. The alteration of copied features or their integration into a work that is notably different from the plaintiff's work does not necessarily preclude a claim that a substantial part of a work has been copied. As the *Copyright Act* states, infringement includes "any colourable imitation" of a work: definition of "infringing", s. 2.

[40] This is not to say that differences are irrelevant to the substantiality analysis. If the differences are so great that the work, viewed as a whole, is not an imitation but rather a new and original work, then there is no infringement. As the Court of Appeal put it, "the differences may have no impact if the borrowing remains substantial. Conversely, the result may also be a novel and original work simply inspired by the first. Everything is therefore a matter of nuance, degree, and context" (para. 66).

[41] The trial judge engaged in a qualitative and holistic assessment of the similarities between the works, which took into account the relevant similarities and differences between the works. For example, he gave little weight to similarities that were due to the generic island setting of both works: the fact that beaches, luxuriant vegetation, and bananas are present in both works was, at

que dans *Curiosité* plusieurs d'entre eux sont des animaux; à ce que *Sucroë* met en vedette de façon évidente ses « méchants », en l'occurrence une bande de pirates maraudeurs, tandis que dans *Curiosité* il ne semble pas y avoir de méchants; et à ce que le protagoniste dans *Sucroë* n'est pas particulièrement curieux, tandis que la curiosité est le principal trait de personnalité du protagoniste dans *Curiosité*.

[39] Pour décider si une partie importante de l'œuvre a été reproduite, il faut s'attacher à déterminer si les caractéristiques reprises constituent une partie importante *de l'œuvre du demandeur*, et non *de celle du défendeur* : Vaver, p. 186; E. F. Judge et D. J. Gervais, *Intellectual Property : The Law in Canada* (2e éd. 2011), p. 211. Le fait de modifier certaines caractéristiques reproduites ou de les intégrer dans une œuvre qui est considérablement différente de celle du demandeur n'a pas nécessairement pour effet d'écarter la prétention selon laquelle une partie importante d'une œuvre a été reproduite. Comme le prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, la contrefaçon comprend « toute [. . .] imitation déguisée » d'une œuvre : définition de « contrefaçon », art. 2.

[40] Cela ne veut pas dire que les différences n'ont pas leur place dans l'analyse de l'importance de la partie reproduite de l'œuvre. Si les différences sont telles que l'œuvre, prise dans son ensemble, constitue non pas une imitation, mais plutôt une œuvre nouvelle et originale, il n'y a pas violation du droit d'auteur. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, « les différences peuvent n'avoir aucun impact si l'emprunt demeure substantiel. À l'inverse, il se peut aussi qu'il en résulte une œuvre nouvelle et originale, qui s'est tout simplement inspirée de la première. Tout est donc question de nuance, de degré et de contexte » (par. 66).

[41] Le juge de première instance a procédé à une évaluation qualitative et globale des similitudes entre les œuvres en tenant compte des ressemblances et des différences pertinentes. Par exemple, il a accordé peu de poids aux ressemblances attribuables au lieu — une île — où se déroule l'histoire dans les deux œuvres : le fait qu'il y ait une plage, une végétation abondante et des bananes dans les

best, a "minor" similarity (paras. 621 and 631). He also gave little weight to the alleged similarities between Gladys, a female character in *Sucroë*, and Gertrude, a character in *Curiosity* (paras. 577-81). He examined whether Robinson Sucroë could be said to be as curious as Robinson Curiosity, and recognized that curiosity was a less predominant personality trait in Sucroë than it was in Curiosity (paras. 529-31). He concluded that, *despite any differences between the works*, it was still possible to identify in *Sucroë* features copied from *Curiosity* and that these features constituted a substantial part of Robinson's work. The trial judge did not err in approaching the matter in this way.

(c) *Did the Trial Judge Err in Finding That the Features of Curiosity Reproduced in Sucroë Are Protected by the Copyright Act?*

[42] The Cinar appellants contend that, by failing to follow their three-step approach and to give sufficient weight to differences between the works, the trial judge characterized as a substantial part of the work a series of features that are not protected by copyright law. They argue that, at most, *Sucroë* reproduced the ideas embodied in *Curiosity*, elements drawn from the public domain (such as the protagonist of Daniel Defoe's nearly 300-year-old novel), and other elements that are not original within the meaning of the *Copyright Act*.

[43] I turn first to the argument that *Sucroë* merely reproduced the idea of a children's television show about a *Robinson Crusoe*-inspired character living on a tropical island, as opposed to Robinson's expression of that idea. I cannot accept this contention. The trial judge clearly grounded his finding of copying of a substantial part not in the idea behind *Curiosity*, but in the way Robinson expressed that idea. He concluded that the overall architecture of Robinson's submission for a television show was copied. He found that the graphic

deux œuvres n'était tout au plus qu'une similitude « mineure » (par. 621 et 631). Il a aussi accordé peu d'importance aux ressemblances qu'il y aurait entre Gladys, un personnage féminin dans *Sucroë*, et Gertrude, un personnage féminin dans *Curiosité* (par. 577-581). Il s'est demandé si Robinson Sucroë pouvait être considéré comme aussi curieux que Robinson Curiosité, et il a reconnu que la curiosité était un trait de personnalité du protagoniste moins important dans *Sucroë* qu'il ne l'était dans *Curiosité* (par. 529-531). Il a conclu que, *malgré les différences entre les œuvres*, il était toujours possible de relever dans *Sucroë* des caractéristiques tirées de *Curiosité* et que ces caractéristiques constituaient une partie importante de l'œuvre de M. Robinson. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en abordant la question de cette manière.

c) *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de Curiosité reproduits dans Sucroë sont protégés par la Loi sur le droit d'auteur?*

[42] Les appelants Cinar prétendent que, en ne suivant pas la démarche en trois étapes qu'ils préconisent et en n'accordant pas suffisamment de poids aux différences entre les œuvres, le juge de première instance a considéré une série de caractéristiques qui ne sont pas protégées par la législation sur le droit d'auteur comme formant une partie importante de l'œuvre. Ils affirment que *Sucroë* reproduit, tout au plus, des idées véhiculées dans *Curiosité*, des éléments qui relèvent du domaine public (comme le protagoniste du roman de Daniel Defoe qui remonte à près de 300 ans) et d'autres éléments qui ne sont pas originaux au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[43] Je vais d'abord examiner l'argument selon lequel *Sucroë* n'est que la reproduction de l'idée d'une série télévisée pour enfants portant sur un personnage inspiré de *Robinson Crusoé* qui habite sur une île tropicale, plutôt que de l'expression de cette idée par M. Robinson. Je ne peux retenir cet argument. Le juge de première instance a clairement fondé sa conclusion selon laquelle une partie importante avait été reproduite non pas sur l'idée qui sous-tend *Curiosité*, mais sur la façon dont M. Robinson a exprimé cette idée. Il a affirmé que

appearance and several aspects of the personality of *Curiosity*'s protagonist were copied; the personalities of the secondary characters that gravitate around *Curiosity*'s protagonist were copied; and the graphic appearance of the makeshift village that these characters inhabit was also copied in part (paras. 685 and 824-26). These findings are not confined to the reproduction of an abstract idea; they focus on the detailed manner in which Robinson's ideas were expressed.

[44] This leaves the second argument — the suggestion that to the extent that the characters and setting of *Sucroë* replicated those found in *Curiosity*, these are generic elements that are not protected by copyright law. The story of a man marooned on an island interacting with animals, native inhabitants, and the environment is archetypal and has been reproduced for centuries, the Cinar appellants assert.

[45] Again, the trial judge's findings refute this contention. He found that *Curiosity* was an original work, within the meaning of the *Copyright Act*. He based this not on the generic nature of the characters, but on their distinct visual appearance and particular personalities, which were the product of Robinson's skill and judgment. Nor was *Curiosity*'s island an entirely generic island; the trial judge cited particular visual elements of the setting that Robinson had conceived and that the Cinar appellants had copied.

[46] The development of a group of characters that have specific personality traits and whose interactions hinge on those personalities can require an exercise of skill and judgment sufficient to satisfy the *Copyright Act*'s originality criterion: see for example *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. v. Favreau* (1999), 177 D.L.R. (4th) 568 (Que. C.A.), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xi. *Sucroë* reproduces more than generic elements which all

la structure de base du projet de série télévisée de M. Robinson avait été reprise. Il a aussi conclu que la présentation graphique et plusieurs traits de personnalité du personnage principal de *Curiosité* avaient été repris, qu'il en était de même de la personnalité des personnages secondaires qui gravitent autour du protagoniste dans *Curiosité* et que la présentation graphique du village où habitent ces personnages avait pour sa part été reprise en partie (par. 685 et 824-826). Ces conclusions ne se limitent pas à la reproduction d'une idée abstraite; elles mettent l'accent sur l'expression détaillée des idées de M. Robinson.

[44] Il reste donc le deuxième argument selon lequel, dans la mesure où les personnages et les lieux dans *Sucroë* étaient une reproduction de ceux figurant dans *Curiosité*, ces éléments, génériques, ne sont pas protégés par la législation sur le droit d'auteur. Selon les appelants Cinar, le récit d'un homme abandonné sur une île et qui interagit avec les animaux, les habitants et l'environnement du lieu en question est une histoire type reprise depuis des siècles.

[45] Là encore, les conclusions du juge de première instance réfutent cet argument. Il a conclu que *Curiosité* était une œuvre originale au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il a fondé cette conclusion non pas sur la nature générique des personnages, mais sur leur présentation visuelle singulière et leur personnalité particulière, qui sont le fruit du talent et du jugement de M. Robinson. L'île dans *Curiosité* n'était pas non plus une île complètement générique. Le juge de première instance a cité des éléments visuels précis du lieu qui avaient été conçus par M. Robinson et reproduits par les appelants Cinar.

[46] L'élaboration de plusieurs personnages ayant des traits de personnalité particuliers et dont les interactions dépendent de ces traits de personnalité requiert un exercice de talent et de jugement suffisant pour satisfaire au critère d'originalité de la *Loi sur le droit d'auteur* : voir par exemple *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1939 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xi. L'émission *Sucroë* n'est pas seulement

are free to draw upon for inspiration. It reproduces *Curiosity*'s particular combination of characters with distinct personality traits, living together and interacting on a tropical island — elements that represent a substantial part of the skill and judgment expressed in *Curiosity*.

[47] In essence, the aspects of the trial judge's reasons that the Cinar appellants take issue with are findings of mixed fact and law. They invite this Court to embark on a fresh assessment of the features copied from *Curiosity*. I would decline to do so. They have failed to demonstrate palpable or overriding errors in the trial judge's findings on substantiality.

(d) *Did the Trial Judge Err by Relying on Inadmissible Expert Evidence?*

[48] The Cinar appellants argue that the trial judge based the bulk of his findings regarding substantial copying on inadmissible expert evidence — the evidence of a semiologist, Dr. Charles Perraton. Semiology is the study of signs and symbols and how they convey meaning. Dr. Perraton offered evidence that, quite apart from the surface meaning of the works at issue, there were latent similarities in how the two works used atmosphere, dynamics, motifs, symbols, and structure to convey meaning. The trial judge relied on this evidence in concluding that the Cinar appellants had copied a substantial part of Robinson's work.

[49] For expert evidence to be admitted at trial, it must (a) be relevant; (b) be necessary to assist the trier of fact; (c) not offend any exclusionary rule; and (d) involve a properly qualified expert: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. These criteria apply to trials for copyright infringement, as they do in

la reproduction d'éléments génériques dont tous peuvent s'inspirer. Elle est également la reproduction de la combinaison particulière de personnages qui figurent dans *Curiosité* et qui ont des traits de personnalité distincts, habitent ensemble et interagissent sur une île tropicale — des éléments qui représentent une partie importante du talent et du jugement exprimés dans *Curiosité*.

[47] En fait, les appelants Cinar contestent essentiellement des conclusions mixtes de fait et de droit que le juge de première instance a tirées dans ses motifs. Ils invitent la Cour à procéder à une nouvelle évaluation des caractéristiques reproduites de *Curiosité*. Je décline cette invitation. Les appelants Cinar n'ont pas prouvé que les conclusions du juge de première instance relatives à l'importance de la partie reproduite de l'œuvre sont entachées d'erreurs manifestes ou dominantes.

d) *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d'expert inadmissible?*

[48] Les appelants Cinar soutiennent que le juge de première instance a fondé la majeure partie de ses conclusions relatives à la reproduction d'une partie importante de l'œuvre sur le témoignage inadmissible d'un expert sémiologue, le D^r^ Charles Perraton. La sémiologie est l'étude des signes et des symboles ainsi que de la façon dont ceux-ci transmettent un message. Le D^r^ Perraton a affirmé que, indépendamment des similitudes visuellement observables entre les œuvres en question, il y avait des similitudes latentes dans la façon dont les deux œuvres avaient utilisé l'ambiance, la dynamique, les motifs, les symboles et la structure pour transmettre un message. Le juge de première instance s'est fondé sur ce témoignage pour conclure que les appelants Cinar avaient reproduit une partie importante de l'œuvre de M. Robinson.

[49] Pour que la preuve d'expert soit admise au procès, elle doit a) être pertinente; b) se révéler nécessaire pour aider le juge des faits; c) ne pas contrevenir à une règle d'exclusion; et d) être présentée par un expert suffisamment qualifié : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Ces critères s'appliquent

other intellectual property cases: *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 75.

[50] The Cinar appellants argue that the second criterion — necessity of the evidence — is not met in the case at hand. The expert evidence was not necessary to assist the court, they say, because the question of whether a substantial part has been copied must be assessed from the perspective of the lay person in the intended audience for the works at issue: see *Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242 (F.C.T.D.), aff'd (1993), 53 C.P.R. (3d) 407 (F.C.A.); *Arbique v. Gabriele*, [1998] J.Q. nº 3794 (QL) (Sup. Ct.), aff'd 2003 CanLII 16298 (Que. C.A.). They argue that trial judges are well placed to understand a lay person's point of view and that the assistance of an expert is unnecessary to help them grasp this perspective.

[51] In my view, the perspective of a lay person in the intended audience for the works at issue is a useful one. It has the merit of keeping the analysis of similarities concrete and grounded in the works themselves, rather than in esoteric theories about the works. However, the question always remains whether a substantial part of the plaintiff's work was copied. This question should be answered from the perspective of a person whose senses and knowledge allow him or her to fully assess and appreciate all relevant aspects — patent and latent — of the works at issue. In some cases, it may be necessary to go beyond the perspective of a lay person in the intended audience for the work, and to call upon an expert to place the trial judge in the shoes of "someone reasonably versed in the relevant art or technology": Vaver, at p. 187.

[52] To take an example, two pieces of classical music may, to the untrained ear, sound different,

tant aux procès pour violation du droit d'auteur qu'aux autres affaires de propriété intellectuelle : *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 75.

[50] Les appelants Cinar soutiennent que, en l'espèce, il n'a pas été satisfait au deuxième critère — la nécessité de la preuve. Selon eux, la preuve d'expert n'était pas nécessaire pour aider la cour parce que la question de savoir si une partie importante d'une œuvre a été reproduite doit être évaluée du point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question : voir *Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242 (C.F. 1re inst.), conf. par (1993), 53 C.P.R. (3d) 407 (C.A.F.); *Arbique c. Gabriele*, [1998] J.Q. nº 3794 (QL) (C.S.), conf. par 2003 CanLII 16298 (C.A. Qué.). Ils affirment que le juge de première instance est bien placé pour comprendre le point de vue d'un tel profane et qu'il n'a pas besoin de l'aide d'un expert pour bien saisir ce point de vue.

[51] À mon avis, il est utile de connaître le point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question. La connaissance de ce point de vue présente un avantage, soit celui que l'analyse des similitudes demeure concrète et fondée sur les œuvres elles-mêmes plutôt que sur des théories ésotériques à propos des œuvres. Cependant, la question reste celle de savoir si une partie importante de l'œuvre du demandeur a été reproduite et il faut répondre à cette question du point de vue d'une personne dont le jugement et les connaissances lui permettent d'évaluer et d'apprécier pleinement tous les aspects pertinents — apparents ou latents — des œuvres en question. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas s'en tenir au point de vue d'un profane faisant partie de l'auditoire visé par l'œuvre et de demander à un expert d'éclairer le juge de première instance de manière à ce que celui-ci soit en mesure de poser sur les œuvres le regard d'une [TRADUCTION] « personne raisonnablement versée dans l'art ou la technologie en cause » : Vaver, p. 187.

[52] À titre d'exemple, deux œuvres de musique classique peuvent sembler différentes pour un

perhaps because they are played on different instruments, or at different tempos. An expert musician, however, might see similarities suggesting a substantial part has been copied — the same key signature, the same arrangement of the notes in recurring passages, or a recurrent and unusual harmonic chord. It will be for the judge to determine whether the similarities establish copying of a substantial part, to be sure. But in making that determination, the judge may need to consider not only how the work sounds to the lay person in the intended audience, but also structural similarities that only an expert can detect.

profane, peut-être parce qu'on les joue avec des instruments différents ou à un rythme différent. Cependant, un musicien averti pourrait entendre des similitudes donnant à penser qu'une partie importante de l'œuvre originale a été reproduite — la même armature de clef, le même arrangement des notes dans les passages récurrents, ou un accord harmonique récurrent et inhabituel. Certes, il reviendra au juge de déterminer si les similitudes permettent de conclure qu'une partie importante de l'œuvre originale a été reproduite. Cependant, pour trancher cette question, il pourrait devoir examiner non seulement la façon dont les œuvres sonnent à l'oreille d'un profane faisant partie de l'auditoire visé, mais aussi les similitudes structurales que seul un expert peut déceler.

[53] In the present case, the necessity criterion of the test for the admissibility of expert evidence is satisfied. First, the works at issue are intended for an audience of young children. A rigid application of the "lay person in the intended audience" standard would unduly restrict the court's ability to answer the central question, namely whether a substantial part of Robinson's work was copied. It would shift the question to whether the copied features are apparent to a five-year-old.

[53] En l'espèce, il a été satisfait au critère de nécessité du test applicable pour juger de l'admissibilité d'un témoignage d'expert. Premièrement, les œuvres visent un auditoire de jeunes enfants. Une application stricte de la norme du « profane faisant partie de l'auditoire visé » limiterait indûment la capacité de la cour de répondre à la question qui est au cœur du présent pourvoi, soit celle de savoir si une partie importante de l'œuvre de M. Robinson a été reproduite. Cette approche déplacerait le débat puisqu'il faudrait alors déterminer si les caractéristiques reprises sont manifestes aux yeux d'un enfant de cinq ans.

[54] Second, the nature of the works at issue makes them difficult to compare. The trial judge was faced with the task of comparing a sprawling unrealized submission for a television show to a finished product that had aired on television. These are not works that are easily amenable to a side-by-side visual comparison conducted by a judge without the assistance of an expert.

[54] Deuxièmement, la nature des œuvres en question les rend difficiles à comparer. Le juge de première instance devait comparer le projet, en pleine élaboration, d'une émission de télévision qui n'avait pas été réalisée avec un produit fini qui avait été diffusé à la télévision. Ce ne sont pas des œuvres qui se prêtent facilement à une comparaison visuelle côte à côte menée par un juge sans l'aide d'un expert.

[55] Finally, the works at issue had both patent and latent similarities. Or, as Dr. Perraton explained it, they shared "perceptible" and "intelligible" similarities. "Perceptible" similarities are those that can be directly observed, whereas "intelligible" similarities — such as atmosphere, dynamics, motifs, and structure — affect a viewer's experience of the work

[55] Enfin, les œuvres en question avaient à la fois des similitudes apparentes et des similitudes latentes. Ou, comme l'a expliqué le D^r^ Perraton, elles partageaient des similitudes « perceptibles » et des similitudes « intelligibles ». Les premières sont celles qui peuvent être directement observées, tandis que les secondes — comme l'ambiance, la dynamique,

indirectly. Expert evidence was necessary to assist the trial judge in distilling and comparing the "intelligible" aspects of the works at issue, which he would not otherwise appreciate. Consequently, the trial judge did not err in admitting the expert evidence of Dr. Perraton.

(5) Conclusion

[56] The Cinar appellants have failed to establish that the trial judge erred in concluding that they copied a substantial part of Robinson's work.

C. *The Personal Liability of Weinberg, Charest, and Davin for Infringement*

[57] France Animation, Cinar, Ravensburger, and RTV Family Entertainment no longer argue that they cannot be found liable in their capacity as producers of *Sucroë*. Nor does Izard argue that he cannot be found liable in his personal capacity. However, Weinberg, Charest, and Davin contend that they cannot be found personally liable for copyright infringement.

(1) Weinberg and Charest

[58] The trial judge found that Weinberg and Charest were personally liable for the infringement of Robinson's copyright, since they deliberately and knowingly engaged in the infringement.

[59] Weinberg argues that Robinson failed to establish on a balance of probabilities that he and Charest knowingly engaged in copyright infringement, contending that they had little direct involvement in the creative process of *Sucroë*.

[60] For a director and/or officer to be held liable for his or her company's infringement of a

les motifs et la structure — influent indirectement sur l'expérience vécue par le spectateur de l'œuvre. Le témoignage d'expert était nécessaire pour aider le juge de première instance à distiller et à comparer les aspects « intelligibles » des œuvres en question, qu'il n'aurait pas été en mesure d'apprécier sans ce témoignage. Par conséquent, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en admettant le témoignage d'expert du D^r^ Perraton.

(5) Résumé

[56] Les appelants Cinar n'ont pas réussi à démontrer que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu'ils avaient reproduit une partie importante de l'œuvre de M. Robinson.

C. *La responsabilité personnelle de M. Weinberg, de M^me^ Charest et de M. Davin pour violation du droit d'auteur*

[57] France Animation, Cinar, Ravensburger et RTV Family Entertainement ne soutiennent plus qu'ils ne peuvent pas être tenus responsables à titre de producteurs de *Sucroë*. De même, M. Izard ne prétend plus qu'il ne peut être tenu personnellement responsable. En revanche, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Davin soutiennent qu'ils ne peuvent être tenus personnellement responsables de la violation du droit d'auteur.

(1) M. Weinberg et M^me^ Charest

[58] Le juge de première instance a conclu que M. Weinberg et M^me^ Charest étaient personnellement responsables de la violation du droit d'auteur de M. Robinson puisqu'ils l'ont violé sciemment et délibérément.

[59] M. Weinberg prétend que M. Robinson n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que M^me^ Charest et lui avaient sciemment violé son droit d'auteur puisque, selon sa prétention, ils ont eu peu d'implication directe dans la création de *Sucroë*.

[60] Pour qu'un administrateur et/ou un dirigeant soit tenu responsable de la violation d'un droit

copyright, "there must be circumstances from which it is reasonable to conclude that the purpose of the director or officer was not the direction of the manufacturing and selling activity of the company in the ordinary course of his relationship to it but the deliberate, wilful and knowing pursuit of a course of conduct that was likely to constitute infringement or reflected an indifference to the risk of it": *Mentmore Manufacturing Co. v. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (F.C.A.), at pp. 204-5, *per* Le Dain J.

[61] The trial judge concluded from the whole of the evidence that Weinberg and Charest deliberately, wilfully, and knowingly infringed Robinson's copyright. This conclusion was supported by the evidence. The trial judge accepted testimony to the effect that Weinberg and Charest personally had access to and actively consulted Robinson's drawings during the development of *Sucroë* (paras. 786-99). He drew adverse inferences from Weinberg and Charest's persistent denials that they had access to Robinson's work, despite the fact that they were given copies of the work and even made comments on it in the course of their consultations with Pathonic (paras. 254-58). The findings of personal liability are supported by the evidence and should not be set aside.

(2) Davin

[62] The trial judge found Davin, the chief executive officer of France Animation at the relevant time, personally liable for copyright infringement. He relied on evidence that Davin was involved in schemes orchestrated by Cinar in order to fraudulently obtain royalties and government subsidies, and noted that Davin was the hierarchical superior of Izard, who was personally involved in the copying of Robinson's work. The Court of Appeal overturned this finding of personal liability on the ground that it was not supported by the evidence. I agree with the Court of Appeal's conclusion.

d'auteur commise par sa société, « il existe [. . .] certainement des circonstances à partir desquelles il y a lieu de conclure que ce que visait l'administrateur ou le dirigeant n'était pas la conduite ordinaire des activités de fabrication et de vente de celle-ci, mais plutôt la commission délibérée d'actes qui étaient de nature à constituer une contrefaçon ou qui reflètent une indifférence à l'égard du risque de contrefaçon » : *Mentmore Manufacturing Co. c. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (C.A.F.), p. 204-205, le juge Le Dain.

[61] À la lumière de l'ensemble de la preuve, le juge de première instance a conclu que M. Weinberg et M^me^ Charest avaient délibérément, volontairement et sciemment violé le droit d'auteur de M. Robinson. Cette conclusion était étayée par la preuve. Le juge a accepté le témoignage selon lequel M. Weinberg et M^me^ Charest avaient personnellement eu accès aux dessins de M. Robinson et les avaient consultés pendant l'élaboration de *Sucroë* (par. 786-799). Il a tiré des conclusions défavorables de la persistance de M. Weinberg et de M^me^ Charest à ne pas reconnaître qu'ils avaient eu accès à l'œuvre de M. Robinson, malgré le fait qu'ils avaient obtenu des copies de l'œuvre et même fait certains commentaires dans le cadre de leur mandat de consultants auprès de Pathonic (par. 254-258). Les conclusions selon lesquelles ils étaient personnellement responsables sont étayées par la preuve et ne devraient pas être annulées.

(2) M. Davin

[62] Le juge de première instance a tenu M. Davin, le président-directeur général de France Animation à l'époque pertinente, personnellement responsable de la violation du droit d'auteur. Pour ce faire, il s'est fondé sur des éléments de preuve démontrant que M. Davin avait participé à des stratagèmes de Cinar visant à toucher frauduleusement des redevances et des subventions gouvernementales. Il a aussi souligné que M. Davin était le supérieur de M. Izard qui, lui, avait personnellement participé à la reproduction de l'œuvre de M. Robinson. La Cour d'appel a infirmé cette conclusion selon laquelle M. Davin était personnellement responsable au motif qu'elle n'était pas étayée par la preuve. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel.

[63] The trial judge established Davin's liability by presumption, i.e. by the inductive process of inferring an unknown fact (Davin's personal participation in copyright infringement) from known facts (Davin's hierarchical position within France Animation and his participation in other fraudulent schemes): art. 2846 *CCQ*. Courts may only rely on presumptions that are "serious, precise and concordant": art. 2849 *CCQ*; see also *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258, at p. 262.

[64] The evidence relied upon by the trial judge did not support a serious, precise and concordant presumption that Davin was personally, deliberately and knowingly involved in the copying of Robinson's work, as required by *Mentmore*. The trial judge inferred Davin's knowing and deliberate participation from general circumstantial evidence. He observed that Davin was a [TRANSLATION] "Teflon man" who had participated in fraudulent schemes (para. 835). However, these schemes were unrelated to the copying of Robinson's work. Evidence of a dishonest and arrogant personality does not suffice to ground an inference of participation in copyright infringement. He also relied on Davin's position as Izard's hierarchical superior. Yet, this alone does not establish personal participation in copyright infringement. An officer of a corporation cannot be held personally liable for copyright infringement merely on the basis of his hierarchical status as officer.

[65] Robinson also argues that Davin "authorized" the copying of Robinson's work, within the meaning of s. 3 of the *Copyright Act*. "Under s. 27(1) of the *Copyright Act*, it is an infringement of copyright for anyone to do anything that the Act only allows owners to do, including authorizing the exercise of his or her own rights": *CCH*, at para. 37. As stated in *CCH*:

[63] Le juge de première instance a conclu à la responsabilité de M. Davin par présomption, c.-à-d. grâce au processus par lequel, de l'existence de faits connus (le poste occupé par M. Davin chez France Animation et sa participation à d'autres stratagèmes frauduleux), on induit l'existence d'un fait inconnu (la participation personnelle de M. Davin à la violation du droit d'auteur) : art. 2846 *CcQ*. Les tribunaux ne peuvent se fonder que sur des présomptions qui sont « graves, précises et concordantes » : art. 2849 *CcQ*; voir aussi *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258, p. 262.

[64] La preuve sur laquelle s'est fondé le juge de première instance n'appuyait pas une présomption grave, précise et concordante selon laquelle M. Davin avait personnellement, délibérément et sciemment participé à la reproduction de l'œuvre de M. Robinson, comme l'exige l'arrêt *Mentmore*. Le juge de première instance a déduit d'éléments de preuve circonstancielle générale que M. Davin y avait sciemment et délibérément participé. Il a souligné que M. Davin était le « personnage teflon » qui avait participé à des stratagèmes frauduleux (par. 835). Cependant, ces stratagèmes n'avaient rien à voir avec la reproduction de l'œuvre de M. Robinson. Or, la preuve d'une personnalité malhonnête et arrogante ne suffit pas à fonder une conclusion de participation à la violation d'un droit d'auteur. Le juge s'est aussi appuyé sur le statut de supérieur hiérarchique de M. Izard qu'avait M. Davin. Cela, pris isolément, ne permet toutefois pas d'établir sa participation personnelle à la violation du droit d'auteur. Le dirigeant d'une société ne saurait être tenu personnellement responsable de la violation d'un droit d'auteur sur la seule base de son statut de dirigeant.

[65] Monsieur Robinson prétend également que M. Davin a « autorisé » la reproduction de son œuvre, au sens de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. « Suivant le par. 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement d'un acte que seul le titulaire du droit d'auteur a, en vertu de la Loi, la faculté d'accomplir, y compris autoriser l'exercice de ses propres droits » : *CCH*, par. 37. Comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt *CCH* :

"Authorize" means to "sanction, approve and countenance" . . . . Countenance in the context of authorizing copyright infringement must be understood in its strongest dictionary meaning, namely "[g]ive approval to; sanction, permit; favour, encourage" . . . . Authorization is a question of fact that depends on the circumstances of each particular case and can be inferred from acts that are less than direct and positive, including a sufficient degree of indifference . . . . [References omitted; para. 38.]

« Autoriser » signifie « sanctionner, appuyer ou soutenir » (« *sanction, approve and countenance* ») [. . .] Lorsqu'il s'agit de déterminer si une violation du droit d'auteur a été autorisée, il faut attribuer au terme « *countenance* » son sens le plus fort mentionné dans le dictionnaire, soit [TRADUCTION] « approuver, sanctionner, permettre, favoriser, encourager » [. . .] L'autorisation est néanmoins une question de fait qui dépend de la situation propre à chaque espèce et peut s'inférer d'agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d'un degré suffisamment élevé d'indifférence . . . [Renvois omis; par. 38.]

[66] There is no evidence that Davin actively or passively authorized the copying of Robinson's work in this sense. Indeed, the record fails to establish that Davin even knew or should have known that *Sucroë* was developed by copying Robinson's work.

[66] Rien n'indique que M. Davin a autorisé, activement ou passivement, la reproduction de l'œuvre de M. Robinson en ce sens. De fait, la preuve au dossier n'établit pas que M. Davin savait même ou aurait dû savoir que *Sucroë* était une reproduction de l'œuvre de M. Robinson.

[67] Finally, Robinson argues that Davin is liable as a producer of *Sucroë*. His name appears as [TRANSLATION] "executive producer" in the show's credits in Canada, and as "*producteur délégué*" in France. This alone is insufficient to hold Davin personally liable. As executive producer, he was acting as an officer of France Animation. It is France Animation, as a corporate entity distinct from its directors and officers, that reproduced a substantial part of Robinson's work by commissioning and commercializing *Sucroë*. As the Court of Appeal correctly noted, various contracts establish that it is France Animation and its co-producers, Cinar and Ravensburger, who hired the production staff and assumed financial as well as artistic responsibility for the production of *Sucroë* (para. 141).

[67] Enfin, M. Robinson prétend que M. Davin est responsable en tant que producteur de *Sucroë*. Son nom apparaît dans le générique de l'émission comme « producteur exécutif » au Canada, et comme « producteur délégué » en France. Ce seul fait ne suffit pas pour tenir M. Davin personnellement responsable. En tant que producteur exécutif, il agissait à titre de dirigeant de France Animation. C'est France Animation, à titre de personne morale distincte de ses administrateurs et de ses dirigeants, qui a reproduit une partie importante de l'œuvre de M. Robinson en commandant et en commercialisant *Sucroë*. Comme l'a souligné à juste titre la Cour d'appel, plusieurs contrats démontrent que ce sont France Animation et ses coproducteurs, Cinar et Ravensburger, qui ont engagé le personnel nécessaire à la réalisation et qui ont assumé la responsabilité de la production de *Sucroë*, tant sur le plan artistique que sur le plan financier (par. 141).

[68] I accordingly agree with the Court of Appeal that Davin cannot be held personally liable for copyright infringement on any of the grounds argued by Robinson.

[68] Je conviens donc avec la Cour d'appel que M. Davin ne peut être tenu personnellement responsable de la violation du droit d'auteur pour l'un ou l'autre des motifs invoqués par M. Robinson.

D. *The Extra-contractual Liability of Cinar, Weinberg, and Charest*

D. *La responsabilité extracontractuelle de Cinar, de M. Weinberg et de M^me^ Charest*

[69] Having concluded that Cinar, Weinberg, and Charest are liable for copyright infringement, it is

[69] Vu ma conclusion que Cinar, M. Weinberg et M^me^ Charest sont responsables de la violation du

unnecessary to examine whether they can be found liable under Quebec's regime of extra-contractual liability. This form of liability was only argued in the alternative by Robinson and Nilem.

droit d'auteur, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils peuvent être tenus responsables sous le régime de responsabilité extracontractuelle du Québec. Cette forme de responsabilité n'a été invoquée que de façon subsidiaire par M. Robinson et Nilem.

E. *Disgorgement of Profits*

E. *La restitution des profits*

[70] Pursuant to s. 35 of the *Copyright Act*, the trial judge awarded both compensatory damages to account for Robinson's losses (including non-pecuniary damages, discussed below) and 50 percent of the profits made by the infringers, against all the Cinar appellants, on a solidary basis.

[70] En application de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le juge de première instance a condamné tous les appelants Cinar à payer solidairement à M. Robinson des dommages-intérêts compensatoires pour l'indemniser de ses pertes (y compris des dommages-intérêts non pécuniaires, dont il sera question plus loin) et 50 p. 100 des profits réalisés par les auteurs de la contrefaçon.

[71] The Court of Appeal took issue with the trial judge's award of profits and made several corrections. First, it excluded $1,117,816 in profits derived from *Sucroë*'s soundtrack, on the ground that there was no causal link between the infringement and the soundtrack. Second, it found that the trial judge erred in characterizing a payment of $684,000 from Ravensburger to France Animation (the "Ravensburger amount") as revenue, and excluded the amount from the calculation of profits. Third, it found that a payment of $1,111,201 made by Cinar to a partnership called Jaffa Road (the "Jaffa Road amount") should have been characterized as an expense and deducted from the calculation of profits. Fourth, it held that only the corporate defendants should have been ordered to disgorge profits, and that under s. 35 of the *Copyright Act* profits can only be ordered disgorged on a joint basis. Finally, it modified the date from which to calculate interest and the additional indemnity on the award of profits.

[71] La Cour d'appel s'est dite en désaccord avec le juge de première instance quant à la restitution des profits accordée et y a apporté plusieurs corrections. Premièrement, elle a soustrait la somme de 1 117 816 $ du calcul des profits provenant de la trame sonore de *Sucroë* au motif qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la contrefaçon et la trame sonore. Deuxièmement, elle a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en qualifiant de revenu la somme de 684 000 $ versée par Ravensburger à France Animation (la « somme de Ravensburger ») et elle a soustrait ce montant du calcul des profits. Troisièmement, elle a conclu que la somme de 1 111 201 $ versée par Cinar à une société de personnes nommée Jaffa Road (la « somme de Jaffa Road ») aurait dû être considérée comme une dépense et soustraite du calcul des profits. Quatrièmement, elle a conclu que seules les sociétés défenderesses auraient dû être condamnées à restituer les profits et que, selon l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*, ceux-ci ne peuvent être restitués que sur une base conjointe. Enfin, elle a modifié la date à retenir pour le calcul des intérêts et de l'indemnité additionnelle afférents à la restitution des profits.

[72] Having concluded that under s. 35 of the *Copyright Act* profits cannot be disgorged on a solidary basis, the Court of Appeal apportioned the total amount of profits between France Animation (60 percent), Ravensburger (15 percent), and Cinar (25 percent).

[72] Ayant conclu que l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne permet pas la restitution solidaire des profits, la Cour d'appel a réparti le montant total des profits entre France Animation (60 p. 100), Ravensburger (15 p. 100) et Cinar (25 p. 100).

[73] Robinson and Nilem now seek to have the trial judge's entire award of profits reinstated. No appeal is brought against the award of compensatory damages ordered by the trial judge under s. 35 of the *Copyright Act* for Robinson's pecuniary losses.

[74] The trial judge refused to order an accounting of profits, a decision which has not been appealed. Instead, he calculated the net profits made from *Sucroë* on the basis of documentary evidence produced by the parties. As a result, this Court does not have the benefit of the type of detailed record that typically results from a taking of accounts, and must confine itself to the trial judge's findings of fact and the documentary evidence on the record before it.

[75] I will deal in turn with each of the alleged defects in the trial judge's award of profits.

(1) Profits From the *Sucroë* Soundtrack

[76] The soundtrack to *Sucroë* is the result of an independent creative process. It was not copied from Robinson's work, but rather was incorporated into the materials that were copied. Robinson argues that there is nevertheless a causal link between the infringement and the profits derived from the soundtrack. In his view, the soundtrack is an inextricable component of a television show that was created through a process of copyright infringement. The Cinar appellants, for their part, argue that since the soundtrack results from independent creation, there can be no causal link between the infringement and the profits related to musical rights.

[77] Section 35 of the *Copyright Act* provides that a defendant can be ordered to "disgorge its profit to the extent that such profit is caused by the infringement. The requirement for a [causal] link between infringement and profit may require

[73] Monsieur Robinson et Nilem demandent maintenant le rétablissement de la restitution des profits ordonnée par le juge de première instance. Aucun appel n'est interjeté à l'encontre de la condamnation par le juge de première instance à verser des dommages-intérêts compensatoires en application de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* pour compenser les pertes pécuniaires de M. Robinson.

[74] Le juge de première instance a refusé d'ordonner la reddition de compte, une décision qui n'a pas été portée en appel. Il a plutôt calculé les profits nets tirés de *Sucroë* en s'appuyant sur la preuve documentaire produite par les parties. Par conséquent, la Cour n'a pas à sa disposition le genre de dossier détaillé qui résulte habituellement d'une reddition de compte et doit se contenter, d'une part, des conclusions de fait du juge de première instance et, d'autre part, de la preuve documentaire au dossier.

[75] Je vais examiner à tour de rôle chacune des failles qu'il y aurait dans la restitution des profits ordonnée par le juge de première instance.

(1) Les profits provenant de la trame sonore de *Sucroë*

[76] La trame sonore de *Sucroë* est le fruit d'un processus de création indépendant. Elle n'est pas le fruit d'une copie de l'œuvre de M. Robinson; elle a plutôt été incorporée à l'œuvre reproduite. M. Robinson prétend qu'il existe malgré tout un lien de causalité entre la contrefaçon et les profits provenant de la trame sonore. Selon lui, cette dernière constitue un élément inextricable d'une émission de télévision qui a été créée en violant un droit d'auteur. Pour leur part, les appelants Cinar prétendent que, comme la trame sonore est le fruit d'une création indépendante, il ne peut y avoir de lien de causalité entre la contrefaçon et les profits afférents aux droits musicaux.

[77] Suivant l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*, un défendeur peut être condamné à [TRADUCTION] « restituer ses profits dans la mesure où ils découlent de la contrefaçon. Comme il doit y avoir un lien de causalité entre la contrefaçon et les profits,

that the profit be apportioned between that which is attributable to the infringement and that which is not": McKeown, at p. 24-82.3 (emphasis added). The onus is on the infringer to "satisfactorily separate non-infringing from infringing activities": Vaver, at p. 653; *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (2d Cir. 1939), *per* Learned Hand J. In some cases, "an infringer may so interweave the right-holder's work with its own as to make separation impossible": Vaver, at p. 637.

[78] The apportionment of profits between infringing and non-infringing components of a work is essentially a factual determination which is subject to judicial discretion: *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618 (C.A.), at para. 23; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.), at para. 9. An appellate court may only disturb the trial judge's findings on apportionment if there are errors of law or palpable and overriding errors of fact (*Housen*).

[79] In the case at hand, the trial judge found that [TRANSLATION] "the music revenues cannot be dissociated from the overall . . . work" (para. 1016). The Court of Appeal disagreed and asked itself what profits would have been generated if the soundtrack had been commercialized as a separate product, independently of the infringing material (para. 196). It relied on the "differential profit" approach used in patent infringement cases, in which a comparison is made "between the defendant's profit attributable to the invention and his profit had he used the best non-infringing option": *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, at para. 102.

[80] In my view, the Court of Appeal erred by interfering with the trial judge's conclusion that the profits stemming from the soundtrack could not be dissociated from the profits derived from the

il peut être nécessaire de diviser ces derniers en profits attribuables à la contrefaçon et en profits non attribuables à la contrefaçon » : McKeown, p. 24-82.3 (je souligne). Il incombe au contrefacteur de [TRADUCTION] « dissocier, de façon satisfaisante, les activités qui constituent de la contrefaçon de celles qui n'en constituent pas » : Vaver, p. 653; *Sheldon c. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (2d Circ. 1939), le juge Learned Hand. Dans certains cas, « l'œuvre du contrefacteur est si inextricablement liée à celle du titulaire du droit d'auteur qu'il est impossible de les dissocier » : Vaver, p. 637.

[78] La répartition des profits entre les composantes d'une œuvre qui violent le droit d'auteur et celles qui ne le violent pas est essentiellement une décision factuelle qui relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal : *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [2001] 2 C.F. 618 (C.A.), par. 23; *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.), par. 9. La cour d'appel ne peut modifier les conclusions du juge de première instance sur la répartition des profits que si ce dernier a commis une erreur de droit ou une erreur de fait manifeste et dominante (*Housen*).

[79] En l'espèce, le juge de première instance a conclu que « les revenus musicaux ne peuvent être dissociés de l'ensemble de l'œuvre » (par. 1016). La Cour d'appel n'était pas de cet avis et s'est demandée quels profits auraient été réalisés si la trame sonore avait été commercialisée comme un produit distinct, indépendamment du matériel qui viole le droit d'auteur (par. 196). Elle s'est fondée sur la méthode du « profit différentiel » utilisée dans les affaires de contrefaçon de brevet, méthode qui consiste à comparer « le profit que l'invention a permis au défendeur de réaliser à celui que lui aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante » : *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, par. 102.

[80] À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance selon laquelle il est impossible de dissocier les profits provenant de la trame sonore

infringing material. The "differential profit" approach on which the Court of Appeal relied is generally used in cases where an infringement allows the infringer to commercialize a good in a more profitable manner than he could have without the infringement. However, there is no evidence that the soundtrack could have been commercialized as a separate product if *Curiosity* had not been infringed in the first place. The soundtrack was only commercialized as a component of the television show *Sucroë*, which was itself created by copying a substantial part of Robinson's work. The trial judge was entitled to conclude that the soundtrack had no stand-alone value, and that it generated profits only as an accessory to the television show. Consequently, he did not make a reviewable error in concluding that it was inappropriate to apportion profits to the soundtrack as a non-infringing component of the work.

de ceux tirés du matériel violant le droit d'auteur. La méthode du « profit différentiel » retenue par la Cour d'appel est généralement utilisée dans les affaires où la contrefaçon permet à son auteur de commercialiser un produit d'une façon plus rentable qu'il n'aurait pu le faire sans la contrefaçon. Cependant, rien n'indique que la trame sonore aurait pu être commercialisée de façon distincte si l'œuvre *Curiosité* n'avait pas été contrefaite au départ. La trame sonore a été commercialisée seulement à titre de composante de l'émission de télévision *Sucroë*, qui est elle-même une reproduction d'une partie importante de l'œuvre créée par M. Robinson. Le juge de première instance était en droit de conclure que la trame sonore n'avait aucune valeur en soi et qu'elle a généré des profits seulement à titre d'accessoire de l'émission de télévision. Par conséquent, il n'a pas commis une erreur susceptible de révision en concluant qu'il était inopportun de répartir les profits attribuables à la trame sonore en considérant celle-ci comme une composante de l'œuvre ne violant pas le droit d'auteur.

(2) The Ravensburger Amount

(2) La somme de Ravensburger

[81] The Ravensburger amount represents $684,000 that Ravensburger paid to France Animation. The trial judge characterized this as a form of revenue stemming from *Sucroë*. I agree with the Court of Appeal that this characterization constitutes a palpable and overriding error.

[81] La somme de Ravensburger désigne les 684 000 $ que cette dernière a versés à France Animation. Le juge de première instance a qualifié cette somme de revenu provenant de *Sucroë*. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que cette qualification constitue une erreur manifeste et dominante.

[82] The trial judge calculated the net profits stemming from *Sucroë* on a global basis, taking into account the revenue and expenses of all the coproducers. However, he treated the Ravensburger amount in isolation, looking only to the fact that it constituted a form of revenue for one of the coproducers, France Animation. This treatment of the Ravensburger amount was inconsistent with the global approach adopted elsewhere. The amount also represented an outlay of capital for another coproducer, Ravensburger. It was a contribution by Ravensburger to the financing of *Sucroë*, and its net effect was simply to partially shift the burden of the production expenses from France Animation to

[82] Le juge de première instance a calculé les profits nets tirés de *Sucroë* dans l'ensemble, en tenant compte des revenus et des dépenses de tous les coproducteurs. Cependant, il a analysé la somme de Ravensburger séparément, en s'attardant seulement au fait qu'il s'agissait d'une forme de revenu pour l'un des coproducteurs, France Animation. Cette analyse de la somme de Ravensburger ne concordait pas avec l'approche globale qu'il avait adoptée à l'égard des autres profits. La somme représentait aussi une dépense en capital pour un autre coproducteur, Ravensburger. Il s'agissait de la contribution de Ravensburger au financement de *Sucroë*, et elle a eu simplement pour effet net de

Ravensburger. The amount did not constitute a form of revenue for the group of co-producers *taken as a whole*. The Court of Appeal was correct to remove this amount from the revenues taken into account when calculating the profits generated by *Sucroë*.

(3) The Jaffa Road Amount

[83] Pursuant to a distribution agreement, Cinar sold an interest in *Sucroë* to Jaffa Road for $1,853,333. It is not contested that this amount was collected by Cinar and constitutes revenue stemming from *Sucroë*. In a later agreement, Jaffa Road transferred back to Cinar the distribution rights for Canada and the United States. That agreement provided that a minimum payment of $1,111,201 as part of a "revenue guarantee" would be due unconditionally by Cinar about a year after the execution of the agreement. The trial judge did not characterize this amount as an expense incurred by Cinar, whereas the Court of Appeal did.

[84] The substance of the trial judge's finding was that the Cinar appellants had not proven the actual occurrence of a transfer of $1,111,201 from Cinar to Jaffa Road (para. 1022). The document submitted to establish this payment provided only for a "revenue guarantee" to be paid a year from the moment of execution. No evidence was tendered to demonstrate that this guarantee was executed when it actually became due. The trial judge was entitled to conclude that this document did not constitute proof of payment of the amount. Contrary to the suggestion of the Court of Appeal, he had no obligation to take this evidence at face value. Consequently, I would not deduct this amount as an expense when calculating the profits from *Sucroë*.

(4) Ordering Disgorgement Against All Infringers on a Solidary Basis

[85] The trial judge ordered disgorgement against all the parties that he found liable for infringement on a solidary basis. The Court of Appeal held that this

faire passer, en partie, à Ravensburger le fardeau des dépenses de production qui incombait à France Animation. La somme ne constituait pas une forme de revenu pour le groupe de coproducteurs *pris dans son ensemble*. La Cour d'appel a donc eu raison de la soustraire des revenus pris en considération dans le calcul des profits générés par *Sucroë*.

(3) La somme de Jaffa Road

[83] Conformément à un contrat de distribution, Cinar a vendu pour 1 853 333 $ à Jaffa Road ses droits sur *Sucroë*. Personne ne conteste que cette somme a été perçue par Cinar et qu'elle constitue un revenu tiré de *Sucroë*. Dans un contrat subséquent, Jaffa Road a rétrocédé à Cinar ses droits de distribution au Canada et aux États-Unis. Aux termes de ce contrat, une somme minimale de 1 111 201 $ devait être versée par Cinar de façon inconditionnelle environ un an après la signature du contrat comme portion d'une « garantie de revenus ». Le juge de première instance n'a pas considéré cette somme comme une dépense engagée par Cinar. C'est toutefois ce qu'a fait la Cour d'appel.

[84] Selon le juge de première instance, essentiellement, les appelants Cinar n'avaient pas prouvé que Cinar avait réellement payé 1 111 201 $ à Jaffa Road (par. 1022). Dans le document présenté pour prouver que ce paiement avait été fait, il était seulement indiqué qu'une « garantie de revenus » devait être versée un an après la signature du contrat. Aucune preuve n'a été produite pour démontrer que cette garantie a été versée à la date d'échéance. Le juge de première instance était en droit de conclure que ce document ne constituait pas une preuve de paiement. Contrairement à ce qu'a laissé entendre la Cour d'appel, il n'était pas tenu d'accorder foi à cette preuve. Par conséquent, je ne soustrairais pas cette somme à titre de dépense du calcul des profits provenant de *Sucroë*.

(4) La condamnation de tous les contrefacteurs à restituer solidairement les profits

[85] Le juge de première instance a condamné toutes les parties qu'il a tenues responsables de la contrefaçon à restituer solidairement les profits.

misconstrued the disgorgement remedy under s. 35 of the *Copyright Act*. It held that a defendant can only be made to disgorge profits that it made, as opposed to the profits of other defendants with whom it participated in an infringement.

[86] I agree with the Court of Appeal. Section 35 of the *Copyright Act* provides a dual remedy for copyright infringement: damages for the plaintiff's losses and disgorgement of the profits retained by the defendant. Disgorgement of profits under s. 35 is designed mainly to prevent unjust enrichment, although it can also serve a secondary purpose of deterrence: Vaver, at p. 650. It is not intended to compensate the plaintiff. This remedy is not subject to the principles that govern general damages awarded under Quebec's law of extra-contractual liability, whose aim is compensatory. Consequently, solidarity of profits ordered disgorged under s. 35 of the *Copyright Act* cannot be inferred from art. 1526 of the *CCQ*, which makes co-authors of a fault solidarily liable for the "obligation to make reparation for injury caused to another".

[87] Disgorgement under s. 35 of the *Copyright Act* goes no further than is necessary to prevent each individual defendant from retaining a wrongful gain. Defendants cannot be held liable for the gains of co-defendants by imposing liability for disgorgement on a solidary basis.

[88] For the same reasons, Weinberg, Charest, and Izard are not personally liable to disgorge profits. The profits from *Sucroë* were retained by the corporate entities that acted as co-producers. Weinberg, Charest, and Izard should not be required to disgorge profits that they did not retain in their personal capacity.

[89] Having concluded that disgorgement must be ordered on a joint basis, I would maintain the

La Cour d'appel a conclu que cette décision tenait d'une mauvaise interprétation du recours en restitution fondé sur l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle a conclu qu'un défendeur ne peut être condamné à restituer que les profits qu'il a réalisés, et non les profits touchés par les autres défendeurs avec lesquels il a participé à la contrefaçon.

[86] Je suis d'accord avec la Cour d'appel. L'article 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* offre deux remèdes pour la violation du droit d'auteur : des dommages-intérêts pour les pertes subies par le demandeur et la restitution des profits réalisés par le défendeur. La restitution des profits prévue à l'art. 35 vise principalement à empêcher l'enrichissement injustifié, bien qu'elle ait aussi une fonction dissuasive secondaire : Vaver, p. 650. Sa raison d'être n'est pas d'indemniser le demandeur. Ce recours n'est pas assujetti aux principes qui régissent les dommages-intérêts généraux octroyés en vertu du droit québécois de la responsabilité extracontractuelle, qui visent un but compensatoire. Par conséquent, on ne peut pas déduire de l'art. 1526 du *CcQ* — qui impose aux coauteurs d'une faute « l'obligation [solidaire] de réparer le préjudice causé à autrui » — la solidarité de la restitution des profits ordonnée en application de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[87] La restitution des profits prévue à l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* se limite à ce qui est nécessaire pour empêcher chaque défendeur de conserver des gains illicites. On ne saurait donc tenir un défendeur responsable des gains des codéfendeurs en lui imposant l'obligation de restituer solidairement les profits.

[88] Pour les mêmes raisons, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard ne sont pas personnellement dans l'obligation de restituer les profits provenant de *Sucroë* puisque ceux-ci ont été conservés par les personnes morales qui ont agi à titre de coproducteurs. M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard ne devraient donc pas être tenus de restituer des profits qu'ils n'ont pas conservés en leur qualité personnelle.

[89] Ayant conclu que la restitution doit être ordonnée sur une base conjointe, je confirmerais la

Court of Appeal's apportionment. France Animation must disgorge 60 percent of the profits; Ravensburger, 15 percent; and Cinar, 25 percent.

(5) Interest and Additional Indemnity

[90] The trial judge applied interest and the additional indemnity (arts. 1618 and 1619 *CCQ*) to the award of profits from the date of the letter of demand, i.e. December 5, 1995.

[91] The Court of Appeal held that this amounted to imposing interest on the profits before they were earned. The profits ordered disgorged were earned during a period of over a decade, largely after December 5, 1995. Since the trial judge refused to order an accounting, it is impossible to apply the interest with precision. Consequently, the Court of Appeal applied interest and the additional indemnity from a date situated roughly at the halfway point of the period during which *Sucroë* generated revenue, i.e. July 1, 2001.

[92] The Court of Appeal's solution was fair in the circumstances of this case. The parties ordered to disgorge profits should not pay interest from a date clearly prior to the period during which the bulk of the profits were earned.

F. *Non-pecuniary Damages*

[93] The trial judge awarded Robinson $400,000 in non-pecuniary damages as compensation for his psychological suffering. He analogized Robinson's psychological suffering to the injury sustained by a victim of defamation.

[94] The Court of Appeal reduced this award of damages to $121,350. It reasoned that Robinson's physical symptoms of shock and depression stemmed from a bodily injury. Therefore, the trial judge should have applied the cap on non-pecuniary damages established by this Court in the *Andrews* trilogy.

répartition des profits décrétée par la Cour d'appel. France Animation doit ainsi restituer 60 p. 100 des profits, Ravensburger, 15 p. 100, et Cinar, 25 p. 100.

(5) Les intérêts et l'indemnité additionnelle

[90] Le juge de première instance a ajouté les intérêts et l'indemnité additionnelle (art. 1618 et 1619 *CcQ*) aux profits à restituer, et ce, à partir de la date de la mise en demeure, soit le 5 décembre 1995.

[91] La Cour d'appel a conclu que cela revenait à imposer des intérêts sur les profits avant qu'ils ne soient réalisés. Les profits à restituer ont été réalisés sur une période de plus de 10 ans, mais majoritairement après le 5 décembre 1995. Comme le juge de première instance a refusé d'ordonner une reddition de compte, il est impossible de fixer les intérêts avec précision. Par conséquent, la Cour d'appel a ajouté les intérêts et l'indemnité additionnelle calculés à compter du 1er juillet 2001, une date située approximativement au milieu de la période durant laquelle l'œuvre *Sucroë* a généré des revenus.

[92] La solution de la Cour d'appel était juste dans les circonstances de l'espèce. Les parties condamnées à restituer les profits ne devraient pas payer des intérêts à partir d'une date clairement antérieure à la période durant laquelle la majeure partie des profits a été réalisée.

F. *Les dommages-intérêts non pécuniaires*

[93] Le juge de première instance a accordé à M. Robinson 400 000 $ en dommages-intérêts non pécuniaires à titre de compensation pour son préjudice psychologique. Il a fait une analogie entre le préjudice psychologique subi par M. Robinson et le préjudice subi par une victime de diffamation.

[94] La Cour d'appel a réduit ces dommages-intérêts à 121 350 $. Elle a expliqué que les symptômes physiques de choc et de dépression ressentis par M. Robinson étaient attribuables à un préjudice corporel. Par conséquent, selon la Cour d'appel, le juge de première instance aurait dû appliquer le plafond fixé aux dommages-intérêts non pécuniaires par la Cour dans la trilogie *Andrews*.

(1) Applicability of the *Andrews* Cap

[95] In the *Andrews* trilogy, this Court set a cap of $100,000 on the non-pecuniary losses that can be recovered following catastrophic bodily injury. Non-pecuniary loss is a broad category that covers elements such as "loss of enjoyment of life, esthetic prejudice, physical and psychological pain and suffering, inconvenience, loss of amenities, and sexual prejudice": *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 63; *Andrews*, at p. 264. In cases where the cap applies, it is adjusted to account for inflation during the time that has elapsed since the trilogy was decided in 1978: *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629, at pp. 640-41.

[96] Although the cap was articulated by this Court in the context of appeals from common law provinces, it is applied by Quebec courts when assessing non-pecuniary damages stemming from bodily injury: J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, at pp. 481-84; D. Gardner, *Le préjudice corporel* (3rd ed. 2009), at pp. 376-77. This is consistent with the concern, expressed in *Andrews*, that the amounts of these non-pecuniary damages awards "should not vary greatly from one part of the country to another. Everyone in Canada, wherever he may reside, is entitled to a more or less equal measure of compensation for similar non-pecuniary loss" (p. 263).

[97] However, the *Andrews* cap is inapplicable to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury, such as those that result from defamation: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 168; see also *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494, in which Lamer J. failed to attract a majority with his proposition that damages in civil law defamation cases should be capped.

(1) L'applicabilité du plafond fixé dans *Andrews*

[95] Dans la trilogie *Andrews*, la Cour a fixé un plafond de 100 000 $ aux pertes non pécuniaires pour lesquelles il est possible d'obtenir réparation à la suite d'un préjudice corporel catastrophique. Les pertes non pécuniaires forment une catégorie qui regroupe des éléments disparates comme « la perte de jouissance de la vie, le préjudice esthétique, les douleurs et souffrances physiques et psychologiques, les inconvénients, de même que le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel » : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 63; *Andrews*, p. 264. Dans les cas où le plafond s'applique, il est ajusté en fonction de l'inflation depuis les trois arrêts rendus en 1978 : *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, p. 640-641.

[96] Bien que le plafond ait été fixé par la Cour dans le cadre de pourvois provenant de provinces de common law, les tribunaux québécois l'appliquent lorsqu'ils évaluent les dommages-intérêts non pécuniaires découlant d'un préjudice corporel : J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7e éd. 2007), vol. I, p. 481-484; D. Gardner, *Le préjudice corporel* (3e éd. 2009), p. 376-377. Cette uniformité est compatible avec le souci, exprimé dans *Andrews*, selon lequel « [i]l ne devrait pas y avoir de trop grandes disparités dans les indemnités accordées au Canada [pour ce type de dommages non pécuniaires]. Tous les Canadiens, où qu'ils résident, ont droit à une indemnisation à peu près équivalente pour des pertes non pécuniaires semblables » (p. 263).

[97] Cependant, le plafond fixé dans *Andrews* ne s'applique pas aux dommages-intérêts non pécuniaires qui ne découlent pas d'un préjudice corporel, comme ceux qui résultent de la diffamation : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 168; voir aussi *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, où la proposition du juge Lamer selon laquelle les dommages-intérêts dans les affaires de diffamation en droit civil devraient être assujettis à un plafond n'a pas recueilli l'appui de la majorité de la Cour.

[98] The Cinar appellants argue (i) that a cap should be imposed on all non-pecuniary damages, regardless of whether they stem from bodily injury, and alternatively (ii) that the non-pecuniary damages in this case do in fact stem from bodily injury.

[99] On the first argument, I would decline to extend the scope of application of the *Andrews* cap beyond non-pecuniary damages stemming from bodily injury. In *Hill*, this Court refused to apply the cap to non-pecuniary damages stemming from defamation. The Court reasoned that the policy concerns specific to bodily injury cases identified in the *Andrews* trilogy — namely the socially burdensome inflation of the amounts awarded as non-pecuniary damages — had not been made out in the field of defamation law. Likewise, the Cinar appellants have not persuaded me that there is an imminent risk of a burdensome upward trend in non-pecuniary damages awarded in copyright infringement cases.

[100] On the second argument, I do not agree that Robinson's non-pecuniary damages can be characterized as stemming from bodily injury, within the meaning of art. 1607 of the *CCQ*. In Quebec civil law, an injury can only be characterized as a bodily injury ("*préjudice corporel*") if "some form of a breach of physical integrity" is made out: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 62. In making this characterization, it is important to look to whether the act that caused the injury was itself a breach of the victim's physical integrity, rather than to whether the act had an impact on the physical health of the victim: Gardner, at p. 17. Conversely, "interferences with rights properly characterized as being of a moral nature will not be included within this class of claims": *Schreiber*, at para. 64.

[101] The infringement of Robinson's copyright was not a breach of his physical integrity. The infringement caused severe shock resulting in deterioration of Robinson's physical health. However, as discussed, impact on a victim's physical health

[98] Les appelants Cinar prétendent (i) qu'un plafond devrait être imposé à tous les dommages-intérêts non pécuniaires, qu'ils découlent ou non d'un préjudice corporel et, subsidiairement (ii) que les dommages-intérêts non pécuniaires en l'espèce résultent en fait d'un préjudice corporel.

[99] En ce qui concerne le premier argument, je refuserais d'étendre l'application du plafond fixé dans *Andrews* au-delà des dommages-intérêts non pécuniaires découlant d'un préjudice corporel. Dans *Hill*, la Cour a refusé d'appliquer le plafond aux dommages-intérêts non pécuniaires découlant de la diffamation. Elle a conclu que les considérations de principe propres aux affaires de préjudice corporel identifiées dans la trilogie *Andrews* — notamment l'augmentation outrancière, lourde de conséquences systémiques, des sommes accordées à titre de dommages-intérêts non pécuniaires — n'avaient pas été établies en droit de la diffamation. De même, les appelants Cinar ne m'ont pas convaincue qu'il existe un risque imminent d'augmentation outrancière des sommes accordées à titre de dommages-intérêts non pécuniaires dans les affaires de violation de droits d'auteur.

[100] En ce qui concerne le deuxième argument, je ne suis pas d'accord pour dire que le préjudice non pécuniaire subi par M. Robinson découle d'un préjudice corporel au sens de l'art. 1607 du *CcQ*. En droit civil québécois, un préjudice ne peut être qualifié de préjudice corporel que si « la présence d'une atteinte à l'intégrité physique » est établie : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 62. Pour qualifier le préjudice, il importe de déterminer si l'acte qui a causé le préjudice était en soi une atteinte à l'intégrité physique de la victime, plutôt que de déterminer si l'acte a eu une incidence sur la santé physique de la victime : Gardner, p. 17. À l'inverse, « l'atteinte à des droits dûment qualifiés de droits d'ordre moral n'est pas incluse dans cette catégorie d'actions » : *Schreiber*, par. 64.

[101] La violation du droit d'auteur de M. Robinson n'était pas une atteinte à son intégrité physique. Certes, elle lui a causé un grave choc qui a entraîné une détérioration de sa santé physique. Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, les

does not suffice to characterize the injury as a bodily injury, in the absence of a breach of physical integrity: see for example *Landry v. Audet*, 2011 QCCA 535 (CanLII), at para. 107, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. v. The Court of Appeal, with respect, lost sight of this distinction.

[102] It is more appropriate to characterize Robinson's psychological suffering as a non-pecuniary damage stemming from *material* injury. Indeed, the infringement of copyright was a breach of Robinson's property rights. It is the initial breach, rather than the consequences flowing from that breach, which serves to characterize the type of injury suffered. As Professor Gardner states it, [TRANSLATION] "the appropriation of Claude Robinson's work is, for him, a material injury with pecuniary consequences (the profits generated by using it) and non-pecuniary consequences (the stress, emotional distress or, in other words, psychological injury that results from it)": "Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations" (2012), 114 *R. du N.* 63, at p. 70. As discussed, the scope of application of the *Andrews* cap is limited; it does not apply to non-pecuniary damages stemming from material injury.

[103] Consequently, I conclude that in this case the Court of Appeal erred in applying the *Andrews* cap.

(2) Quantum

[104] The Cinar appellants contend that even if the *Andrews* cap is inapplicable to Robinson's non-pecuniary damages, the trial judge nevertheless committed a palpable and overriding error by awarding a grossly disproportionate amount under this head of damages.

[105] In Quebec, the quantum of non-pecuniary damages is generally assessed by combining a conceptual approach, a personal approach, and a functional approach: *St-Ferdinand*, at paras. 72-73,

répercussions sur la santé physique de la victime ne suffisent pas à qualifier le préjudice de préjudice corporel en l'absence d'une atteinte à l'intégrité physique : voir par exemple *Landry c. Audet*, 2011 QCCA 535, [2011] R.J.Q. 570, par. 107, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. v. Avec égards, la Cour d'appel a perdu de vue cette distinction.

[102] Il convient davantage de qualifier les souffrances psychologiques subies par M. Robinson de préjudice non pécuniaire découlant d'un préjudice *matériel*. De fait, la violation du droit d'auteur constituait une violation des droits de propriété de M. Robinson. C'est la violation initiale, plutôt que les conséquences de cette violation, qui sert de fondement pour décider du type de préjudice subi. Comme l'affirme le professeur Gardner, « la spoliation de l'œuvre de Claude Robinson constitue pour lui un préjudice matériel avec des conséquences pécuniaires (les profits générés par son exploitation) et des conséquences non pécuniaires (le stress, les souffrances morales ou, dit autrement, le préjudice psychologique qui en résulte) » : « Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations » (2012), 114 *R. du N.* 63, p. 70. Rappelons que le plafond fixé dans *Andrews* est d'application limitée; il ne s'applique pas à des dommages-intérêts non pécuniaires découlant d'un préjudice matériel.

[103] J'arrive donc à la conclusion que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le plafond fixé dans *Andrews* en l'espèce.

(2) Le montant des dommages-intérêts non pécuniaires

[104] Les appelants Cinar soutiennent que même si le plafond fixé dans *Andrews* ne s'applique pas aux dommages-intérêts non pécuniaires octroyés à M. Robinson, le juge de première instance a néanmoins commis une erreur manifeste et dominante en accordant une somme exagérément disproportionnée au titre de ces dommages-intérêts.

[105] Les tribunaux québécois établissent généralement le montant des dommages-intérêts non pécuniaires en combinant les approches conceptuelle, personnelle et fonctionnelle : *St-Ferdinand*,

75 and 77; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, at para. 101. The conceptual approach measures loss "based on an appreciation of the objective seriousness of the injury": *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. v. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872, at para. 83, *per* Kasirer J.A. The personal approach "seeks to evaluate, from a subjective point of view, the pain and inconvenience resulting from the injuries suffered by the victim": *St-Ferdinand*, at para. 75, citing A. Wéry, "L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l'arbitraire?", [1986] R.R.A. 355. The functional approach seeks to calculate the cost of measures that could provide solace to the victim: *Andrews*, at p. 262. These approaches "apply jointly, and thereby encourage a personalized evaluation" of non-pecuniary damages: *St-Ferdinand*, at para. 80.

[106] In addition to applying these approaches, courts assessing non-pecuniary damages should compare the case at hand to other analogous cases in which non-pecuniary damages were awarded: *Stations de la Vallée*, at para. 83. They must attempt to treat "like cases alike" (*ibid.*), by giving roughly similar compensation to victims whose injuries are alike when assessed from the point of view of the combined approaches discussed above. However, it is not helpful to compare cases where non-pecuniary damages are capped to those where they are not. Arguments to the effect that a victim of copyright infringement should not receive more compensation for non-pecuniary damages than an accident victim rendered quadriplegic carry no weight, since the *Andrews* cap applies as binding precedent in one case but not in the other.

[107] In this case, the trial judge relied heavily on the personal approach, emphasizing the subjective impact of the infringement of copyright on Robinson's mental state and personal life. He bolstered his analysis by comparing Robinson's anguish to the similar level of anguish experienced by the plaintiff in the defamation case *Société*

par. 72-73, 75 et 77; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 101. L'approche conceptuelle mesure la perte [TRADUCTION] « en fonction de la gravité objective du préjudice » : *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. c. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872, par. 83, le juge Kasirer. L'approche personnelle « s'attache plutôt à évaluer, d'un point de vue subjectif, la douleur et les inconvénients découlant des blessures subies par la victime » : *St-Ferdinand*, par. 75, citant A. Wéry, « L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles : du pragmatisme de l'arbitraire? », [1986] R.R.A. 355. Enfin, l'approche fonctionnelle vise à fixer une indemnité pour fournir à la victime une consolation : *Andrews*, p. 262. Ces approches « s'appliquent conjointement, favorisant ainsi l'évaluation personnalisée » des dommages-intérêts non pécuniaires : *St-Ferdinand*, par. 80.

[106] En plus d'appliquer ces approches, les tribunaux appelés à fixer le montant des dommages-intérêts non pécuniaires devraient comparer l'affaire dont ils sont saisis à d'autres affaires analogues où des dommages-intérêts non pécuniaires ont été octroyés : *Stations de la Vallée*, par. 83. Ils doivent tenter de traiter [TRADUCTION] « les cas semblables de semblable façon » (*ibid.*), en accordant des indemnités à peu près équivalentes aux victimes dont les préjudices sont semblables du point de vue des approches combinées dont il a été question précédemment. Cependant, il n'est pas utile de comparer des cas où les dommages-intérêts non pécuniaires sont plafonnés à des cas où ils ne le sont pas. Les arguments selon lesquels la victime d'une violation de son droit d'auteur ne devrait pas recevoir une indemnité plus élevée pour le préjudice non pécuniaire que la victime d'un accident devenue quadriplégique n'ont aucune valeur puisque le plafond fixé dans *Andrews* lie les tribunaux dans un cas, et non dans l'autre.

[107] En l'espèce, le juge de première instance s'est surtout fondé sur l'approche personnelle, soulignant les répercussions subjectives de la violation du droit d'auteur sur l'état mental et la vie personnelle de M. Robinson. Il a étayé son analyse en comparant l'angoisse subie par M. Robinson à celle subie par le demandeur dans l'affaire de diffamation

Radio-Canada v. Gilles E. Néron Communication Marketing inc., [2002] R.J.Q. 2639 (C.A.), aff'd 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95. In *Néron*, the Court of Appeal confirmed an award of non-pecuniary damages in the amount of $300,000. The trial judge also looked to the *Hill* case, in which this Court awarded $300,000 in general damages to a victim of defamation. He correctly took into account the fact that *Hill* had been decided over a decade before the case at hand, and that a valid comparison required the amount awarded to be adjusted for inflation.

Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc., [2002] R.J.Q. 2639 (C.A.), conf. par 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95. Dans cette décision, la Cour d'appel avait confirmé l'octroi de 300 000 $ à titre de dommages-intérêts non pécuniaires. Le juge de première instance a aussi examiné l'arrêt *Hill*, où la Cour a accordé 300 000 $ en dommages-intérêts généraux à une victime de diffamation. Il a tenu compte à juste titre du fait que *Hill* avait été tranché plus de 10 ans avant le présent pourvoi et que, pour que la comparaison soit valable, il fallait ajuster la somme octroyée en fonction de l'inflation.

[108] I agree with the trial judge that Robinson's non-pecuniary damages are analogous to those claimed by a victim of defamation. The product of Robinson's artistic exertions was taken from him and the integrity of his personal creative process was violated, causing deep psychological suffering. These harms are similar to those suffered by a victim of defamation.

[108] Je conviens avec le juge de première instance que le préjudice non pécuniaire de M. Robinson est semblable à celui invoqué par une victime de diffamation. Le fruit des efforts artistiques de M. Robinson lui a été enlevé, l'intégrité de son processus de création a été violée, et cela a provoqué chez lui une profonde détresse psychologique. Ces souffrances ressemblent à celles subies par une victime de diffamation.

[109] The trial judge had the advantage of observing Robinson in court over a long period of time and was well placed to conduct a personalized evaluation of his non-pecuniary damages. He made no palpable and overriding error in his assessment of Robinson's non-pecuniary damages.

[109] Le juge de première instance a eu l'occasion d'observer M. Robinson en salle d'audience sur une longue période et il était bien placé pour procéder à une évaluation personnalisée de son préjudice non pécuniaire; il n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son évaluation.

G. *Punitive Damages*

G. *Les dommages-intérêts punitifs*

[110] In addition to compensatory damages and disgorgement of profits, the trial judge awarded $1,000,000 in punitive damages on a solidary basis, against Cinar, Weinberg, Charest, Izard, Davin, and France Animation. He justified this award largely by referring to the persistently dishonest behaviour of these parties: they had engaged in fraudulent schemes to obtain royalties and government subsidies, had lied repeatedly about their involvement in these schemes, had lied to the court about their access to Robinson's work, and had treated Robinson with callous disregard.

[110] Outre les dommages-intérêts compensatoires et la restitution des profits, le juge de première instance a condamné Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest, M. Izard, M. Davin et France Animation à payer solidairement 1 000 000 $ en dommages-intérêts punitifs. Il a justifié en bonne partie l'octroi de ces dommages-intérêts en invoquant le comportement constamment malhonnête des parties en cause : elles ont participé à des stratagèmes frauduleux dans le but d'obtenir des redevances et des subventions gouvernementales, elles ont menti à répétition à propos de leur participation à ces stratagèmes, elles ont menti à la cour à propos de leur accès à l'œuvre de M. Robinson et elles ont fait preuve d'une totale indifférence à l'égard de ce dernier.

[111] The Court of Appeal reduced the award to $250,000, and apportioned jointly: $100,000 against Cinar, and $50,000 against each of Weinberg, Charest and Izard. It held that the other defendants had not intentionally and deliberately violated Robinson's rights, and were thus not liable for punitive damages; that the nature of punitive damages requires them to be assessed and awarded on an individualized basis, which precludes solidarity; and that the award of punitive damages in Quebec is governed by a spirit of moderation.

[112] Robinson and Nilem submit that the trial judge's award of punitive damages is not in error and that the Court of Appeal should not have interfered with it.

(1) Statutory Basis for Punitive Damages

[113] In Quebec, punitive damages can only be awarded where they are provided for by a specific enabling enactment: art. 1621 *CCQ*. The courts below did not fully examine the basis for the punitive damages awarded in this case, although the Court of Appeal alluded to the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Charter*").

[114] Section 49 of the *Charter* provides that punitive damages may be awarded if there is an unlawful and intentional interference with any of the rights and freedoms that the *Charter* recognizes. The evidence establishes unlawful and intentional interference with several of Robinson's *Charter* rights. Copyright infringement is a violation of s. 6 of the *Charter*, which provides that "[e]very person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law": see *Construction Denis Desjardins inc. v. Jeanson*, 2010 QCCA 1287 (CanLII), at para. 47. Additionally, the infringement of copyright in this case interfered with Robinson's personal

[111] La Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs à 250 000 $, a conclu qu'ils devaient être payés conjointement et les a répartis de la façon suivante : 100 000 $ pour Cinar, et 50 000 $ chacun pour M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard. Elle a aussi conclu que les autres défendeurs n'avaient pas intentionnellement et délibérément violé les droits de M. Robinson et que, par conséquent, ils n'avaient pas à payer de dommages-intérêts punitifs; que les dommages-intérêts punitifs, compte tenu de leur nature, doivent être évalués et attribués de façon individuelle, ce qui exclut la solidarité; et que la modération est de mise dans l'attribution de dommages-intérêts punitifs au Québec.

[112] Monsieur Robinson et Nilem prétendent que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en attribuant des dommages-intérêts punitifs et que la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier sa décision.

(1) Le fondement législatif des dommages-intérêts punitifs

[113] Au Québec, des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être attribués que s'ils sont prévus par une loi particulière : art. 1621 *CcQ*. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas examiné en profondeur le fondement des dommages-intérêts punitifs attribués en l'espèce, bien que la Cour d'appel ait fait allusion à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte* »).

[114] Aux termes de l'art. 49 de la *Charte*, des dommages-intérêts punitifs peuvent être attribués en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit ou à une liberté reconnus par la *Charte*. La preuve démontre qu'il y a eu atteinte illicite et intentionnelle à plusieurs droits garantis par la *Charte* à M. Robinson. La violation du droit d'auteur est une violation de l'art. 6 de la *Charte*, qui prévoit que « [t]oute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi » : voir *Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287, [2010] R.J.Q. 1600, par. 47. De plus, la violation du droit d'auteur en l'espèce a porté atteinte aux

rights to inviolability and to dignity, recognized by ss. 1 and 4 of the *Charter*.

[115] An interference with the right to inviolability "must affect the victim's physical, psychological or emotional equilibrium in something more than a fleeting manner": *St-Ferdinand*, at para. 97. The trial judge made detailed findings of fact to the effect that Robinson's psychological and emotional equilibrium was deeply affected as a result of the infringement and the ensuing legal proceedings (paras. 981-82).

[116] An interference with the right to dignity is a violation of "the respect to which every person is entitled simply because he or she is a human being and the respect that a person owes to himself or herself": *St-Ferdinand*, at para. 105. In *Markarian v. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314 (CanLII), the Quebec Superior Court found that

> [TRANSLATION] [a] lack of respect, contempt and degrading treatment constitute interference with dignity. They must reach a certain degree to be sanctioned under the Charter. [para. 589]

[117] Here, Cinar, Weinberg, Charest, and Izard consistently and contemptuously denied having access to Robinson's work, and disparaged Robinson's claims that they had copied his work. Their behaviour constitutes an interference with Robinson's *Charter* right to dignity, and provides an additional basis for the award of punitive damages.

(2) The Parties Liable for Punitive Damages

[118] The Court of Appeal was correct to conclude that only Cinar, Weinberg, Charest, and Izard could be found liable for punitive damages. Under s. 49 of the *Charter*, punitive damages are only awarded if an interference with protected rights and freedoms is "intentional". An interference is intentional "when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies

droits personnels de M. Robinson à l'intégrité et à la dignité, reconnus à l'article premier et à l'art. 4 de la *Charte*.

[115] L'atteinte au droit à l'intégrité « doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime » : *St-Ferdinand*, par. 97. Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait détaillées selon lesquelles l'équilibre psychologique et émotif de M. Robinson avait été profondément affecté par la contrefaçon et les procédures judiciaires qui ont suivi (par. 981-982).

[116] L'atteinte au droit à la dignité est une contravention au « respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même » : *St-Ferdinand*, par. 105. Dans *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314, [2006] R.J.Q. 2851, la Cour supérieure du Québec a conclu que

> [l]e manque de respect, le mépris et le traitement dégradant constituent des atteintes à la dignité. Ils doivent atteindre un certain degré pour être sanctionnés sous l'empire de la charte. [par. 589]

[117] En l'espèce, Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard ont constamment nié avoir eu accès à l'œuvre de M. Robinson et décrié avec mépris les allégations de M. Robinson selon lesquelles ils avaient reproduit son œuvre. Leur comportement constitue une atteinte au droit à la dignité garanti par la *Charte* à M. Robinson et un motif supplémentaire justifiant l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

(2) Les parties tenues de payer des dommages-intérêts punitifs

[118] La Cour d'appel a eu raison de conclure que seuls Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard pouvaient être tenus de payer des dommages-intérêts punitifs. Aux termes de l'art. 49 de la *Charte*, des dommages-intérêts punitifs ne sont attribués que si l'atteinte aux droits ou aux libertés garantis par la *Charte* est « intentionnelle ». Une atteinte est intentionnelle lorsque « l'auteur de l'atteinte

a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause": *St-Ferdinand*, at para. 121. The detailed findings of the trial judge establish intentional interference with protected rights by Cinar, Weinberg, Charest, and Izard.

[119] As discussed, the same cannot be said of Davin. The record does not support the contention that he had or should have had knowledge of the actions that gave rise to an interference with Robinson's *Charter* rights. Nor can France Animation be said to have engaged in an intentional interference with Robinson's rights as a result of its employer-employee relationship with Izard, who personally engaged in infringement. I agree with the Court of Appeal that Izard was a relatively low-level employee of France Animation and that the employer-employee relationship is not sufficient to hold France Animation liable for his intentional interference with Robinson's rights under the *Charter*. In order to establish that an employer shares its employee's intent to interfere with *Charter* rights, there must be evidence of factors such as "[o]rders given by the employer, knowledge of or failure to prohibit the unlawful acts, failure to order that the acts cease", or the employee's relatively elevated hierarchical position within the organization: *Gauthier*, at para. 111. These factors are not present here.

(3) Solidarity of Punitive Damages

[120] In my view, punitive damages cannot be awarded on a solidary basis under the *Charter*. I come to this conclusion for two reasons.

[121] First, there is no statutory basis, whether in the *Civil Code* or the *Charter*, for the solidarity

illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera » : *St-Ferdinand*, par. 121. Les conclusions détaillées du juge de première instance établissent que Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard ont intentionnellement porté atteinte à des droits garantis.

[119] Je le rappelle, on ne peut pas en dire autant de M. Davin. Le dossier n'étaye pas la prétention voulant qu'il ait été au courant des actes à l'origine de l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* à M. Robinson ou aurait dû l'être. On ne peut pas affirmer non plus que France Animation a intentionnellement porté atteinte aux droits de M. Robinson du fait de sa relation employeur-employé avec M. Izard, qui a personnellement participé à la contrefaçon. Je conviens avec la Cour d'appel que ce dernier occupait un échelon relativement bas de la hiérarchie de France Animation et que la relation employeur-employé ne suffit pas pour tenir cette dernière responsable de l'atteinte intentionnelle par son employé aux droits garantis par la *Charte* à M. Robinson. Pour prouver qu'un employeur partage l'intention de son employé de porter atteinte à des droits garantis par la *Charte*, il faut établir l'existence d'éléments comme « [l]es ordres donnés par le commettant, la connaissance ou la non-interdiction des actes illicites, l'omission d'ordonner la cessation de ceux-ci » ou le niveau hiérarchique relativement élevé du poste de l'employé au sein de l'organisation : *Gauthier*, par. 111. Ces éléments ne sont pas présents en l'espèce.

(3) La solidarité des dommages-intérêts punitifs

[120] À mon avis, la *Charte* ne permet pas d'attribuer des dommages-intérêts punitifs sur une base solidaire. J'arrive à cette conclusion pour deux raisons.

[121] Premièrement, la solidarité des dommages-intérêts punitifs ne repose sur aucun fondement

of punitive damages. In Quebec civil law, solidarity of obligations between debtors is the exception, rather than the norm: D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at p. 1524. Article 1525 of the *CCQ* provides that "[s]olidarity between debtors is not presumed; it exists only where it is expressly stipulated by the parties or imposed by law." Consequently, [TRANSLATION] "[i]n the absence of a contractual stipulation, solidarity is . . . available only if it is clearly provided for in a legislative provision": J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at p. 710.

[122] The Quebec Court of Appeal's jurisprudence is divided on the issue of whether there is a statutory basis for the solidarity of punitive damages awarded under the *Charter*. In *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, the court, *per* Dalphond J.A., held that art. 1526 of the *CCQ* provides a statutory basis for solidarity. It reasoned that the co-authors of an intentional interference with rights protected by the *Charter* are essentially in the same position as co-authors of an extra-contractual fault, who would be liable solidarily under art. 1526 of the *CCQ*.

[123] However, in *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, the court, *per* Pelletier J.A., found that art. 1526 of the *CCQ* does not provide a basis for awarding punitive damages on a solidary basis under the *Charter*. It noted that the provision applies to "[t]he obligation to make reparation for injury". This wording suggests that solidarity between co-authors of a fault only applies to compensatory damages, the purpose of which is to repair injury. The purpose of punitive damages, by contrast, is not to repair injury, but rather to achieve prevention, deterrence, and denunciation.

législatif, que ce soit dans le *Code civil* ou dans la *Charte*. En droit civil québécois, la solidarité des obligations entre les débiteurs est l'exception, et non la règle : D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2e éd. 2012), p. 1524. L'article 1525 du *CcQ* précise que « [l]a solidarité entre les débiteurs ne se présume pas; elle n'existe que lorsqu'elle est expressément stipulée par les parties ou prévue par la loi. » « Pour réclamer le bénéfice de la solidarité, en l'absence de stipulation contractuelle, il faut donc pouvoir invoquer un texte législatif qui l'accorde clairement » : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, p. 710.

[122] La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec est divisée sur la question de savoir si la solidarité des dommages-intérêts punitifs attribués en vertu de la *Charte* s'appuie sur un fondement législatif. Dans *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, le juge Dalphond a conclu, au nom de la Cour d'appel, que l'art. 1526 du *CcQ* fournit un fondement législatif à la solidarité puisque, selon son raisonnement, les coauteurs d'une atteinte intentionnelle à des droits garantis par la *Charte* se trouvent essentiellement dans la même situation que les coauteurs d'une faute extracontractuelle qui seraient tenus responsables solidairement en application de l'art. 1526 du *CcQ*.

[123] Cependant, dans *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, le juge Pelletier a conclu, au nom de la Cour d'appel, que l'art. 1526 du *CcQ* ne peut servir de fondement à l'attribution en vertu de la *Charte* de dommages-intérêts punitifs sur une base solidaire. La Cour d'appel a souligné que la disposition s'applique à « l'obligation de réparer le préjudice ». Cette formulation donne à penser que la solidarité entre les coauteurs d'une faute s'applique uniquement aux dommages-intérêts compensatoires, qui visent à réparer le préjudice. Or, les dommages-intérêts punitifs, eux, ont pour objectifs non pas la réparation du préjudice, mais la prévention, la dissuasion et la dénonciation.

[124] I prefer the reasoning and result in *Solomon*. The wording of art. 1526 of the *CCQ*, which emphasizes its application to the obligation to repair injury, does not extend to the *Charter*'s punitive damages regime. Moreover, in the years since both *Solomon* and *Genex* were decided, this Court has recognized that the punitive damages regime under the *Charter* is autonomous from the extracontractual civil liability regime established under the *Civil Code*: *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 44, *per* LeBel J. In my view, art. 1526 of the *CCQ* applies to extra-contractual fault causing injury and cannot ground the solidarity of punitive damages awarded under the *Charter*.

[125] The second reason for concluding that punitive damages cannot be awarded on a solidary basis is that this would be inconsistent with the principles set forth in art. 1621 of the *CCQ*, which provides:

1621. Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose.

Punitive damages are assessed in the light of all the appropriate circumstances, in particular the gravity of the debtor's fault, his patrimonial situation, the extent of the reparation for which he is already liable to the creditor and, where such is the case, the fact that the payment of the damages is wholly or partly assumed by a third person.

[126] Article 1621 of the *CCQ* expressly requires that the objectives of punitive damages — prevention, deterrence (both specific and general), and denunciation of acts that are particularly reprehensible in the opinion of the justice system — be taken into account when awarding them: *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265, at para. 155, *per* LeBel and Cromwell JJ. Among the non-exhaustive list of factors that should be taken into account when assessing the quantum of punitive damages are "(1) the gravity of the debtor's fault, (2) the debtor's patrimonial situation, (3) the extent of the reparation for which the debtor is

[124] Je préfère le raisonnement et le résultat dans *Solomon*. Le libellé de l'art. 1526 du *CcQ*, qui souligne son application à l'obligation de réparer le préjudice, ne s'étend pas aux dommages-intérêts punitifs prévus par la *Charte*. En outre, depuis que les arrêts *Solomon* et *Genex* ont été rendus, la Cour a reconnu l'autonomie du régime de dommages-intérêts punitifs de la *Charte* par rapport au régime de responsabilité civile extracontractuelle établi dans le *Code civil* : *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 44, le juge LeBel. À mon avis, l'art. 1526 du *CcQ* s'applique à la faute extracontractuelle qui entraîne un préjudice et ne peut servir de fondement à la solidarité des dommages-intérêts punitifs attribués en vertu de la *Charte*.

[125] La deuxième raison pour laquelle je suis arrivée à la conclusion que les dommages-intérêts punitifs ne peuvent être attribués sur une base solidaire est que cela serait incompatible avec les principes énoncés à l'art. 1621 du *CcQ*, selon lequel :

1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

[126] L'article 1621 du *CcQ* impose expressément la prise en compte des objectifs des dommages-intérêts punitifs — la prévention, la dissuasion (particulière et générale) et la dénonciation des actes qui sont particulièrement répréhensibles dans l'opinion de la justice : *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 155, les juges LeBel et Cromwell. Parmi les facteurs à prendre en compte au moment d'établir le montant des dommages-intérêts punitifs, mentionnons « (1) [. . .] la gravité de la faute du débiteur, (2) [. . .] sa situation patrimoniale ou (3) [. . .] l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que

already liable to the creditor and (4), where such is the case, the fact that the payment of the damages is wholly or partly assumed by a third person" (e.g. an insurer): *ibid.*, at para. 199.

[127] Both the objectives of punitive damages and the factors relevant to assessing them suggest that awards of punitive damages must be individually tailored to each defendant against whom they are ordered. This requirement of individualization militates against awarding punitive damages on a solidary basis.

[128] As art. 1621 of the *CCQ* makes clear, punitive damages "may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose". Whether the quantum of damages is sufficient to ensure prevention is determined by looking to factors that, by their very nature, are specific to each individual defendant against whom punitive damages are awarded: V. Karim, *Les obligations* (3rd ed. 2009), vol. 2, at pp. 801-2. The gravity of the conduct of several co-defendants may vary from one defendant to the other (*ibid.*). As well, the patrimonial situation of co-defendants, the extent of the reparation for which they are already liable, and the assumption of payments by a third party are all factors that are specific to each defendant.

[129] It has been argued that awarding punitive damages on a solidary basis against the co-authors of an intentional interference with *Charter* rights would contribute to the preventive purpose of these damages. [TRANSLATION] "In some cases, such a condemnation cannot help but encourage individuals to refuse to participate in civil faults such as this for fear of having to pay punitive damages in the place of a co-author": *Genex*, at para. 135, *per* Dalphond J.A.

[130] I agree that the possibility of being ordered to pay punitive damages on a solidary basis may have a deterrent effect. However, a properly tailored award of punitive damages, which takes into account the factors enumerated by art. 1621 of the *CCQ* and all other appropriate circumstances, will already achieve sufficient deterrence. Adding solidarity to a properly tailored award will only

(4) le cas échéant, [le] fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers » (p. ex. un assureur) : *ibid.*, par. 199.

[127] Les objectifs des dommages-intérêts punitifs et les facteurs pertinents pour les apprécier donnent à penser que ces dommages-intérêts doivent être adaptés à chaque défendeur condamné à les payer, ce qui milite contre leur attribution sur une base solidaire.

[128] Comme l'indique clairement l'art. 1621 du *CcQ*, les dommages-intérêts punitifs « ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». On détermine si le montant des dommages-intérêts est suffisant pour assurer la prévention en tenant compte de facteurs qui, de par leur nature même, sont propres à chaque défendeur condamné à verser des dommages-intérêts punitifs : V. Karim, *Les obligations* (3e éd. 2009), vol. 2, p. 801-802. La gravité du comportement des codéfendeurs peut varier d'un défendeur à l'autre (*ibid.*). De même, la situation patrimoniale des codéfendeurs, l'étendue de la réparation à laquelle ils sont déjà tenus et la prise en charge des paiements par un tiers sont tous des facteurs qui sont propres à chaque défendeur.

[129] On soutient que condamner les coauteurs d'une atteinte intentionnelle à des droits garantis par la *Charte* à payer solidairement des dommages-intérêts punitifs serait favorable à la fonction préventive de ces dommages-intérêts. « [D]ans certains cas, une telle condamnation ne peut qu'inciter une personne à refuser de s'associer à la commission d'une telle faute civile de peur de devoir répondre de dommages punitifs en lieu et place d'un coauteur » : *Genex*, par. 135, le juge Dalphond.

[130] Je conviens que la possibilité d'être condamné à payer solidairement des dommages-intérêts punitifs peut avoir un effet dissuasif. Cependant, l'octroi de dommages-intérêts punitifs bien adaptés au défendeur et qui tient compte des facteurs énumérés à l'art. 1621 du *CcQ* et de toutes les autres circonstances pertinentes aura déjà un effet suffisamment dissuasif. Le fait de rendre solidaires ces

create a risk that the amount of punitive damages exceeds what is sufficient to ensure prevention. This would be the case where one of the defendants is insolvent, which would prevent co-defendants from recovering that defendant's share of the damages and effectively increase the punitive damages for which they are liable: Jobin and Vézina, at p. 716.

[131] I add this. In *St-Ferdinand*, this Court awarded punitive damages on a solidary basis. L'Heureux-Dubé J. (writing for the Court), held that "nothing . . . would prevent joint and several liability [from] operating" in the context of an award of punitive damages, "as it does in respect of other kinds of damages" (para. 131). However, *St-Ferdinand* was decided under the provisions of the *Civil Code of Lower Canada*. In my view, the legislative and jurisprudential developments since that ruling, in particular the introduction of art. 1621 of the *CCQ*, justify departing from the precedent set in that case.

[132] For these reasons, I conclude that the trial judge erred by awarding punitive damages under the *Charter* on a solidary basis.

(4) Quantum of Punitive Damages

[133] The Court of Appeal reduced the award of punitive damages from $1,000,000 to $250,000. In my view, the Court of Appeal was correct to reassess the trial judge's award of damages. However, it gave too little weight to the gravity of Cinar, Weinberg, Charest, and Izard's conduct. I would award an amount of $500,000 in punitive damages.

[134] In *Richard*, this Court held that an appellate court may only interfere with a trial judge's assessment of punitive damages (1) if there is an error of law; or (2) if the amount is not rationally connected to the purposes for which the damages are awarded, namely prevention, deterrence (both specific and general), and denunciation (see para. 190).

dommages-intérêts punitifs fixés judicieusement ne ferait que créer le risque que leur montant excède ce qui est suffisant pour assurer la prévention. Ce serait le cas si l'un des défendeurs devenait insolvable, ce qui empêcherait les codéfendeurs de recouvrer la part des dommages-intérêts de ce défendeur et augmenterait en fait le montant des dommages-intérêts punitifs qu'ils devraient payer : Jobin et Vézina, p. 716.

[131] J'ajouterai ceci. La Cour a attribué des dommages-intérêts punitifs sur une base solidaire dans *St-Ferdinand*. S'exprimant au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que « rien [ne] s'oppose à ce que la solidarité joue » dans le contexte des dommages-intérêts punitifs « comme en matière de dommages d'une autre nature » (par. 131). Cependant, cet arrêt a été rendu en application des dispositions du *Code civil du Bas-Canada*. À mon avis, les développements législatifs et jurisprudentiels depuis cet arrêt, notamment l'adoption de l'art. 1621 du *CcQ*, justifient que l'on s'écarte du précédent établi dans cette affaire.

[132] Pour ces motifs, je conclus que le juge de première instance a commis une erreur en attribuant des dommages-intérêts punitifs en vertu de la *Charte* sur une base solidaire.

(4) Le montant des dommages-intérêts punitifs

[133] La Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs de 1 000 000 $ à 250 000 $. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de réévaluer les dommages-intérêts octroyés par le juge de première instance. Cependant, elle n'a pas accordé suffisamment d'importance à la gravité du comportement de Cinar, de M. Weinberg, de M^me^ Charest et de M. Izard. J'accorderais donc 500 000 $ en dommages-intérêts punitifs.

[134] La Cour a conclu dans *Richard* qu'une cour d'appel ne peut modifier le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance que (1) en présence d'une erreur de droit; ou que (2) lorsque ce montant n'a pas de lien rationnel avec les objectifs de l'attribution de dommages-intérêts punitifs, soit la prévention, la dissuasion (particulière et générale) et la dénonciation (voir par. 190).

[135] The Court of Appeal was justified in reducing the trial judge's award for punitive damages because the trial judge considered factors that were not relevant to the assessment. The trial judge took into account the fact that the Cinar appellants engaged in fraudulent schemes to obtain royalties and government subsidies to which they were not entitled. Here, punitive damages are being awarded because of an intentional interference with several of Robinson's rights under the *Charter*. Fraudulent schemes perpetrated against third parties may attract distinct remedies at civil law or sanctions at criminal law, but they are not relevant to the purposes pursued by this award of punitive damages. In light of this error of law, it is necessary to re-assess the quantum of punitive damages awarded by the trial judge: *Richard*, at para. 198.

[135] La Cour d'appel était justifiée de réduire le montant des dommages-intérêts punitifs octroyés par le juge de première instance puisque ce dernier a pris en considération des facteurs dénués de pertinence pour leur évaluation. Il a tenu compte du fait que les appelants Cinar avaient participé à des stratagèmes frauduleux pour obtenir des redevances et des subventions gouvernementales auxquelles ils n'avaient pas droit. Or, en l'espèce, des dommages-intérêts punitifs sont accordés en raison d'une atteinte intentionnelle à plusieurs droits garantis par la *Charte* à M. Robinson. Les stratagèmes frauduleux employés à l'endroit de tiers sont susceptibles d'entraîner des réparations distinctes en droit civil ou des sanctions pénales, mais ces réparations et sanctions n'ont rien à voir avec les objectifs visés par la condamnation à des dommages-intérêts punitifs en l'espèce. Compte tenu de cette erreur de droit, il faut réévaluer le montant des dommages-intérêts punitifs accordés par le juge de première instance : *Richard*, par. 198.

[136] As discussed, punitive damages are assessed by looking to the purposes they serve — prevention, deterrence, and denunciation. Factors to be considered include the gravity of the debtor's fault; the debtor's patrimonial situation; the extent of the reparation for which the debtor is already liable to the creditor; and the fact that the payment of damages will be wholly or partly assumed by a third person: art. 1621 *CCQ*. I also note that, in Quebec civil law, "it is perfectly acceptable to use punitive damages, as is done at common law, to relieve a wrongdoer of its profits where compensatory damages would amount to nothing more than an expense paid to earn greater profits while flouting the law": *Richard*, at para. 206.

[136] Rappelons-le, les dommages-intérêts punitifs sont évalués en fonction des fins auxquelles ils sont utilisés : la prévention, la dissuasion et la dénonciation. Parmi les facteurs à prendre en considération figurent la gravité de la faute du débiteur, sa situation patrimoniale, l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier et le fait que la prise en charge du paiement des dommages-intérêts sera, en tout ou en partie, assumée par un tiers : art. 1621 *CcQ*. Je souligne également qu'en droit civil québécois, « [i]l est [. . .] tout à fait acceptable [. . .] d'utiliser les dommages-intérêts punitifs, comme en common law, pour dépouiller l'auteur de la faute des profits qu'elle lui a rapportés lorsque le montant des dommages-intérêts compensatoires ne représenterait rien d'autre pour lui qu'une dépense lui ayant permis d'augmenter ses bénéfices tout en se moquant de la loi » : *Richard*, par. 206.

[137] In addition, particular attention must be paid to the gravity of the debtor's fault, which "is undoubtedly the most important factor": *Richard*, at para. 200. The gravity is assessed from two perspectives: ". . . the wrongful conduct of the wrongdoer and the seriousness of the infringement of the victim's rights" (*ibid.*).

[137] En outre, il faut accorder une attention particulière à la gravité de la faute du débiteur, qui « constitue sans aucun doute le facteur le plus important » : *Richard*, par. 200. Le degré de gravité s'apprécie sous deux angles : « . . . la conduite fautive de l'auteur et l'importance de l'atteinte aux droits de la victime » (*ibid.*).

[138] This said, punitive damages must be awarded with restraint. Article 1621 of the *CCQ* expressly provides that the award of punitive damages "may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose". The typical range for punitive damages in Quebec is between $5,000 and $250,000: see review of the case law in the reasons of the Court of Appeal, at para. 249. However, in cases where the gravity of the conduct warrants it, punitive damages reaching $1,000,000 or more have been awarded: *Markarian*; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595.

[139] In this case, the relevant factors point in different directions. On the one hand, the gravity of the conduct suggests a high amount of punitive damages. Cinar, Weinberg, Charest, and Izard engaged in intentional and calculated copyright infringement, which they planned to keep secret, all the while reaping profits from an internationally successful children's television series. They persistently denied having copied any portion of Robinson's work throughout the lengthy legal proceedings. Conduct of this nature threatens one of the fundamental goals of Canadian copyright law, namely "to prevent someone other than the creator [of a work] from appropriating whatever benefits may be generated": *Théberge*, at para. 30. The impact of this conduct on Robinson was equally serious. It deprived him not only of a source of revenue, but also of his sense of proprietorship over a project that had deep personal significance for him. He experienced profound anguish. Insult was added to injury by the callous denials of copying and by insinuations to the effect that Robinson was simply an attention-seeking eccentric.

[140] On the other hand, Cinar, Weinberg, Charest, and Izard have already been found liable towards Robinson for substantial amounts of money. As the Court of Appeal noted, they will be largely deprived of any benefits they may have gained from the infringement.

[138] Cela dit, les dommages-intérêts punitifs doivent être accordés avec retenue. L'article 1621 du *CcQ* prévoit expressément que les dommages-intérêts punitifs « ne peuvent pas excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». Au Québec, les dommages-intérêts punitifs varient habituellement entre 5 000 $ et 250 000 $: voir l'examen de la jurisprudence dans les motifs de la Cour d'appel, par. 249. Cependant, dans les cas où la gravité du comportement le justifie, les tribunaux ont accordé des dommages-intérêts punitifs s'élevant à 1 000 000 $ ou plus : *Markarian*; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595.

[139] Dans le présent pourvoi, les facteurs pertinents militent en faveur de résultats différents. D'une part, la gravité du comportement milite en faveur de dommages-intérêts punitifs élevés. Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard ont violé un droit d'auteur de manière intentionnelle et calculée. Ils prévoyaient garder le secret tout en tirant des profits d'une série télévisée pour enfants de renommée internationale. Ils ont continuellement nié avoir reproduit une partie de l'œuvre de M. Robinson pendant les longues procédures judiciaires. Une conduite de cette nature compromet la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux visés par la législation canadienne sur le droit d'auteur, à savoir « l'assurance que personne d'autre que le créateur [de l'œuvre] ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés » : *Théberge*, par. 30. Les conséquences de ce comportement pour M. Robinson sont tout aussi graves. Ce dernier a non seulement été privé d'une source de revenus, mais aussi de son sentiment de paternité et de contrôle sur un projet auquel il attribuait une valeur presque indicible. Il a souffert d'une douleur profonde. Et comme si cela ne suffisait pas, les appelants Cinar ont nié impitoyablement avoir reproduit son œuvre et insinué que M. Robinson n'était qu'un excentrique en quête d'attention.

[140] D'autre part, Cinar, M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard ont déjà été condamnés à payer à M. Robinson des sommes d'argent importantes. Comme l'a souligné la Cour d'appel, ils seront privés en bonne partie des avantages qu'ils peuvent avoir tirés de la contrefaçon.

[141] I would award $500,000 in punitive damages. The amount of $1,000,000 awarded by the trial judge is too high. It was awarded on the basis of irrelevant factors and did not give sufficient weight to the substantial amounts awarded under other heads of damages. On the other hand, the amount of $250,000 awarded by the Court of Appeal fails to fully reflect the gravity of the conduct and the need to deter others from engaging in similar conduct. The offending conduct was extremely lucrative; the penalties associated with it must be proportionally significant. An amount of $500,000 reaches an appropriate balance between the overarching principle of restraint that governs these damages, on the one hand, and the need to deter conduct of this gravity, on the other.

[142] Since I have found that these damages cannot be awarded on a solidary basis, I must apportion them among the parties. The Court of Appeal held Cinar liable for two-fifths of the amount of punitive damages, and each of Weinberg, Charest, and Izard liable for one-fifth. This appears to be reasonable, considering that Cinar drew greater financial benefit from the infringement than Weinberg, Charest, or Izard.

IV. Conclusion

[143] I conclude that the copyright in *Curiosity* was infringed. The trial judge committed no reviewable errors in finding that *Sucroë* reproduced a substantial part of *Curiosity*. The Cinar appellants incorrectly argue for an approach that dissects Robinson's work into its constituent parts. Rather, a qualitative and holistic approach must be adopted. In order to determine whether a substantial part of Robinson's work was copied, the features that were copied by the Cinar appellants must be considered cumulatively, in the context of Robinson's work taken as a whole. This is precisely the approach adopted by the trial judge. In addition, the expert evidence relied upon by the trial judge in his analysis was admissible.

[141] J'accorderais 500 000 $ en dommages-intérêts punitifs. Le montant de 1 000 000 $ octroyé par le juge de première instance est trop élevé. Ce dernier a tenu compte de facteurs non pertinents et n'a pas accordé suffisamment d'importance aux sommes considérables octroyées au titre d'autres catégories de dommages-intérêts. En revanche, la somme de 250 000 $ octroyée par la Cour d'appel ne reflète pas entièrement la gravité du comportement et la nécessité de dissuader d'autres personnes de se comporter pareillement. Le comportement fautif s'est révélé extrêmement lucratif; les pénalités qui en découlent doivent être proportionnellement lourdes. Le montant de 500 000 $ atteint un juste équilibre entre, d'une part, le principe de modération qui régit ces dommages-intérêts et, d'autre part, la nécessité de décourager un comportement de cette gravité.

[142] Vu ma conclusion que ces dommages-intérêts ne peuvent être attribués sur une base solidaire, je dois les répartir entre les parties. La Cour d'appel a condamné Cinar à payer les deux cinquièmes des dommages-intérêts punitifs, et M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard, à en payer un cinquième chacun. Cette décision semble raisonnable puisque Cinar a tiré plus d'avantages financiers de la contrefaçon que M. Weinberg, M^me^ Charest ou M. Izard.

IV. Conclusion

[143] Je conclus que le droit d'auteur relatif à *Curiosité* a été violé. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que *Sucroë* était une reproduction d'une partie importante de *Curiosité*. Les appelants Cinar plaident, à tort, en faveur d'une approche qui dissèque l'œuvre de M. Robinson en ses éléments constitutifs. Il faut plutôt adopter une approche qualitative et globale. Pour déterminer si une partie importante de l'œuvre de M. Robinson a été reproduite, les caractéristiques reprises par les appelants Cinar doivent être examinées cumulativement en tenant compte de l'œuvre de M. Robinson dans son ensemble. C'est justement l'approche qu'a adoptée le juge de première instance. De plus, la preuve d'expert sur laquelle il s'est fondé dans son analyse était admissible.

[144] On the issue of liability, I agree with the Court of Appeal that the record does not ground a finding of personal liability against Davin. As for Weinberg, Charest, and Izard, their personal liability for infringement is engaged. I also find Cinar, France Animation, Ravensburger, and RTV Family Entertainment liable for infringement.

[145] My conclusions on the issue of infringement make it unnecessary to examine the extra-contractual liability of Cinar, Weinberg, and Charest.

[146] With respect to damages, I agree with the Court of Appeal that profits cannot be ordered disgorged on a solidary basis under s. 35 of the *Copyright Act*. I also agree that a payment made by Ravensburger to France Animation could not be treated as revenue for the purpose of calculating profits. However, unlike the Court of Appeal, I would include in the calculation of profits those profits associated with the soundtrack of *Sucroë*. I would also refrain from deducting from the profits a payment that was allegedly made by Cinar to Jaffa Road. Finally, I would maintain the Court of Appeal's apportionment with respect to the disgorgement of profits.

[147] On the issue of non-pecuniary damages, the Court of Appeal erred in applying the *Andrews* trilogy cap to damages that did not stem from bodily harm. I find that the trial judge committed no palpable and overriding error in his assessment and would reinstate the award of $400,000.

[148] As regards punitive damages, I agree with the Court of Appeal that they cannot be awarded on a solidary basis. In addition, the Court of Appeal was correct to re-assess the quantum of damages, although it did not give sufficient weight to the gravity of the conduct in this case. I would award an amount of $500,000. Cinar is liable for two-fifths

[144] S'agissant de la responsabilité, je conviens avec la Cour d'appel que le dossier ne permet pas de conclure à la responsabilité personnelle de M. Davin. Pour ce qui est de M. Weinberg, de M^me^ Charest et de M. Izard, ils sont personnellement responsables pour la contrefaçon. Je tiens aussi Cinar, France Animation, Ravensburger et RTV Family Entertainment responsables de la contrefaçon.

[145] Vu mes conclusions sur la contrefaçon, il n'est pas nécessaire d'examiner la responsabilité extracontractuelle de Cinar, de M. Weinberg et de M^me^ Charest.

[146] En ce qui concerne les dommages-intérêts, je conviens avec la Cour d'appel que les profits ne peuvent pas être restitués solidairement en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je partage également son avis que la somme d'argent versée par Ravensburger à France Animation ne pouvait pas être considérée comme un revenu aux fins du calcul des profits. En revanche, j'inclurais dans ce calcul les profits provenant de la trame sonore de *Sucroë*. Je ne déduirais pas non plus des profits la somme d'argent qui aurait été versée par Cinar à Jaffa Road. Finalement, je maintiendrais la répartition fixée par la Cour d'appel quant à la restitution des profits.

[147] En ce qui concerne les dommages-intérêts non pécuniaires, la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* aux dommages-intérêts qui ne découlent pas d'un préjudice corporel. Pour ce qui est de leur montant, j'estime que le juge de première instance n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son évaluation et je rétablirais les dommages-intérêts non pécuniaires de 400 000 $.

[148] En ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs, je conviens avec la Cour d'appel qu'ils ne peuvent être attribués sur une base solidaire. Par ailleurs, la Cour d'appel a eu raison de réévaluer le montant des dommages-intérêts, mais elle n'a pas accordé suffisamment d'importance à la gravité du comportement en l'espèce. J'accorderais la somme

of that amount, and each of Weinberg, Charest, and Izard are liable for one-fifth.

[149] Finally, I agree with the Court of Appeal's solution with respect to the computation of interest and the additional indemnity.

[150] It follows that I would dismiss the appeals in files 34466, 34467, and 34468.

[151] With respect to file 34469, I would allow the appeal in part. Specifically, I would reinstate the profits from the *Sucroë* soundtrack and the Jaffa Road amount in the trial judge's calculation of profits; reinstate the trial judge's order of non-pecuniary damages; and award $500,000 in punitive damages, subject to apportionment on a joint basis as discussed in these reasons.

[152] I would award Robinson and Nilem costs throughout, in addition to the trial judge's award of $1,500,000 in solicitor-client costs for the proceedings at the trial level. The trial judge was well placed to observe the litigation strategy of the Cinar appellants, as well as all other factors relevant to exercising his discretion to award solicitor-client costs under the *Copyright Act*. I would decline to award Robinson and Nilem costs on a solicitor-client basis for the appeals before the Court of Appeal and this Court. There were serious points of law to argue and it is not established that, on appeal, the Cinar appellants acted in bad faith or otherwise conducted themselves in a manner that warrants an award of costs on a solicitor-client basis.

Appeals 34466, 34467 and 34468 dismissed. Appeal 34469 allowed in part with costs throughout.

Solicitors for the appellants (34466)/respondents (34469) Cinar Corporation and Les Films

de 500 000 $. Cinar est condamnée à payer les deux cinquièmes de ce montant, et M. Weinberg, M^me^ Charest et M. Izard doivent en payer chacun un cinquième.

[149] Enfin, je souscris à la solution retenue par la Cour d'appel en ce qui concerne le calcul des intérêts et de l'indemnité additionnelle.

[150] Ainsi, je suis d'avis de rejeter les pourvois interjetés dans les dossiers 34466, 34467 et 34468.

[151] En ce qui concerne le dossier 34469, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi. Plus particulièrement, je rétablirais les profits provenant de la trame sonore de *Sucroë* et la somme de Jaffa Road dans le calcul que le juge de première instance a fait des profits, je rétablirais les dommages-intérêts non pécuniaires accordés par ce dernier et j'accorderais 500 000 $ en dommages-intérêts punitifs, sous réserve de leur répartition sur une base conjointe conformément aux présents motifs.

[152] Je suis d'avis d'accorder à M. Robinson et à Nilem leurs dépens devant toutes les cours en plus des honoraires extrajudiciaires de 1 500 000 $ pour les procédures de première instance accordés par le juge du procès. Ce dernier était bien placé pour observer la stratégie des appelants Cinar, ainsi que tous les autres facteurs à prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder des honoraires extrajudiciaires en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je suis d'avis de refuser d'octroyer à M. Robinson et à Nilem les dépens sur une base avocat-client pour les appels devant la Cour d'appel et devant notre Cour. Il y avait des questions de droit importantes à débattre et il n'est pas établi que, en appel, les appelants Cinar ont agi de mauvaise foi ou qu'ils se sont autrement conduits d'une manière qui justifie l'octroi de dépens sur la base avocat-client.

Pourvois 34466, 34467 et 34468 rejetés. Pourvoi 34469 accueilli en partie avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs des appelantes (34466)/intimées (34469) Cinar Corporation et Les Films Cinar inc.

Cinar inc. and for the respondent (34469) 3918203 Canada Inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondents (34466, 34467, 34468)/appellants (34469) Claude Robinson and Les Productions Nilem inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Mannella Gauthier Tamaro, Montréal.

Solicitors for the appellants (34468)/respondents (34469) Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG and for the respondent (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent (34469) Christian Davin: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the appellants (34467)/respondents (34469) Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitors for the intervener Music Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

et de l'intimée (34469) 3918203 Canada Inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des intimés (34466, 34467, 34468)/appelants (34469) Claude Robinson et Les Productions Nilem inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Mannella Gauthier Tamaro, Montréal.

Procureurs des appelants (34468)/intimés (34469) Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG et de l'intimée (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimé (34469) Christian Davin : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs des appelants (34467)/intimés (34469) Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Music Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

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

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC v. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

2. Securities — Standard of Review — Limitation of Actions — Appellant entering into settlement agreement with Ontario Securities Commission in respect to certain possible improper actions — B.C. Securities Commission initiating secondary proceedings based on settlement agreement — B.C. Securities Act establishing limitation period of six years from date of "events" giving rise to proceedings — Whether "events" triggering six-year limitation period are the underlying misconduct giving rise to the settlement agreement, or the settlement agreement itself — Whether the standard of review of the Commission's decision should be correctness or reasonableness — Having regard to the standard of review, whether there is any basis to interfere with the Commission's interpretation — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 159, 161(6)(d).

MCLEAN v. BRITISH COLUMBIA (SECURITIES COMMISSION), 895.

ARBITRATION

Interest — Expropriation — Province reducing forestry company's allowable annual cut to create park — Forestry company seeking compensation for partial expropriation — Arbitrator awarding forestry company compound interest from date when Province reduced allowable annual cut to date of award — Whether arbitrator could award compound or only simple interest

ARBITRATION — (Concluded)

— Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 28 — Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79, s. 1.

BRITISH COLUMBIA (FORESTS) v. TEAL CEDAR PRODUCTS LTD., 301.

CIVIL PROCEDURE

1. Class actions — Certification — Indirect purchasers — Plaintiffs suing defendants for unlawful conduct in overcharging for its PC operating systems and PC applications software — Plaintiffs seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether indirect purchaser actions are available as a matter of law in Canada — Whether certification requirements are met — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

PRO-SYS CONSULTANTS LTD. v. MICROSOFT CORPORATION, 477.

2. Class actions — Certification — Direct and indirect purchasers — Plaintiffs allege that defendants fixed price of high-fructose corn syrup and overcharged direct purchasers and overcharge was passed on to indirect purchasers — Whether indirect purchasers have right to bring action against alleged overcharger — Whether inclusion of indirect and direct purchasers in proposed class warrants dismissing action — Whether case meets certification requirement of having an identifiable class of indirect purchasers — Whether direct purchasers have cause of action in constructive trust — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

SUN-RYPE PRODUCTS LTD. v. ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY, 545.

3. Class actions — Conditions for authorizing action — Direct and indirect purchasers — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Proposed group consisting of direct and indirect purchasers who suffered losses by absorbing, in whole or in part, inflated portion of price — Whether common questions arise — Whether cause of

CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

action can be rooted in passing on of artificially inflated prices resulting from anti-competitive practices — Whether it is sufficient to prove aggregate loss at authorization stage — Whether representative and designated member are qualified to adequately represent members of proposed group — Whether class action should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 1003, 1048.

INFINEON TECHNOLOGIES AG v. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

4. Class actions — Jurisdiction of Quebec court — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Whether Quebec courts have jurisdiction over dispute between international manufacturers and group consisting of direct and indirect purchasers located in Quebec given that alleged wrongdoing that forms basis of claim occurred outside Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3148(3).

INFINEON TECHNOLOGIES AG v. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

5. Class actions — Certification — Market timing — Investors suing mutual fund managers for breaching fiduciary duties to investors and negligence for failing to curb market timing activities — Investors seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether proposed investor class action meets preferability requirement for certification given settlement payments made to investors following proceedings conducted by Ontario Securities Commission — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d).

AIC LIMITED v. FISCHER, 949.

CONSTITUTIONAL LAW

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

MARINE SERVICES INTERNATIONAL LTD. v. RYAN ESTATE, 53.

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

DIVITO v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS), 157.

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

R. v. CHEHIL, 220.

4. Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused seeking to exclude evidence of marihuana seized during highway traffic stop — Whether accused was arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

R. v. MACKENZIE, 250.

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

R. v. MACKENZIE, 250.

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

6. Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search — Police obtaining warrant not specifying grounds for obtaining evidence of ownership or occupancy of residence and not mentioning search of computers and cellular telephones — Whether search warrant properly permitting a search for documents evidencing ownership or occupation — Whether warrant authorized search of computers and cellular telephone — If search was unlawful, whether evidence obtained should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. Vu, 657.

7. Charter of rights — Freedom of expression — Labour relations — Privacy — Union video-taping and photographing individuals crossing its picket line for use in its labour dispute — Whether legislation restricting the collection, use and disclosure of personal information violates union's expressive right under s. 2(b) of Charter and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401, 733.

8. Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person right by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guarantee — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

Canada (Attorney General) v. Bedford, 1101.

CONTRACTS

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

Payette v. Guay inc., 95.

2. Interpretation — Intention of parties — Intention declared in documents relating to transactions not reflecting common intention of parties because of errors made by professional advisors — Transactions having unforeseen tax consequences — Whether it is open to courts to intervene to find that amendments made by parties to documents associated with transactions were legitimate and necessary — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1425.

Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc., 838.

COURTS

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

Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario, 3.

2. Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge's findings on social and legislative facts.

Canada (Attorney General) v. Bedford, 1101.

CRIMINAL LAW

1. Appeals — Application for extension of time — Appellant pleading guilty to 14 charges between 1996 and 2005 — Appellant found unfit to stand trial in 2011 for reason of intellectual disability — Appellant subsequently seeking to have convictions entered between 1996 and 2005 set aside — Majority of Court of Appeal dismissing application for extension of time to appeal convictions — Court of Appeal not erring in dismissing application for extension of time.

R. v. R.L., 418.

2. Defences — Provocation — Self-induced provocation — Whether fact that accused induced act or words said to constitute provocation precludes defence of provocation from being left to jury — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

R. v. Cairney, 420.

3. Defences — Provocation — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether victim's provoking comments were sudden, in the sense that accused was caught unprepared and surprised by them — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

R. v. Pappas, 452.

4. Charge to jury — Eyewitness evidence — Whether trial judge instructed jury that it could convict accused based on eyewitness evidence alone — If so, whether such an instruction would constitute an error.

R. v. Hay, 694.

5. Evidence — Fresh evidence — Hair clipping evidence relied upon by Crown to explain accused's appearance at time of arrest as well as after-the-fact change of appearance — New forensic evidence reports and testimony to the effect that most hair clippings did not originate from scalp — Whether the accused's motion to adduce fresh evidence should be granted.

R. v. Hay, 694.

6. Offences — Uttering threats — Elements of offence — Actus reus — Mens rea — Respondent stating to fellow detainees that he would kill and/or harm Crown prosecutor, officer-investigator and witnesses involved in his trial — Whether it is necessary to prove threats were conveyed to their subjects and/or that accused intended they be so conveyed — Whether lower courts erred in finding that elements of offence not made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. McRae, 931.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

officer-investigator and witnesses involved in his trial — Whether it is necessary to prove threats were conveyed to their subjects and/or that accused intended they be so conveyed — Whether lower courts erred in finding that elements of offence not made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. McRae, 931.

EMPLOYMENT LAW

Wrongful dismissal — Damages — Compensating advantage — Dismissed employee drawing pension benefits upon dismissal — Trial judge establishing appropriate notice period at 20 months without deduction for pension benefits — Whether pension benefits constitute compensating advantage — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal.

IBM Canada Limited v. Waterman, 985.

ENVIRONMENTAL LAW

Offences — Obligation to report to Ministry of Environment discharge of contaminant into natural environment — Subcontractor's blasting operations propelling rock debris into air, damaging home and car — Subcontractor failing to report to Ministry of Environment discharge of contaminant — Whether reporting requirement triggered in this case — Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, s. 15(1).

Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment), 323.

FOOD AND DRUGS

Regulations — Validity — Province of Ontario enacting Regulations to effectively ban the sale of private label drugs by pharmacies — Purpose of Regulations to reduce drug prices — Whether Regulations are ultra vires on the ground that they are inconsistent with the statutory scheme

FOOD AND DRUGS — (Concluded)

and mandate — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Reg. 935, s. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, s. 12.0.2.

KATZ GROUP CANADA INC. v. ONTARIO (HEALTH AND LONG-TERM CARE), 810.

HEALTH LAW

Consent to withdrawal of treatment — Health practitioners — Physicians seeking to remove life support and provide palliative care to unconscious patient on basis that all appropriate treatments exhausted and continuation of life support of no medical benefit — Patient's substitute decision-maker disagreeing and refusing to provide consent — Whether withdrawal of treatment constitutes "treatment" under Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A — Whether consent regime under Act governs withdrawal of life support and therefore consent required — Whether substitute decision-maker's refusal to provide consent must be challenged before Consent and Capacity Board pursuant to the Act rather than in the courts under the common law — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 2(1), 10(1)(b), 20, 21, 37.

CUTHBERTSON v. RASOULI, 341.

INTELLECTUAL PROPERTY

1. Copyright — Infringement — Damages — Quantum — Disgorgement of profits — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of profits — Whether liability for disgorgement of profits may be imposed on a solidary basis — Whether Andrews trilogy cap applies to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of punitive damages — Whether punitive damages may be awarded on a solidary basis — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 35 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

CINAR CORPORATION v. ROBINSON, 1168.

INTELLECTUAL PROPERTY — (Concluded)

2. Copyright — Infringement — Reproduction of a substantial part of an original work — Whether trial judge failed to follow correct approach in assessing whether a "substantial part" of a work was reproduced — Whether trial judge failed to give sufficient weight to differences between works at issue — Whether trial judge erred in finding that features of original work are protected by the Copyright Act — Whether trial judge erred by relying on inadmissible expert evidence.

CINAR CORPORATION v. ROBINSON, 1168.

LEGISLATION

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

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC v. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

POLICE

Investigations — Special Investigations Unit — Right to counsel — Duty to make notes — Whether police officers have right to consult with counsel before making notes on incident — Whether police officers are entitled to basic legal advice as to nature of rights and obligations in connection with incident — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15,

POLICE — (Concluded)

s. 113 — Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 7, 9.

Wood v. Schaeffer, 1053.

PROVINCIAL OFFENCES

1. Defences — Due diligence — Officially induced error — Conditions for availability of defence based on reasonable mistake of law — Whether official's passive conduct may be reasonably relied on as approval or inducement.

La Souveraine, Compagnie d'assurance générale v. Autorité des marchés financiers, 756.

2. Financial products and services — Nature of offence — Strict liability — Insurance company charged with committing offence on number of occasions by helping or inducing, through its consent and/or authorization, third party to violate regulatory provision — Regulator not responding to written explanations from insurance company before issuing statements of offence — Whether offence at issue one of strict liability — If so, whether proof of mens rea required — Whether actus reus of offence proved beyond reasonable doubt — Whether offence is discrete offence or party liability offence — Whether single conviction should be substituted for multiple convictions entered at trial — Act respecting the distribution of financial products and services, R.S.Q., c. D-9.2, ss. 482, 491.

La Souveraine, Compagnie d'assurance générale v. Autorité des marchés financiers, 756.

PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Jurisdictional immunity — International organizations — Former senior manager of international organization headquartered in Canada filing wrongful dismissal suit — International organization claiming immunity under Order reflecting agreement with Canada — Whether claimed immunity applies — Meaning of immunities "required" for performance of functions — Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order, SOR/80-64, s. 3(1).

Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization, 866.

TAXATION

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

Envision Credit Union v. Canada, 191.

INDEX

ALIMENTS ET DROGUES

Règlements — Validité — Adoption, par la province de l'Ontario, de règlements ayant pour effet d'interdire effectivement la vente, par les pharmacies, de médicaments sous marque de distributeur — Règlements ayant pour objectif de réduire les prix des médicaments — Les règlements sont-ils ultra vires au motif qu'ils sont incompatibles avec l'objet et le mandat de la loi? — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Règl. 935, art. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, art. 12.0.2.

KATZ GROUP CANADA INC. c. ONTARIO (SANTÉ ET SOINS DE LONGUE DURÉE), 810.

ARBITRAGE

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

COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORÊTS) c. TEAL CEDAR PRODUCTS LTD., 301.

CONTRATS

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

PAYETTE c. GUAY INC., 95.

2. Interprétation — Intention des parties — Volonté déclarée dans des documents relatifs à des transactions ne reflétant pas la commune intention des parties en raison d'erreurs commises par des professionnels — Transactions entraînant des impacts fiscaux non prévus — Les tribunaux peuvent-ils intervenir pour constater la légitimité et la nécessité des modifications apportées par les parties aux documents afférents aux transactions? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1425.

QUÉBEC (AGENCE DU REVENU) c. SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC., 838.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Régie des rentes du Québec procédant à la terminaison partielle d'un régime de retraite — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite entrée en vigueur après l'annulation de la décision de la Régie par la Cour d'appel et son renvoi devant la Régie pour que cette dernière statue à nouveau sur l'affaire — La Régie pouvait-elle tenir compte des nouvelles dispositions déclaratoires pour statuer sur l'affaire? — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2008, ch. 21 — Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 14.1, 228.1, 319.1.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC c. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

2. Valeurs mobilières — Norme de contrôle — Prescription — Règlement intervenu entre l'appelante et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario relativement à de possibles irrégularités — Instance secondaire engagée par la Commission des valeurs mobilières de la C.-B. sur le

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

fondement de ce règlement — Loi sur les valeurs mobilières de la C.-B. prévoyant un délai de prescription de six ans à compter de « l'événement » qui donne lieu à l'instance — L'« événement » à partir duquel commence à courir le délai de six ans correspond-il à l'inconduite qui est à l'origine du règlement ou au règlement lui-même? — La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Au regard de la bonne norme de contrôle, quelque élément justifie-t-il que l'on réforme l'interprétation de la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 159, 161(6)d).

McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission), 895.

DROIT CONSTITUTIONNEL

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

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

2. Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Extradition de l'accusé au Canada pour être jugé à l'égard de nombreuses accusations d'attentat à la pudeur et de grossière indécence — Délai de plus de 14 ans entre le dépôt des accusations et le procès, dont 12 environ sont imputables au temps mis par la Couronne à agir pour obtenir l'extradition de l'accusé — Demande d'arrêt des procédures présentée par l'accusé en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations et après celui-ci — Cette demande a été rejetée et l'accusé a été déclaré coupable au procès — Le droit de ce dernier d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé en raison du délai écoulé après le dépôt des accusations — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

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

3. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Bagage à bord d'un avion — Accusé, passager de l'avion, soupçonné par la police de transporter de la drogue — Bagage enregistré de l'accusé soumis par la police à un contrôle par un chien détecteur de drogue — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — Le chien détecteur était-il suffisamment fiable pour que la fouille effectuée au moyen de l'animal soit jugée non abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. Chehil, 220.

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

R. c. MacKenzie, 250.

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

R. c. MacKenzie, 250.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité de la fouille — Obtention par la police d'un mandat ne précisant pas les motifs de la recherche de preuves confirmant l'identité des propriétaires ou occupants d'une résidence et ne mentionnant pas la fouille d'ordinateurs et de téléphones cellulaires — Le mandat de perquisition autorisait-il dûment la recherche de documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants? — Le mandat autorisait-il

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

la fouille des ordinateurs et du téléphone cellulaire? — Si la fouille était illégale, la preuve obtenue devait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. Vu, 657.

7. Charte des droits — Liberté d'expression — Relations de travail — Droit à la vie privée — Syndicat filme et photographie des personnes franchissant sa ligne de piquetage pour se servir des enregistrements dans le cadre du conflit de travail en cours — La loi qui restreint la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression du syndicat protégé par l'art. 2b) de la Charte et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401, 733.

8. Charte des droits — Droit à la sécurité de la personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1)j), 213(1)c).

Canada (Procureur général) c. Bedford, 1101.

DROIT CRIMINEL

1. Appels — Requête en prorogation de délai — Appelant a plaidé coupable à 14 chefs d'accusation entre 1996 et 2005 — Appelant a été jugé inapte à subir un procès en 2011 en raison d'une déficience intellectuelle — Appelant cherche par la suite à faire casser les condamnations prononcées contre lui entre 1996 et 2005 — Juges majoritaires de la Cour d'appel rejettent la requête en prorogation du délai pour en appeler des condamnations — La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en rejetant la requête en prorogation de délai.

R. c. R.L., 418.

2. Moyens de défense — Provocation — Provocation induite — Le fait que l'accusé a été à l'origine de l'action ou des paroles qui auraient constitué une provocation empêche-t-il que la défense de provocation puisse être soumise à l'appréciation du jury? — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et conféraient-ils une vraisemblance au moyen de défense? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. c. Cairney, 420.

3. Moyens de défense — Provocation — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et rendaient-ils le moyen de défense vraisemblable? — Les remarques provocatrices de la victime ont-elles été soudaines au sens où elles étaient inattendues et ont pris l'accusé par surprise? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. c. Pappas, 452.

4. Exposé au jury — Déposition d'un témoin oculaire — Le juge du procès a-t-il donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable sur le seul fondement de la déposition d'un témoin oculaire? — Dans l'affirmative, pareille directive était-elle erronée?

R. c. Hay, 694.

5. Preuve — Nouvel élément de preuve — Bouts de poils mis en preuve par le ministère public pour expliquer l'apparence de l'accusé au moment de son arrestation et la modification de son apparence après le fait — Nouveaux rapports et témoignages d'experts en criminalistique indiquant que la plupart des bouts de poils ne provenaient pas du cuir chevelu — Y a-t-il lieu d'accueillir la requête de l'accusé en production de nouveaux éléments de preuve?

R. c. Hay, 694.

6. Infractions — Proférer des menaces — Éléments de l'infraction — Actus reus — Mens rea — Intimé confiant à des codétenus qu'il allait causer la mort de la procureure de

DROIT CRIMINEL — (Fin)

la Couronne, d'un policier-enquêteur et des témoins impliqués dans son procès et/ou leur infliger des lésions corporelles — Est-il nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises aux personnes visées et/ou que l'accusé entendait qu'elles soient ainsi transmises? — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que des éléments de l'infraction n'avaient pas été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)a).

R. c. McRae, 931.

DROIT DE L'EMPLOI

Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Avantage compensatoire — Employé congédié touchant des prestations de retraite à compter de son congédiement — Juge de première instance estimant approprié un préavis de 20 mois sans déduction des prestations de retraite reçues — Les prestations de retraite constituent-elles un avantage compensatoire? — Les prestations de retraite devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?

IBM Canada Limitée c. Waterman, 985.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Infractions — Obligation d'aviser le ministère de l'Environnement du rejet d'un contaminant dans l'environnement naturel — Opérations de dynamitage d'un sous-traitant entraînent la projection dans les airs d'éclats de roc, endommageant une demeure et une voiture — Omission par le sous-traitant d'aviser le ministère de l'Environnement du rejet du contaminant — L'obligation d'aviser est-elle entrée en jeu en l'espèce? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 15(1).

Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement), 323.

DROIT DE LA SANTÉ

Consentement au retrait d'un traitement — Praticiens de la santé — Médecins souhaitant retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs à un patient inconscient au motif que tous les traitements appropriés ont été administrés et que le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique — La mandataire spéciale du patient n'est pas d'accord et refuse de donner son consentement — Le retrait d'un traitement constitue-t-il un « traitement » au sens de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A? — Le régime en matière de consentement prévu par la Loi s'applique-t-il au retrait du traitement de maintien de la vie de sorte qu'un consentement est nécessaire? — Le refus de la mandataire spéciale de donner son consentement doit-il être contesté devant la Commission du consentement et de la capacité sous le régime de la Loi plutôt que devant les tribunaux sous le régime de la common law? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 2(1), 10(1)b), 20, 21, 37.

Cuthbertson c. Rasouli, 341.

DROIT FISCAL

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

Envision Credit Union c. Canada, 191.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Immunité de juridiction — Organisations internationales — Poursuite pour congédiement injustifié par un ancien cadre supérieur d'une organisation

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC — (Fin)

internationale dont le siège est au Canada — Revendication par l'organisation internationale de l'immunité de juridiction fondée sur le décret énonçant l'entente conclue entre elle et le Canada — L'immunité revendiquée s'applique-t-elle? — Sens des immunités qu'« exige » l'exercice de fonctions? — Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest, DORS/80-64, art. 3(1).

AMARATUNGA C. ORGANISATION DES PÊCHES DE L'ATLANTIQUE NORD-OUEST, 866.

INFRACTIONS PROVINCIALES

1. Moyens de défense — Diligence raisonnable — Erreur provoquée par une personne en autorité — Conditions de recevabilité de la défense fondée sur une erreur de droit raisonnable — La conduite passive d'une personne en autorité peut-elle raisonnablement être interprétée comme une approbation ou une incitation?

LA SOUVERAINE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE C. AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, 756.

2. Produits et services financiers — Nature des infractions — Responsabilité stricte — Société d'assurance accusée d'avoir commis une infraction à de multiples reprises en aidant ou en amenant, par son consentement et/ou son autorisation, un tiers à enfreindre une disposition de droit réglementaire — Autorité réglementaire n'ayant pas répondu aux explications écrites de la société d'assurance avant d'émettre les constats d'infraction — L'infraction en cause est-elle de responsabilité stricte? — Dans l'affirmative, la preuve de la mens rea est-elle requise? — La preuve de l'actus reus de l'infraction a-t-elle été faite hors de tout doute raisonnable? — L'infraction reprochée constitue-t-elle une infraction distincte ou une infraction de responsabilité stricte en tant que participant? — Les déclarations de culpabilité multiples inscrites au procès devraient-elles être remplacées par une seule déclaration de culpabilité? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., ch. D-9.2, art. 482, 491.

LA SOUVERAINE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE C. AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, 756.

LÉGISLATION

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

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC C. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

POLICE

Enquêtes — Unité des enquêtes spéciales — Droit à l'avocat — Obligation de rédiger des notes — L'agent de police a-t-il le droit de consulter un avocat avant de rédiger ses notes au sujet d'un incident? — L'agent de police a-t-il le droit d'obtenir des conseils juridiques de base quant à la nature de ses droits et de ses obligations relativement à l'incident? — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 113 — Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10, art. 7, 9.

WOOD C. SCHAEFFER, 1053.

PROCÉDURE CIVILE

1. Recours collectifs — Certification — Acheteurs indirects — Action intentée contre les défenderesses au motif qu'elles auraient agi illégalement en majorant le prix de leurs systèmes d'exploitation et de leurs logiciels d'application pour ordinateur personnel — Demande de

PROCÉDURE CIVILE — (Suite)

certification d'une action à titre de recours collectif en application des dispositions provinciales sur les recours collectifs — L'acheteur indirect dispose-t-il d'un recours en droit canadien? — Respect des conditions de certification — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

PRO-SYS CONSULTANTS LTD. c. MICROSOFT CORPORATION, 477.

2. Recours collectifs — Certification — Acheteurs directs et indirects — Allégations des demanderesses selon lesquelles le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose aurait été fixé par les défenderesses, qui auraient vendu cet édulcorant aux acheteurs directs à un prix majoré, et la majoration aurait été transférée aux acheteurs indirects — Les acheteurs indirects ont-ils un droit de recours contre l'auteur présumé de la majoration? — La composition du groupe proposé, formé à la fois d'acheteurs directs et d'acheteurs indirects, justifie-t-elle le rejet du recours? — Est-il satisfait en l'espèce au critère de certification relatif à l'existence d'un groupe identifiable d'acheteurs indirects? — Les acheteurs directs ont-ils un droit de recours en imposition d'une fiducie par interprétation? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

SUN-RYPE PRODUCTS LTD. c. ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY, 545.

3. Recours collectifs — Compétence du tribunal québécois — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Les tribunaux québécois ont-ils compétence sur un litige opposant des fabricants internationaux et un groupe d'acheteurs directs et indirects se trouvant au Québec, alors que l'acte fautif allégué à l'origine de la demande a été commis à l'extérieur du Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3148(3).

INFINEON TECHNOLOGIES AG c. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

4. Recours collectifs — Conditions d'autorisation du recours — Acheteurs directs et indirects — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Groupe proposé formé des acheteurs directs et indirects qui ont subi des pertes en absorbant, en tout ou en partie, la portion gonflée du prix — Existe-t-il des questions communes? — Une cause d'action peut-elle prendre sa source dans le transfert de hausses artificielles de prix causées par un comportement anticoncurrentiel? — Suffit-il de démontrer une perte globale à l'étape de l'autorisation? — La représentante et le membre désigné ont-ils qualité pour représenter adéquatement les membres du groupe? — Y a-t-il lieu d'autoriser le recours collectif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003, 1048.

INFINEON TECHNOLOGIES AG c. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

5. Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l'instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l'indemnité versée aux investisseurs par suite de l'instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).

AIC LIMITÉE c. FISCHER, 949.

PROCÉDURE CIVILE — (Fin)

globale à l'étape de l'autorisation? — La représentante et le membre désigné ont-ils qualité pour représenter adéquatement les membres du groupe? — Y a-t-il lieu d'autoriser le recours collectif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003, 1048.

INFINEON TECHNOLOGIES AG c. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

5. Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l'instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l'indemnité versée aux investisseurs par suite de l'instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).

AIC LIMITÉE c. FISCHER, 949.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Droit d'auteur — Violation — Dommages-intérêts — Quantum — Restitution des profits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des profits faite par le juge de première instance? — La responsabilité quant à la restitution des profits peut-elle être solidaire? — Le plafond fixé dans la trilogie Andrews s'applique-t-il aux dommages-intérêts non pécuniaires ne découlant pas d'un préjudice corporel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance? — Des dommages-intérêts punitifs peuvent-ils être octroyés sur une base solidaire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 35 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

CINAR CORPORATION c. ROBINSON, 1168.

2. Droit d'auteur — Violation — Reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale — Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d'une

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)

œuvre avait été reproduite? — Le juge de première instance a-t-il omis d'accorder suffisamment de poids aux différences entre les œuvres en cause? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de l'œuvre originale sont protégés par la Loi sur le droit d'auteur? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d'expert inadmissible?

CINAR CORPORATION c. ROBINSON, 1168.

TRIBUNAUX

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

ONTARIO c. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION OF ONTARIO, 3.

2. Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides? — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BEDFORD, 1101.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
http://publications.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
http://publications.gc.ca