Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2015 Vol. 3

1er cahier, 2015 Vol. 3

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

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

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIAULT
GENEVIÈVE DOMEY	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
	IDA SMITH	

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	CHLOE MAGEE	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2015.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2015.

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 3, 2015

3e volume, 2015

CONTENTS

Guindon *v.* Canada 3

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

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

Chevron Corp. *v.* Yaiguaje 69

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

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

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

Continued on next page

SOMMAIRE

Guindon *c.* Canada 3

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

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

Chevron Corp. *c.* Yaiguaje 69

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

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

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

Suite à la page suivante

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

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

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

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

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

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

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

Continued on next page

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

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

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

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

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

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

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

Suite à la page suivante

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

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

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

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

R. *v.* M.J.B. 321

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

Continued on next page

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

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

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

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

R. *c.* M.J.B. 321

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

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v*. Neville 323

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

R. *v*. Riar 325

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

SOMMAIRE (Fin)

R. *c*. Neville 323

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

R. *c*. Riar 325

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

Julie Guindon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

Julie Guindon *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

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

Indexed as: Guindon *v.* Canada

2015 SCC 41

File No.: 35519.

2014: December 5; 2015: July 31.

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

Répertorié : Guindon *c.* Canada

2015 CSC 41

N° du greffe : 35519.

2014 : 5 décembre; 2015 : 31 juillet.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

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

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

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

Held: The appeal should be dismissed.

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

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

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

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Rothstein and Cromwell JJ.

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

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

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

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

Jurisprudence

Citée par les juges Rothstein et Cromwell

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

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

By Abella and Wagner JJ.

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

1 R.C.S. 1033; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Bank of Montreal c. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, inf. par [1990] 1 R.C.S. 121; *Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 443, conf. (1992), 93 D.L.R. (4th) 334; *Tseshaht c. Colombie-Britannique*, C.S.C., nº 23234, 2 mai 1994 (*Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1994, p. 756), avis de désistement produit, [1995] 1 R.C.S. xi; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, inf. (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, inf. 2002 CanLII 16257; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, inf. 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Venne c. Canada (ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1984] A.C.F. nº 314 (QL); *Sirois (L.C.) c. Canada*, 1995 CarswellNat 1974 (WL Can.); *Keller c. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.); *Sidhu c. La Reine*, 2004 CCI 174; *Canada (Procureur général) c. United States Steel Corp.*, 2011 CAF 176; *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297.

Citée par les juges Abella et Wagner

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

Lois et règlements cités

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

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

Authors Cited

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

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

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

Doctrine et autres documents cités

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Gauthier et Stratas), 2013 CAF 153, [2014] 4 R.C.F. 786, 285 C.R.R. (2d) 220, 298 C.C.C. (3d) 304, [2013] 5 C.T.C. 1, 360 D.L.R. (4th) 515, 2013 DTC 5113, 446 N.R. 154, [2013] A.C.F. nº 673 (QL), 2013 CarswellNat 3428 (WL Can.), qui a infirmé la décision du juge Bédard de la Cour canadienne de l'impôt, 2012 CCI 287, 2012 DTC 1283,

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

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

Gordon Bourgard and *Eric Noble*, for the respondent.

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

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

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

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

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

ROTHSTEIN AND CROMWELL JJ. —

I. Introduction

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

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

[2013] 1 C.T.C. 2007, [2012] A.C.I. nº 272 (QL), 2012 CarswellNat 5562 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

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

Gordon Bourgard et *Eric Noble*, pour l'intimée.

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

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

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

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

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

LES JUGES ROTHSTEIN ET CROMWELL —

I. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Facts and Judicial History

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

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

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

II. Faits et historique judiciaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Does s. 163.2 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), infringe s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

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

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

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

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

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

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

1. L'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e^ suppl.), viole-t-il l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

III. Analysis

A. *Notice*

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

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

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

III. Analyse

A. *Avis*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[27] Dans *Tseshaht c. Colombie-Britannique*, C.S.C., nº 23234, 2 mai 1994 (Bulletin C.S.C., 1994, p. 756), la Cour a formulé une question constitutionnelle sur un point qui n'avait pas été soulevé devant les juridictions inférieures et, de son propre chef, elle a accordé aux deux parties l'autorisation de produire des éléments de preuve nouveaux[1].

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

[29] Dans le dossier *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, l'intimée n'ayant pas soulevé la question constitutionnelle en Cour d'appel fédérale, les parties ont été informées qu'elles pouvaient demander l'autorisation de présenter des éléments de preuve supplémentaires devant notre Cour (12 août 2004, nº du greffe 29956).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Merits*

(1) Overview

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

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

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

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

B. *Fond*

(1) Aperçu

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

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

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

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

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

11. Any person charged with an offence has the right

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

(*b*) to be tried within a reasonable time;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. Tout inculpé a le droit :

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

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(a) *Principles*

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

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

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

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

a) *Principes*

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

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

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

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

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

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

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

(b) *Application*

(i) The Legislative Scheme and the Provision in Issue

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

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

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

b) *Application*

(i) Le régime législatif et la disposition en cause

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

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

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

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

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

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

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

(*a*) is tantamount to intentional conduct;

(*b*) shows an indifference as to whether this Act is complied with; or

(*c*) shows a wilful, reckless or wanton disregard of the law.

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

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

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

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

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

a) équivaut à une conduite intentionnelle;

b) montre une indifférence quant à l'observation de la présente loi;

c) montre une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l'égard de la loi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[60] Dans son mémoire, la ministre soutient que la « conduite coupable » visée à l'art. 163.2 de la *LIR* [TRADUCTION] « n'est pas censée différer de la faute lourde et de la norme qui s'y rattache au par. 163(2) » (par. 79). Dans *Venne c. Canada (ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1984] A.C.F. nº 314 (QL) (1re inst.), une affaire relative à la pénalité prévue au par. 163(2), la Cour fédérale explique qu'« une indifférence au respect de la Loi » ne s'entend pas que d'une simple inattention ou négligence; elle suppose « un degré important de négligence qui corresponde à une action délibérée » (p. 11). Cela s'apparente en somme à faire l'autruche (*Sirois (L.C.) c. Canada*, 1995 CarswellNat 1974 (WL Can.) (C.C.I.), par. 13; *Keller c. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.) (C.C.I.)). Dans *Sidhu c. La Reine*, 2004 CCI 174, la Cour canadienne de l'impôt, pour expliquer sa décision dans *Venne*, développe les expressions « équivaut à une conduite intentionnelle » et « montre une indifférence quant à l'observation de la présente loi » :

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

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

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

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

(ii) The Process

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

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

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

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

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

(ii) Le processus

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[69] La personne qui, pour une même conduite, fait l'objet d'une sanction pécuniaire administrative puis d'une poursuite criminelle (ou l'inverse) peut faire valoir que, dans les circonstances, la seconde mesure constitue un abus de procédure[2]. Comme aucun élément du dossier dont dispose notre Cour n'indique que M^me^ Guindon fait l'objet d'une poursuite criminelle, nous n'avons pas à examiner ce point.

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

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

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

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

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

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

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

(c) *Conclusion on the "Criminal in Nature" Test*

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

(5) The True Penal Consequence Test

(a) *Introduction*

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

(b) *Principles*

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

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

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

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

(5) Le critère de la véritable conséquence pénale

a) *Introduction*

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

b) *Principes*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(d) *Application*

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

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

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

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

d) *Application*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(6) Conclusion

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

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

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

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

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

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

(6) Conclusion

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

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

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

IV. Proposed Disposition

[91] We would dismiss the appeal with costs.

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

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

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

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

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

IV. Dispositif

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

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

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

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

In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. [para. 48]

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

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

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

Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. [par. 48]

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

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

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

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

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

Background

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

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

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

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

Contexte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(*a*) $1,000, and

(*b*) the lesser of

(i) the penalty to which the other person would be liable under subsection 163(2) if the other person made the statement in a return filed for the purposes of this Act and knew that the statement was false, and

(ii) the total of $100,000 and the person's gross compensation, at the time at which the notice of assessment of the penalty is sent to the person, in respect of the false statement that could be used by or on behalf of the other person.

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

Prior Proceedings

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

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

a) 1 000 $;

b) le moins élevé des montants suivants :

(i) la pénalité dont l'autre personne serait passible selon le paragraphe 163(2) si elle avait fait l'énoncé dans une déclaration produite pour l'application de la présente loi tout en sachant qu'il était faux,

(ii) la somme de 100 000 $ et de la rétribution brute de la personne, au moment où l'avis de cotisation concernant la pénalité lui est envoyé, relativement au faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne ou pour son compte.

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

Historique judiciaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Analysis

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

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

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

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

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

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

Analyse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Létourneau J.A. confirmed that the court would

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

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

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

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

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

Le juge Létourneau confirme que la Cour d'appel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

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

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitors for the intervener Chartered Professional Accountants Canada: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

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

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

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

Chevron Corporation and
Chevron Canada Limited *Appellants*

v.

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

Chevron Corporation et
Chevron Canada Limited *Appelantes*

c.

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

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

and

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

Indexed as: Chevron Corp. *v.* Yaiguaje

2015 SCC 42

File No.: 35682.

2014: December 11; 2015: September 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

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

et

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

Répertorié : Chevron Corp. *c.* Yaiguaje

2015 CSC 42

N° du greffe : 35682.

2014 : 11 décembre; 2015 : 4 septembre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Held: The appeal should be dismissed.

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

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

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

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

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

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

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

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

Jurisprudence

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine et autres documents cités

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

Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Castel, J.-G. *Introduction to Conflict of Laws*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.

Monestier, Tanya J. "A 'Real and Substantial' Mess: The Law of Jurisdiction in Canada" (2007), 33 *Queen's L.J.* 179.

Monestier, Tanya J. "Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments" (2013), 42 *Advocates' Q.* 107.

Monestier, Tanya J. "(Still) a 'Real and Substantial' Mess: The Law of Jurisdiction in Canada" (2013), 36 *Fordham Int'l L.J.* 396.

Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Pitel, Stephen G. A., and Cheryl D. Dusten. "Lost in Transition: Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada's New Approach to Jurisdiction" (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 61.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*. Toronto: Irwin Law, 2010.

Uniform Law Conference of Canada. *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: http://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/current-uniform-acts/739-jurisdiction/civil-jurisdiction/1730-court-jurisdiction-proceedings-transfer-act).

Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2015, release 50).

Watson, Garry D., and Frank Au. "Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard*" (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Hourigan JJ.A.), 2013 ONCA 758, 118 O.R. (3d) 1, 313 O.A.C. 285, 370 D.L.R. (4th) 132, 52 C.P.C. (7th) 229, 15 B.L.R. (5th) 285, [2013] O.J. No. 5719 (QL), 2013 CarswellOnt 17574 (WL Can.), setting aside a decision of Brown J., 2013 ONSC 2527, 361 D.L.R. (4th) 489, 15 B.L.R. (5th) 226, [2013] O.J. No. 1955 (QL), 2013 CarswellOnt 5729 (WL Can.). Appeal dismissed.

Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

Castel, J.-G. *Introduction to Conflict of Laws*, 4th ed., Markham (Ont.), Butterworths, 2002.

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne : http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/184-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/competence-des-tribunaux-et-transfert-des-causes-loi-sur-la/1093-loi-uniforme-sur-la-competence-des-tribunaux-et-le-transfert-des-causes-1994).

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins, London, Sweet & Maxwell, 2000.

Monestier, Tanya J. « A "Real and Substantial" Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007), 33 *Queen's L.J.* 179.

Monestier, Tanya J. « Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments » (2013), 42 *Advocates' Q.* 107.

Monestier, Tanya J. « (Still) a "Real and Substantial" Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2013), 36 *Fordham Int'l L.J.* 396.

Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Pitel, Stephen G. A., and Cheryl D. Dusten. « Lost in Transition : Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada's New Approach to Jurisdiction » (2006), 85 *R. du B. can.* 61.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, Toronto, Irwin Law, 2010.

Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2015, release 50).

Watson, Garry D., and Frank Au. « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Hourigan), 2013 ONCA 758, 118 O.R. (3d) 1, 313 O.A.C. 285, 370 D.L.R. (4th) 132, 52 C.P.C. (7th) 229, 15 B.L.R. (5th) 285, [2013] O.J. No. 5719 (QL), 2013 CarswellOnt 17574 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Brown, 2013 ONSC 2527, 361 D.L.R. (4th) 489, 15 B.L.R. (5th) 226, [2013] O.J. No. 1955 (QL), 2013 CarswellOnt 5729 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

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

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

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

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

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

The judgment of the Court was delivered by

Gascon J. —

I. Overview

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

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

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

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

Le juge Gascon —

I. Aperçu

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

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

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

II. Backgrounds and Facts

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

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

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

II. Contexte et faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Judicial History

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

(1) Order Setting Aside Service *Ex Juris*

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

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

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

III. Historique judiciaire

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

(1) Ordonnance annulant la signification *ex juris*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Entering of the Stay

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

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

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

(1) Ordonnance de sursis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Issues

[23] The appeal raises two issues:

(a) In an action to recognize and enforce a foreign judgment, must there be a real and substantial connection between the defendant or the dispute and Ontario for jurisdiction to be established?

(b) Do the Ontario courts have jurisdiction over Chevron Canada, a third party to the judgment for which recognition and enforcement is sought?

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

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

IV. Questions en litige

[23] Le pourvoi soulève deux questions :

a) Dans une action en reconnaissance et en exécution d'un jugement étranger, doit-il exister un lien réel et substantiel entre le défendeur ou le litige, d'une part, et l'Ontario, d'autre part, pour que la compétence soit établie?

b) Les tribunaux ontariens ont-ils compétence à l'égard de Chevron Canada, une tierce partie au jugement dont on demande la reconnaissance et l'exécution?

V. Analysis

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

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

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

V. Analyse

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Jurisprudential Guidance Prior to *Van Breda*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[31] Pour arriver à ses conclusions, le juge La Forest a concentré son analyse sur une seule question, à savoir si le tribunal de l'autre province ou territoire avait « correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action » : p. 1102. Nulle part dans son analyse du droit ou dans l'application de celui-ci aux faits de l'affaire laisse-t-il entendre qu'il faut s'interroger sur la compétence du tribunal saisi de la demande d'exécution. À son avis, dès qu'un lien réel et substantiel entre le tribunal saisi à l'origine et l'action est démontré et qu'il est clair que ce tribunal avait compétence, le jugement qui s'ensuit « devrait être reconnu et exécuté » dans les autres provinces : p. 1108.

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

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

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

> The enforcing court, in this case Ontario, must determine whether the foreign court had a real and substantial connection to the action or the parties, at least to the level established in *Morguard*, *supra*. A real and substantial connection is the overriding factor in the determination of jurisdiction. . . .
>
> If a foreign court did not properly take jurisdiction, its judgment will not be enforced. . . .
>
> . . .
>
> Once the "real and substantial connection" test is found to apply to a foreign judgment, the court should then examine the scope of the defences available to a domestic defendant in contesting the recognition of such a judgment.

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

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

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

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

> Le tribunal saisi de la demande d'exécution, en l'occurrence le tribunal ontarien, doit déterminer si le tribunal étranger avait un lien réel et substantiel avec l'action ou les parties, à tout le moins dans la mesure fixée dans l'arrêt *Morguard*, précité. L'existence d'un lien réel et substantiel est le facteur déterminant en matière de compétence. . .
>
> Si un tribunal étranger n'a pas exercé correctement sa compétence, le jugement qu'il a rendu ne sera pas exécuté. . .
>
> . . .
>
> Dès qu'il conclut que le critère du « lien réel et substantiel » s'applique à un jugement étranger, le tribunal doit examiner la portée des moyens de défense qu'un défendeur canadien peut opposer à la reconnaissance de ce jugement.

(*Beals*, par. 37-39)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> The foreign judgment is evidence of a debt. All the enforcing court needs is proof that the judgment was rendered by a court of competent jurisdiction and that it is final, and proof of its amount. The enforcing court then lends its judicial assistance to the foreign litigant by allowing him or her to use its enforcement mechanisms.
>
> (*Pro Swing*, at para. 11)

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

(2) Effect of *Van Breda*

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

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

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

> Le jugement étranger constate une dette. Tout ce dont le tribunal d'exécution a besoin est la preuve de la compétence du tribunal étranger, du montant du jugement et de son caractère définitif. Le tribunal d'exécution peut alors prêter son concours au justiciable étranger en lui donnant accès aux mécanismes d'exécution internes.
>
> (*Pro Swing*, par. 11)

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

(2) L'effet de l'arrêt *Van Breda*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Principles Underlying Actions for Recognition and Enforcement

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

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

[41] Faire droit à l'argument de Chevron conférerait à l'arrêt *Van Breda* une portée excessive qui permettrait son application dans un domaine qu'il n'était pas censé traiter, et dans lequel il n'avait aucune raison valable de s'appliquer. De fait, et de façon encore plus convaincante, les principes qui sous-tendent la reconnaissance et l'exécution amènent à conclure que ce qui est dit dans *Van Breda* ne devrait justement pas s'appliquer dans les affaires de reconnaissance et d'exécution. Je vais donc maintenant aborder ces principes.

(3) Les principes qui sous-tendent les actions en reconnaissance et en exécution

[42] Deux considérations de principe permettent de conclure qu'il n'y a pas lieu, pour un tribunal saisi d'une action en reconnaissance et en exécution, d'appliquer le critère du lien réel et substantiel. Premièrement, la différence déterminante entre une action de première instance et une action en reconnaissance et en exécution est que dans le dernier cas, l'action a pour seul but de permettre l'acquittement d'une obligation préexistante. Deuxièmement, la notion de courtoisie, qui a invariablement sous-tendu les actions en reconnaissance et en exécution, milite en faveur de règles libérales en matière d'exécution.

(a) *Purpose of Recognition and Enforcement Proceedings*

[43] Canadian law recognizes that the purpose of an action to recognize and enforce a foreign judgment is to allow a pre-existing obligation to be fulfilled; that is, to ensure that a debt already owed by the defendant is paid. As Pitel and Rafferty explain, such an action "is based not on the original claim the plaintiff had pursued against the defendant but rather on the obligation created by the foreign judgment": p. 159; see also P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at ¶11.177. The following comment made by McLachlin C.J. in *Pro Swing* (although in dissent) also reflects this logic: "Barring exceptional concerns, a court's focus when enforcing a foreign judgment is not on the substantive and procedural law on which the judgment is based, but instead on the obligation created by the judgment itself" (para. 77).

[44] Important consequences flow from this observation. First, the purpose of an action for recognition and enforcement is not to evaluate the underlying claim that gave rise to the original dispute, but rather to assist in enforcing an already-adjudicated obligation. In other words, the enforcing court's role is not one of substance, but is instead one of facilitation: *Pro Swing*, at para. 11. The court merely offers an enforcement mechanism to facilitate the collection of a debt within the jurisdiction. This entails that the enforcing court does not exercise jurisdiction in the same way as it does in actions at first instance. In a first instance case like *Van Breda*, the focus is on whether the court has jurisdiction to determine the merits of a substantive legal claim; in a recognition and enforcement case, the court does not create a new substantive obligation, but instead assists with the fulfillment of an existing one.

[45] It follows that there can be no concern that the parties are located elsewhere, or that the facts

a) *L'objet de la demande de reconnaissance et d'exécution*

[43] Le droit canadien reconnaît que l'action en reconnaissance et en exécution d'un jugement étranger a pour objet de permettre l'acquittement d'une obligation préexistante, c'est-à-dire d'assurer le paiement d'une dette dont le défendeur est déjà redevable. Comme l'expliquent Pitel et Rafferty, une telle action [TRADUCTION] « est fondée non pas sur la réclamation initiale que le demandeur avait fait valoir contre le défendeur, mais sur l'obligation créée par le jugement étranger » : p. 159; voir également P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2e éd. 2014), ¶11.177. Les propos suivants de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Pro Swing* (quoique exprimés dans sa dissidence) reflètent également cette logique : « Sauf circonstances exceptionnelles, le tribunal s'attache à l'obligation créée par le jugement étranger, et non aux dispositions de droit substantiel et procédural qui sous-tendent celui-ci » (par. 77).

[44] D'importantes conséquences se dégagent de cette observation. Premièrement, l'action en reconnaissance et en exécution ne doit pas porter sur l'examen de la réclamation sous-jacente qui a donné lieu au litige initial, mais plutôt sur l'aide que le tribunal peut offrir pour l'exécution d'une obligation déjà reconnue par jugement. Autrement dit, le tribunal d'exécution n'est pas appelé à juger sur le fond, mais plutôt à jouer le rôle de facilitateur : *Pro Swing*, par. 11. Il offre simplement un mécanisme d'exécution pour faciliter le recouvrement d'une dette dans le ressort. Il s'ensuit que le tribunal d'exécution n'exerce pas sa compétence de la même manière qu'il le fait dans les actions de première instance. Dans une affaire en première instance comme *Van Breda*, la cour se demande si elle a compétence pour trancher la réclamation sur le fond; dans une demande de reconnaissance et d'exécution, la cour ne crée pas une nouvelle obligation substantielle, mais aide plutôt à l'acquittement d'une obligation existante.

[45] Par conséquent, il importe peu que les parties se trouvent ailleurs, ou qu'il soit opportun

underlying the dispute are properly addressed in another court, factors that might serve to undermine the existence of a real and substantial connection with the forum in first instance adjudication. The defendant will, of course, not have a significant connection with the forum, otherwise an independent jurisdictional basis would already exist for proceeding against him or her. Moreover, the facts underlying the original judgment are irrelevant, except insofar as they relate to potential defences to enforcement. The only important element is the foreign judgment itself, and the legal obligation it has created. Simply put, the logic for mandating a connection with the enforcing jurisdiction finds no place.

[46] Second, enforcement is limited to measures — like seizure, garnishment, or execution — that can be taken only within the confines of the jurisdiction, and in accordance with its rules: *Pro Swing*, at para. 11; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at p. 11-52. The recognition and enforcement of a judgment therefore has a limited impact: as Walker states, "[a]n order enforcing a foreign judgment applies only to local assets" (p. 14-11). The enforcing court's judgment has no coercive force outside its jurisdiction. Whether recognition and enforcement should proceed depends entirely on the enforcing forum's laws. The dispute does not contain a foreign element that would make resort to the real and substantial connection test necessary. Walker adds that, as a result, since enforcement concerns only local assets, "there is no basis for staying the proceedings on the grounds that the forum is inappropriate or that the judgment debtor's principal assets are elsewhere": *ibid.*

[47] Third, and flowing from this reality, any potential constitutional concerns that might sometimes emerge in conflict of laws cases simply do not arise in recognition and enforcement proceedings. In *Morguard*, the Court elaborated a conflict of laws rule and also hinted, without deciding, that the test might have constitutional foundations: pp. 1109-10.

qu'un autre tribunal traite les faits sous-jacents au litige, des facteurs qui pourraient miner l'existence d'un lien réel et substantiel avec le tribunal dans une affaire instruite en première instance. Bien entendu, le défendeur n'aura pas de lien important avec le tribunal, car autrement, il existerait déjà un fondement juridictionnel indépendant pour engager des procédures contre lui. De plus, les faits qui sous-tendaient le jugement initial ne sont pas pertinents, sauf dans la mesure où ils ont trait à d'éventuels moyens de défense contre l'exécution. Le seul élément important est le jugement étranger lui-même, ainsi que l'obligation juridique qu'il a créée. En somme, il serait illogique d'exiger un lien avec le ressort d'exécution.

[46] Deuxièmement, l'exécution se limite à des mesures — par exemple la saisie, la saisie-arrêt et la saisie-exécution — qui ne peuvent être prises que dans les limites du ressort du tribunal d'exécution et conformément à ses règles : *Pro Swing*, par. 11; J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6e éd. (feuilles mobiles)), p. 11-52. La reconnaissance et l'exécution d'un jugement ont donc un effet limité : comme l'affirme Walker, [TRADUCTION] « [l]'ordonnance d'exécution d'un jugement étranger ne s'applique qu'aux biens locaux » (p. 14-11). Le jugement du tribunal d'exécution n'a aucun effet contraignant en dehors du ressort d'exécution. L'opportunité que la demande de reconnaissance et d'exécution suive son cours dépend entièrement des lois du ressort d'exécution. Le litige ne porte sur aucun élément étranger qui nécessiterait le recours au critère du lien réel et substantiel. Par conséquent, ajoute Walker, puisque l'exécution ne concerne que des biens locaux, « il n'y a aucune raison de surseoir à l'instance au motif que le ressort est inapproprié ou que les principaux biens du débiteur judiciaire se trouvent ailleurs » : *ibid.*

[47] Troisièmement, il découle de cette réalité que d'éventuelles questions d'ordre constitutionnel qui pourraient parfois se présenter dans des affaires de droit international privé ne se posent tout simplement pas dans une demande de reconnaissance et d'exécution. Dans *Morguard*, notre Cour a élaboré une règle de droit international privé et a laissé entendre, sans

In *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, the Court confirmed that *Morguard* had created a constitutional principle that was applicable to the assumption of jurisdiction. LeBel J. later reaffirmed and clarified this in *Van Breda*, where he noted that the real and substantial connection test has a dual nature: first, it serves as a constitutional principle; second, it constitutes a conflict of laws rule (paras. 22-24). He stated that "in Canadian constitutional law, the real and substantial connection test has given expression to the constitutionally imposed territorial limits that underlie the requirement of legitimacy in the exercise of the state's power of adjudication"; he added that the test "suggests that the connection between a state and a dispute cannot be weak or hypothetical", as such a connection "would cast doubt upon the legitimacy of the exercise of state power over the persons affected by the dispute": para. 32.

[48] No concern about the legitimacy of the exercise of state power exists in actions to recognize and enforce foreign judgments against judgment debtors. As I have explained, when such an action comes before a Canadian court, the court is not assuming jurisdiction over the parties in the same way as would occur in a first instance case. The enforcing court has no interest in adjudicating the original rights of the parties. Rather, the court merely seeks to assist in the enforcement of what has already been decided in another forum. As Deschamps J. aptly stated in *Pro Swing*, "[t]he enforcing court . . . lends its judicial assistance to the foreign litigant by allowing him or her to use its enforcement mechanisms": para. 11. The manner in which the court exercises control over the parties is thus different — and far less invasive — than in an action at first instance.

[49] In most recognition and enforcement proceedings, the only factor that draws a foreign judgment creditor to the province is the potential for assets upon which to ultimately enforce the judgment. Enforcement is limited to the seizable assets

en décider, que le critère avait peut-être des fondements constitutionnels : p. 1109-1110. Dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la Cour a confirmé que l'arrêt *Morguard* avait créé un principe constitutionnel applicable à la déclaration de compétence. Plus tard, le juge LeBel l'a réaffirmé et précisé dans *Van Breda*, où il a noté que le critère du lien réel et substantiel se présentait sous deux aspects : premièrement, il a l'effet d'un principe constitutionnel et deuxièmement, il constitue une règle de droit international privé (par. 22-24). Pour reprendre les propos du juge LeBel, « en droit constitutionnel canadien, le critère du lien réel et substantiel a affirmé les limites territoriales imposées par la Constitution qui sous-tendent la légitimité nécessaire à l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'État »; il a ajouté que le critère « suppose que le lien entre un État et un litige ne peut être ténu ni hypothétique », puisqu'un lien de cette nature « jetterait un doute sur la légitimité de l'exercice, par l'État, de son pouvoir sur les personnes que touche le litige » : par. 32.

[48] La question de la légitimité de l'exercice du pouvoir de l'État ne se pose pas dans les actions en reconnaissance et en exécution de jugements étrangers contre des débiteurs judiciaires. Comme je l'ai expliqué, lorsqu'un tribunal canadien est saisi d'une telle action, le tribunal ne se déclare pas compétent à l'égard des parties de la même façon qu'il le ferait dans une affaire en première instance. Le tribunal d'exécution n'a aucun intérêt à statuer sur les droits initiaux des parties. Le tribunal cherche simplement à prêter son concours à l'exécution d'un jugement rendu par un autre tribunal. Comme la juge Deschamps l'a si bien dit dans *Pro Swing*, « [l]e tribunal d'exécution peut [. . .] prêter son concours au justiciable étranger en lui donnant accès aux mécanismes d'exécution internes » : par. 11. La manière dont le tribunal exerce sa compétence à l'égard des parties est donc différente — et beaucoup moins attentatoire — que dans une action de première instance.

[49] Dans la plupart des demandes de reconnaissance et d'exécution, le seul facteur qui amène le créancier judiciaire dans la province est la présence éventuelle de biens sur lesquels le jugement pourra finalement être exécuté. L'exécution se limite aux

found within the province. No constitutional concern about the legitimacy of this exercise of jurisdiction emerges. I acknowledge that, under provincial legislation, a recognition and enforcement judgment issued in one province may be capable of being "registered" in another province, thus offering some advantage to plaintiffs who have already successfully obtained a recognition and enforcement judgment. Nevertheless, the existence of such legislation does not alter the basic fact that absent some obligation to enforce another forum's judgments, the judicial system of each province controls access to its jurisdiction's enforcement mechanisms, whenever a foreign judgment creditor seeks to seize assets within its territory in satisfaction of a foreign judgment debt.

[50] In addition, the obligation created by a foreign judgment is universal; there is no competing claim to jurisdiction with respect to it. If each jurisdiction has an equal interest in the obligation resulting from a foreign judgment, it is hard to see how any concern about territorial overreach could emerge. Simply put, there can be no concern about jurisdictional overreach if no jurisdiction can reach further into the matter than any other. The purposes that underlie recognition and enforcement proceedings simply do not require proof of a real and substantial connection between the dispute and Ontario, whether for constitutional reasons or otherwise.

(b) *The Notion of Comity in Recognition and Enforcement Proceedings*

[51] Beyond this, it must be remembered that the notion of comity has consistently been found to underlie Canadian recognition and enforcement law. In *Morguard*, this Court stated that comity refers to "the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory", as well as "the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and

biens saisissables qui se trouvent dans la province. Il ne se pose aucune question constitutionnelle quant à la légitimité de cet exercice de la compétence. Je reconnais que, selon la législation provinciale, un jugement en reconnaissance et en exécution rendu dans une province peut être susceptible d'« enregistrement » dans une autre province, ce qui offre un certain avantage aux demandeurs qui ont déjà obtenu un jugement en reconnaissance et en exécution. Néanmoins, l'existence d'une telle législation ne change rien au fait qu'à défaut de quelque obligation d'exécuter les jugements d'un autre tribunal, le système judiciaire de chaque province contrôle l'accès aux mécanismes d'exécution de son ressort chaque fois que le créancier d'un jugement étranger cherche à saisir des biens sur son territoire pour acquitter une dette constatée par un jugement étranger.

[50] En outre, l'obligation créée par le jugement étranger est universelle; elle ne fait l'objet d'aucune revendication concurrente de compétence. Si chaque ressort a un intérêt égal à l'égard de l'obligation qui résulte du jugement étranger, il est difficile de voir comment pourrait se poser un problème d'excès de compétence territoriale. En somme, il ne saurait y avoir de problème d'excès de compétence si aucun ressort ne peut traiter la question de façon plus étendue que ne le ferait un autre ressort. Bref, compte tenu des objectifs qui sous-tendent les demandes de reconnaissance et d'exécution, il n'est tout simplement pas nécessaire de prouver l'existence d'un lien réel et substantiel entre le litige et l'Ontario, que ce soit pour des motifs d'ordre constitutionnel ou pour d'autres motifs.

b) *La notion de courtoisie dans les demandes de reconnaissance et d'exécution*

[51] Au-delà de ces considérations, il faut se rappeler que la notion de courtoisie sous-tend le droit canadien en matière de reconnaissance et d'exécution. Dans l'arrêt *Morguard*, notre Cour a affirmé que la courtoisie renvoie à « la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire », ainsi qu'à « la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation,

to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws": pp. 1095-96, quoting with approval the U.S. Supreme Court's foundational articulation of the concept of comity in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at pp. 163-64; see also *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, at p. 283, per Estey J., concurring.

[52] The Court's formulation of the notion of comity in *Morguard* was quoted with approval in *Beals*: para. 20. In *Hunt*, the Court observed that "ideas of 'comity' are not an end in themselves, but are grounded in notions of order and fairness to participants in litigation with connections to multiple jurisdictions": p. 325. In *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, the Court again referred to the notion of comity, stating that it entails respect for the authority of each state "to make and apply law within its territorial limit", and that "to accommodate the movement of people, wealth and skills across state lines, a byproduct of modern civilization, [states] will in great measure recognize the determination of legal issues in other states": p. 1047. In *Pro Swing*, the Court described comity as a "balancing exercise" between "respect for a nation's acts, international duty, convenience and protection of a nation's citizens": para. 27. Finally, in *Van Breda*, LeBel J. emphasized that the goal of modern conflicts systems rests on the principle of comity, which, although a flexible concept, calls for the promotion of order and fairness, an attitude of respect and deference to other states, and a degree of stability and predictability in order to facilitate reciprocity: para. 74. This is true of all areas of private international law, including that of the recognition and enforcement of foreign judgments.

[53] As this review of the Court's statements on comity shows, the need to acknowledge and show

compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois » : p. 1095-1096, citant avec approbation la déclaration de principe de la Cour suprême des États-Unis relative à la notion de courtoisie dans l'arrêt *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), p. 163-164; voir également *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, p. 283, motifs concordants du juge Estey.

[52] La formulation de la notion de courtoisie que l'on retrouve dans l'arrêt *Morguard* a été reproduite avec approbation dans l'arrêt *Beals* : par. 20. Dans l'arrêt *Hunt*, notre Cour a fait remarquer que « les idées de "courtoisie" ne sont pas une fin en soi, mais reposent sur des notions d'ordre et d'équité envers les parties à un litige qui a des liens avec plusieurs ressorts » : p. 325. Dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour a encore fait mention de la notion de courtoisie, affirmant qu'elle témoigne du respect du pouvoir de chaque État « pour adopter des lois et les appliquer à l'intérieur de son propre territoire » et que, « afin de faciliter la circulation des personnes, des richesses et des compétences d'un pays à l'autre, fruit de la civilisation moderne, [les États] reconnaîtront dans une large mesure la façon dont les autres États auront tranché des questions juridiques » : p. 1047. Dans *Pro Swing*, la Cour a présenté la notion de courtoisie comme un « exercice de pondération » entre « le respect des actes de l'autre État, les obligations et les convenances internationales et la protection des citoyens du ressort d'exécution » : par. 27. Enfin, dans *Van Breda*, le juge LeBel a souligné que le système moderne de droit international privé repose sur le principe de la courtoisie qui, tout en étant une notion souple, appelle à la promotion de l'ordre et de l'équité, une attitude de respect et de déférence envers les autres États, et un degré de stabilité et de prévisibilité pour faciliter la réciprocité : par. 74. Ce principe s'applique à tous les domaines du droit international privé, y compris celui de la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

[53] Comme le montre cet examen des déclarations de notre Cour relatives à la courtoisie, le besoin

respect for the legal acts of other states has consistently remained one of the principle's core components. Comity, in this regard, militates in favour of recognition and enforcement. Legitimate judicial acts should be respected and enforced, not sidetracked or ignored. The concepts of order and fairness in which comity is grounded are not affronted by rejecting Chevron's proposed extension of the real and substantial connection test. This is so for several reasons.

[54] First, in recognition and enforcement proceedings, order and fairness are protected by ensuring that a real and substantial connection existed between the foreign court and the underlying dispute. If such a connection did not exist, or if the defendant was not present in or did not attorn to the foreign jurisdiction, the resulting judgment will not be recognized and enforced in Canada. The judgment debtor is free to make this argument in the recognition and enforcement proceedings, and indeed will have already had the opportunity to contest the jurisdiction of the foreign court in the foreign proceedings. Here, for instance, it is accepted that Chevron attorned to the jurisdiction of the Ecuadorian courts. As Walker writes, "[t]he jurisdictional requirements of order and fairness considered in the context of *direct* jurisdiction operate to promote the international acceptance of the adjudication of a matter by a Canadian court": p. 14-1 (emphasis in original). There is no similar requirement of international acceptance in the context of the recognition and enforcement of a foreign judgment.

[55] Second, no unfairness results to judgment debtors from having to defend against recognition and enforcement proceedings. In essence, through their own behaviour and legal noncompliance, the debtors have made themselves the subject of outstanding obligations. It is for this reason that they may be called upon to answer for their debts in various jurisdictions. Of course, the principles of order and fairness are also protected by providing

de reconnaître et respecter les mesures juridiques prises par d'autres États est invariablement demeuré un des éléments au cœur de ce principe. À cet égard, la courtoisie milite en faveur de la reconnaissance et de l'exécution. Il convient de respecter et d'exécuter les actes judiciaires légitimes et non pas de les écarter ou d'en faire abstraction. On ne contrevient pas aux principes d'ordre et d'équité sur lesquels se fonde la courtoisie en rejetant l'idée de Chevron d'étendre comme elle le suggère l'application du critère du lien réel et substantiel, et ce pour plusieurs raisons.

[54] Premièrement, dans une demande de reconnaissance et d'exécution, la protection de l'ordre et de l'équité est déjà assurée par l'existence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal étranger et le litige sous-jacent. Faute d'un tel lien, ou si le défendeur ne se trouvait pas dans le ressort étranger ou n'a pas acquiescé à la compétence de ses tribunaux, le jugement rendu ne sera pas reconnu et exécuté au Canada. Il est tout à fait loisible au débiteur judiciaire de faire valoir cet argument dans le cadre de la demande de reconnaissance et d'exécution; du reste, il aura généralement déjà eu la possibilité de contester la compétence du tribunal étranger dans l'instance étrangère. En l'espèce, par exemple, nul ne conteste que Chevron ait acquiescé à la compétence des tribunaux équatoriens. Comme l'écrit Walker, [TRADUCTION] « [l]es exigences d'ordre et d'équité en matière de compétence, considérées dans le contexte de la compétence *directe*, s'appliquent pour promouvoir l'acceptation internationale du fait qu'un tribunal canadien tranche une affaire » : p. 14-1 (en italique dans l'original). Une telle exigence d'acceptation internationale n'existe pas dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement étranger.

[55] Deuxièmement, il n'y a rien d'injuste à ce qu'un débiteur judiciaire doive opposer une défense à une demande de reconnaissance et d'exécution. De fait, par son propre comportement et le non-respect d'un jugement, le débiteur s'est lui-même rendu redevable d'une obligation en souffrance. Voilà pourquoi il peut être appelé par divers ressorts à acquitter sa dette. Bien entendu, les principes d'ordre et d'équité sont également protégés

a foreign judgment debtor with the opportunity to convince the enforcing court that there is another reason why recognition and enforcement should not be granted: see *Beals*, at paras. 39 *et seq*.

[56] Third, contrary to Chevron's argument, a requirement that the defendant have a real and substantial connection with the enforcing court in the sense of being present or having assets in the province would only undermine order and fairness. In recognition and enforcement proceedings, besides an unlikely attornment by the defendant, the only way a real and substantial connection with the enforcing forum could be achieved, in the end, is through presence or assets in the jurisdiction. However, presence will frequently be absent given the very nature of the proceeding at issue. Indeed, rule 17.02(m) is implicitly based on an expectation that the defendant in a claim on a judgment of a court outside Ontario will not be present in the province. Requiring assets to be present in the jurisdiction when recognition and enforcement proceedings are instituted is also not conducive to order or fairness. For one thing, assets such as receivables or bank deposits may be in one jurisdiction one day, and in another the next. If jurisdiction over recognition and enforcement proceedings were dependent upon the presence of assets at the time of the proceedings, this may ultimately prove to only benefit those debtors whose goal is to escape rather than answer for their liabilities, while risking depriving creditors of access to funds that might eventually enter the jurisdiction.

[57] In today's globalized world and electronic age, to require that a judgment creditor wait until the foreign debtor is present or has assets in the province before a court can find that it has jurisdiction in recognition and enforcement proceedings would be to turn a blind eye to current economic reality. The motion judge rightly opined as follows on this subject:

en donnant au débiteur en vertu du jugement étranger l'occasion de convaincre le tribunal d'exécution qu'il existe une autre raison de ne pas faire droit à la demande de reconnaissance et d'exécution : voir *Beals*, par. 39 et suiv.

[56] Troisièmement, contrairement à ce que prétend Chevron, l'exigence d'un lien réel et substantiel entre le défendeur et le tribunal d'exécution par la présence du défendeur ou de ses biens dans la province ne ferait que miner l'ordre et l'équité. Dans une demande de reconnaissance et d'exécution, hormis le cas improbable d'un acquiescement du défendeur à la compétence, la seule manière, en définitive, d'établir l'existence d'un lien réel et substantiel avec le ressort d'exécution se limite à la présence du défendeur ou de biens dans le ressort. Or, le défendeur y est souvent absent vu la nature même de la demande en cause. C'est d'ailleurs ce que présume l'al. 17.02m) des Règles : cette disposition repose implicitement sur l'hypothèse que le défendeur dans une demande d'exécution d'un jugement rendu par un tribunal en dehors de l'Ontario ne sera pas présent dans la province. Exiger la présence de biens dans le ressort lorsqu'est introduite la demande de reconnaissance et d'exécution ne contribue guère non plus à l'ordre ou à l'équité. Tout d'abord, des biens comme des créances ou des dépôts bancaires peuvent se trouver dans un ressort un jour, puis se retrouver dans un autre le lendemain. Si la compétence à l'égard d'une demande de reconnaissance et d'exécution dépendait de la présence de biens au moment de l'introduction de l'instance, il se pourrait qu'une telle condition ne profite en fin de compte qu'aux débiteurs qui veulent se dérober à leurs responsabilités plutôt que les assumer, risquant ainsi de priver les créanciers de fonds qui pourraient éventuellement se trouver dans le ressort.

[57] À l'ère de la mondialisation et des échanges électroniques, obliger un créancier judiciaire à attendre que le débiteur étranger ou ses biens se trouvent dans la province avant qu'un tribunal reconnaisse sa compétence dans une demande de reconnaissance et d'exécution reviendrait à faire abstraction de la réalité économique actuelle. Le juge de première instance a eu raison d'écrire ce qui suit à ce sujet :

In an age of electronic international banking, funds once in the hands of a judgment debtor can quickly leave a jurisdiction. While it is highly unlikely that a judgment debtor would move assets into a jurisdiction in the face of a pending recognition action, in some circumstances judgment debtors may not control the timing or location of the receipt of an asset due to them; control may rest in the hands of a third party as a result of contract or otherwise. Where a judgment creditor under a foreign judgment learns that its judgment debtor may come into possession of an asset in the foreseeable future, it might want the recognition of its foreign judgment in advance of that event so that it could invoke some of the enforcement mechanisms of the receiving jurisdiction, such as garnishment. To insist that the judgment creditor under a foreign judgment await the arrival of the judgment debtor's asset in the jurisdiction before seeking recognition and enforcement could well prejudice the ability of the judgment creditor to recover on its judgment. Given the wide variety of circumstances – including timing – in which a judgment debtor might come into possession of an asset, I do not think it prudent to lay down a hard and fast rule that assets of the judgment debtor must exist in the receiving jurisdiction as a pre-condition to the receiving jurisdiction entertaining a recognition and enforcement action. [para. 81]

[TRADUCTION] À une époque où les opérations bancaires se font par voie électronique à l'échelle internationale, les fonds en la possession d'un débiteur judiciaire peuvent rapidement quitter un ressort. Bien qu'il soit hautement improbable qu'un tel débiteur fasse entrer des biens dans un ressort alors même qu'une action en reconnaissance est pendante, il se peut que dans certaines situations, le débiteur n'ait aucune emprise sur le moment ou le lieu de la réception d'un bien qui lui est dû; il se peut que le contrôle appartienne à un tiers, par contrat ou autrement. Lorsque le créancier en vertu d'un jugement étranger apprend que son débiteur judiciaire est susceptible d'entrer en possession d'un bien dans un avenir prévisible, il voudra peut-être obtenir la reconnaissance de son jugement étranger à l'avance pour qu'il puisse faire valoir les mécanismes d'exécution du ressort dans lequel les biens seront reçus, par exemple une saisie-arrêt. S'il fallait exiger que le créancier en vertu d'un jugement étranger attende l'arrivée du bien du débiteur judiciaire dans le ressort avant de demander la reconnaissance et l'exécution, la possibilité qu'a ce créancier de recouvrer sa créance judiciaire pourrait très bien être compromise. Compte tenu de la vaste gamme de circonstances – y compris la chronologie – dans lesquelles un débiteur judiciaire peut entrer en possession d'un bien, j'estime qu'il serait imprudent de fixer une règle absolue exigeant la présence de biens de ce débiteur dans le ressort d'exécution comme condition préalable à ce que le tribunal de ce ressort connaisse d'une action en reconnaissance et en exécution. [par. 81]

I note that in one Ontario lower court decision, albeit in the context of *forum non conveniens*, the existence of assets has been held to be irrelevant to the jurisdictional inquiry: see *BNP Paribas (Canada) v. Mécs* (2002), 60 O.R. (3d) 205 (S.C.J.).

Je souligne que dans un jugement rendu par une juridiction inférieure en Ontario, quoique dans un contexte de *forum non conveniens*, l'existence de biens a été jugée non pertinente dans l'examen de la compétence : voir *BNP Paribas (Canada) c. Mécs* (2002), 60 O.R. (3d) 205 (C.S.J.).

[58] In this regard, I find persuasive value in the fact that other common law jurisdictions — presumably equally concerned about order and fairness as our own — have also found that the presence of assets in the enforcing jurisdiction is not a prerequisite to the recognition and enforcement of a foreign judgment.

[58] À cet égard, j'accorde une valeur persuasive au fait que les tribunaux d'autres ressorts de common law — vraisemblablement aussi soucieux que les nôtres d'assurer l'ordre et l'équité — ont conclu eux aussi que la présence de biens dans le ressort d'exécution n'était pas une condition préalable à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger.

[59] In *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu v. Demirel*, [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508, for example, the England and Wales Court of Appeal

[59] Dans *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu c. Demirel*, [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 W.L.R. 2508, par exemple, la Cour d'appel d'Angleterre et

(Civil Division) held that "a claimant seeking to enforce a foreign judgment by action does not have to show that there are assets in the jurisdiction. To require him to do so would be tantamount to construing the rule as if it were limited in that way": para. 29. The court also held that to be granted permission to serve *ex juris* (permission that is needed under the applicable English procedural rules), the claimant is required to show "that he has a good arguable case in the action, that is that he has a good arguable case that judgment should be given based upon the foreign judgment": *ibid*. The court continued, holding that the claimant must "ordinarily show further that he can reasonably expect a benefit from such a judgment": *ibid*. However, on the facts of the case, it held that service *ex juris* should be permitted where the defendant did not possess assets in England at the time, but had a "reasonable possibility" of having assets in London "one of these days": para. 40.

du Pays de Galles (section civile) a statué qu'un [TRADUCTION] « demandeur qui veut faire exécuter un jugement étranger par voie d'action n'a pas à démontrer l'existence de biens dans le ressort. L'obliger à le faire équivaudrait à interpréter la règle comme si elle était limitée de cette façon » : par. 29. La cour a également statué que pour obtenir une autorisation de signification *ex juris* (nécessaire en vertu des règles de procédure anglaises), le demandeur devait démontrer « que sa cause d'action est valable, c'est-à-dire qu'il peut à bon droit faire valoir qu'un jugement fondé sur le jugement étranger peut être rendu en sa faveur » : *ibid*. La cour a ajouté que le demandeur doit « normalement démontrer en outre qu'il peut raisonnablement s'attendre à tirer avantage d'un tel jugement » : *ibid*. Toutefois, eu égard aux faits de l'affaire, la cour a statué qu'il fallait permettre la signification *ex juris* dans un cas où le défendeur ne possédait pas de biens en Angleterre à l'époque, mais où il existait « une possibilité raisonnable » qu'il possède des biens à Londres « un jour » : par. 40.

[60] The High Court of Ireland followed a similar approach in *Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK*, [2014] IEHC 115, in an arbitration context, holding that "the presence of assets within the jurisdiction is not a pre-requisite for the granting of leave to serve out of the jurisdiction on an application to enforce a Convention Award": para. 112 (BAILII). Although the court quoted with approval the passages from *Tasarruf* to the effect that the applicant must demonstrate that some potential benefit would accrue should the recognition and enforcement action succeed, it nevertheless accepted, with no hesitation, that "the seeking of recognition and enforcement of an award in a country where the losing party may have no assets in order to obtain the imprimatur of a respected court upon the award is acceptable": para. 128.

[60] Dans *Yukos Capital S.A.R.L. c. OAO Tomskneft VNK*, [2014] IEHC 115, la Haute Cour d'Irlande a suivi un raisonnement similaire dans une affaire d'arbitrage, statuant que [TRADUCTION] « la présence de biens dans le ressort n'est pas une condition préalable à l'autorisation de faire la signification à l'extérieur du ressort dans une demande d'exécution d'une sentence rendue en application de la Convention » : par. 112 (BAILII). Bien que la Cour ait cité avec approbation les passages de l'arrêt *Tasarruf* où il est dit que le demandeur doit démontrer l'avantage éventuel qu'il tirerait si l'action en reconnaissance et en exécution était accueillie, elle a néanmoins reconnu sans hésitation qu'« il est acceptable de demander la reconnaissance et l'exécution d'une sentence dans un pays où la partie débitrice peut ne pas avoir de biens afin d'obtenir l'homologation de la sentence par une cour de justice reconnue » : par. 128.

[61] The U.S. courts appear to be divided on the prerequisites to recognition and enforcement: see R. A. Brand, "Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments" (2013), 74 *U. Pitt. L. Rev*. 491. Some, as exemplified by the decision in *Lenchyshyn*

[61] Les tribunaux américains paraissent divisés sur les conditions préalables à la reconnaissance et à l'exécution : voir R. A. Brand, « Federal Judicial Center International Litigation Guide : Recognition and Enforcement of Foreign Judgments » (2013), 74 *U. Pitt. L. Rev.* 491. Certains d'entre eux,

v. Pelko Electric, Inc., 723 N.Y.S.2d 285 (App. Div. 2001), take a broad approach. In *Lenchyshyn*, the Supreme Court of New York, Appellate Division, held that personal jurisdiction need not be established over judgment debtors for recognition and enforcement to proceed. In the court's view, "[r]equiring that the judgment debtor have a 'presence' in or some other jurisdictional nexus to the state of enforcement would unduly protect a judgment debtor and enable him easily to escape his just obligations under a foreign country money judgment" (p. 292); moreover, no constitutional obligation exists to satisfy such a requirement (p. 289). The court concluded that "even if defendants do not presently have assets in New York, plaintiffs nevertheless should be granted recognition of the foreign country money judgment . . . and thereby should have the opportunity to pursue all such enforcement steps *in futuro*, whenever it might appear that defendants are maintaining assets in New York": p. 291. The same court recently reiterated the *Lenchyshyn* approach in *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC v. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.*, 986 N.Y.S.2d 454 (App. Div. 2014). Other state and district courts have also adopted its reasoning: *Haaksman v. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.*, 260 S.W.3d 476 (Tex. App. 2008); *Pure Fishing, Inc. v. Silver Star Co.*, 202 F.Supp.2d 905 (N.D. Iowa 2002).

[62] As the motion judge below correctly pointed out, some U.S. courts have taken a different approach. For instance, the Michigan Court of Appeals stated the following in *Electrolines, Inc. v. Prudential Assurance Co.*, 677 N.W.2d 874 (2004):

> We hold that where plaintiff failed to identify any property owned by defendants in Michigan, the trial court erred in holding that it was unnecessary for plaintiff to demonstrate that the Michigan court had personal jurisdiction over defendants in this common-law enforcement action.

comme dans l'arrêt *Lenchyshyn c. Pelko Electric, Inc.*, 723 N.Y.S.2d 285 (App. Div. 2001), adoptent une approche libérale. Dans *Lenchyshyn*, la division d'appel de la Cour suprême de l'État de New York a statué qu'il n'était pas nécessaire d'établir la compétence personnelle à l'égard des débiteurs judiciaires pour que la demande de reconnaissance et d'exécution suive son cours. Pour reprendre les propos de la cour, [TRADUCTION] « [e]xiger qu'un débiteur judiciaire ait une "présence" dans l'État d'exécution ou qu'il ait un quelconque autre lien juridictionnel avec cet État protégerait indûment le débiteur du jugement et lui permettrait facilement de se soustraire à ses obligations légitimes constatées par un jugement pécuniaire étranger » (p. 292); qui plus est, il n'existe aucune obligation constitutionnelle de poser une telle exigence (p. 289). La cour a conclu que « même si les défendeurs n'ont pas actuellement de biens dans l'État de New York, il convient néanmoins d'accorder aux demandeurs la reconnaissance du jugement pécuniaire étranger [. . .] et ces derniers doivent par conséquent avoir la possibilité de prendre toutes ces mesures d'exécution *à l'avenir*, à chaque fois où il pourrait sembler que les défendeurs conservent des biens dans l'État de New York » : p. 291. La même cour a repris l'approche suivie dans *Lenchyshyn* dans *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC c. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.*, 986 N.Y.S.2d 454 (App. Div. 2014). D'autres tribunaux d'États et de districts ont également adopté son raisonnement : *Haaksman c. Diamond Offshore (Bermuda), Ltd.*, 260 S.W.3d 476 (Tex. App. 2008); *Pure Fishing, Inc. c. Silver Star Co.*, 202 F.Supp.2d 905 (N.D. Iowa 2002).

[62] Comme le premier juge l'a souligné à juste titre, certains tribunaux américains ont suivi une autre approche. Par exemple, dans l'arrêt *Electrolines, Inc. c. Prudential Assurance Co.*, 677 N.W.2d 874 (2004), la Cour d'appel du Michigan a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] Nous statuons que lorsque le demandeur n'a pas identifié de biens au Michigan appartenant aux défendeurs, le tribunal de première instance a eu tort de conclure qu'il n'était pas nécessaire que le demandeur démontre que le tribunal du Michigan avait compétence personnelle à l'égard des défendeurs dans cette action en exécution en common law.

. . .

We have not found any authorities indicating that the foundational requirement of demonstrating a trial court's jurisdiction over a person or property is inapplicable in enforcement proceedings. [pp. 880 and 884]

Other U.S. courts have adopted an even more extreme position, holding that "attachment of assets of the judgment debtor within the state is not sufficient to provide jurisdiction, and that personal jurisdiction over the judgment debtor is necessary": Brand, at p. 506, citing *Base Metal Trading, Ltd. v. OJSC "Novokuznetsky Aluminum Factory"*, 283 F.3d 208 (4th Cir. 2002), cert. denied, 537 U.S. 822 (2002).

[63] As this review of the case law indicates, many courts in common law jurisdictions have been hesitant to make the presence of assets a prerequisite to jurisdiction in recognition and enforcement proceedings. While it is true that some have nonetheless seen fit to limit the existence of jurisdiction in other ways (notably, by requiring that judgment creditors prove that a benefit will result from successful recognition and enforcement proceedings), they have done so in the context of different procedural rules and distinct constitutional considerations.

[64] Turning to the works of Canadian conflict of laws scholars, most support the view that requiring a real and substantial connection through the defendant being present or having assets in the province is not necessary for the purposes of a recognition and enforcement action. Walker, for instance, writes:

The security of crossborder transactions rests on the confidence that the law will enable the prompt and effective determination of the effect of judgments from other legal systems. For this reason, there are no separate or additional jurisdictional requirements, such as the residence of the defendant or the presence of the defendant's assets in the jurisdiction, for a court to determine

. . .

Nous n'avons trouvé aucune source indiquant que l'exigence de principe selon laquelle il faut démontrer la compétence du tribunal de première instance à l'égard d'une personne ou d'un bien est inapplicable aux demandes d'exécution. [p. 880 et 884]

D'autres tribunaux des États-Unis ont préconisé une approche encore plus extrême, statuant que [TRADUCTION] « la saisie de biens du débiteur judiciaire à l'intérieur de l'État ne suffit pas à conférer la compétence : il faut une compétence personnelle à l'égard du débiteur judiciaire » : Brand, p. 506, citant *Base Metal Trading, Ltd. c. OJSC "Novokuznetsky Aluminum Factory"*, 283 F.3d 208 (4th Cir. 2002), cert. refusé, 537 U.S. 822 (2002).

[63] Il ressort de cet examen de la jurisprudence que les tribunaux de plusieurs ressorts de common law hésitent à faire de la présence de biens une condition préalable à la compétence dans les demandes de reconnaissance et d'exécution. Même s'il est vrai que certains de ces tribunaux ont néanmoins jugé bon de limiter l'existence de la compétence d'autres façons (notamment en exigeant que le créancier judiciaire prouve qu'il tirera un avantage quelconque si la demande de reconnaissance et d'exécution est accueillie), ils l'ont fait dans le contexte de règles de procédure différentes et de considérations constitutionnelles distinctes de celles qui prévalent ici.

[64] Cela dit, une étude des ouvrages canadiens de doctrine en droit international privé montre que la plupart des auteurs estiment qu'il n'est pas nécessaire d'exiger, dans le contexte des actions en reconnaissance et en exécution, l'existence d'un lien réel et substantiel par la présence du défendeur ou de ses biens dans la province. Ainsi, Walker écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] La sécurité des opérations transfrontalières repose sur la confiance que l'on a que le droit permettra de déterminer rapidement et efficacement l'effet des jugements provenant d'autres systèmes juridiques. Pour cette raison, il n'existe aucune autre exigence distincte ou additionnelle en matière de compétence, par exemple la résidence du défendeur ou la présence de

whether a foreign judgment may be recognized or enforced. [Emphasis added; p. 14-1.]

[65] Perell and Morden express a similar view:

Subject to the defences, a Canadian court will enforce a foreign judgment if the foreign court or foreign jurisdiction had a "real and substantial connection" to the dispute. However, it is not necessary for the plaintiffs to establish that Ontario has a real and substantial connection with the litigation; it is sufficient to show that the foreign court that gave the judgment had a real and substantial connection with the matter. [Footnotes omitted; ¶11.181.]

[66] Pitel and Rafferty take a somewhat different position in the following passage:

Because an action on the foreign judgment is a new legal proceeding, issues of jurisdiction . . . must be considered at the outset. If the defendant is resident in the country in which recognition and enforcement is sought, it will be easy to establish jurisdiction. But in many cases the defendant will not be resident there: he or she will only have assets there, which the plaintiff is going after to enforce the judgment. Typically the presence of assets in a province is an insufficient basis for taking jurisdiction over a foreign defendant. But most provinces have made specific provision to allow for service *ex juris* in such cases. For example, in Ontario service outside the province can be made as of right where the claim is "on a judgment of a court outside Ontario." . . . [T]he plaintiff would still need to show a real and substantial connection to the province in which enforcement was sought. Under this test, the presence of assets may be insufficient to ground substantive proceedings but they should virtually always be sufficient to ground proceedings for recognition and enforcement. [Footnote omitted; pp. 159-60.]

[67] This statement, however, has been criticized by at least one lower court judge who "decline[d] to follow that theory for the following reasons: (1) they cite no authority for the theory that they advance (neither case law nor academic commentary); and (2) the preponderance of precedent is to the contrary": *CSA8-Garden Village LLC v. Dewar*, 2013

biens du défendeur dans le ressort, pour que le tribunal détermine s'il y a lieu de reconnaître ou d'exécuter un jugement étranger. [Je souligne; p. 14-1.]

[65] Perell et Morden expriment une opinion analogue :

[TRADUCTION] Sous réserve des moyens de défense, un tribunal canadien exécutera un jugement étranger si le tribunal ou le ressort étranger avait un « lien réel et substantiel » avec le différend. Toutefois, le demandeur n'a pas à établir que l'Ontario a un lien réel ou substantiel avec le litige; il suffit de démontrer que le tribunal étranger qui a rendu le jugement avait un lien réel et substantiel avec l'affaire. [Notes en bas de page omises; ¶11.181.]

[66] Pitel et Rafferty présentent un point de vue quelque peu différent dans le passage suivant :

[TRADUCTION] Parce qu'une action fondée sur le jugement étranger constitue une nouvelle procédure judiciaire, des questions de compétence [. . .] doivent être examinées d'entrée de jeu. Si le défendeur est résident du pays dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées, il sera facile d'établir la compétence. Cependant, dans bien des cas, le défendeur ne sera pas résident de ce pays : il n'y possédera que des biens que le demandeur tente de trouver pour exécuter le jugement. Généralement, la présence de biens dans une province ne suffit pas pour établir la compétence à l'égard d'un défendeur étranger. Toutefois, la plupart des provinces ont adopté des dispositions particulières qui permettent la signification *ex juris* dans ces cas. Par exemple, en Ontario, la signification peut valablement être faite en dehors de la province lorsque la demande se fonde « sur un jugement d'un tribunal en dehors de l'Ontario ». [. . .] [I]l faudrait néanmoins que le demandeur démontre un lien réel et substantiel avec la province dans laquelle l'exécution est demandée. Suivant ce critère, la présence de biens peut être insuffisante pour justifier une instance sur le fond, mais elle devrait pratiquement toujours être suffisante pour justifier une demande de reconnaissance et d'exécution. [Note en bas de page omise; p. 159-160.]

[67] Toutefois, cette affirmation a été critiquée par au moins un juge d'une juridiction inférieure qui [TRADUCTION] « n'a pas souscrit à cette théorie pour les motifs suivants : (1) les auteurs ne citent aucune source au soutien de la théorie qu'ils exposent (que ce soit de la jurisprudence ou de la doctrine); (2) le courant jurisprudentiel prépondérant indique le

ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125, at para. 43. I am inclined to agree with this criticism. Pitel and Rafferty's statement does not accord with the principles discussed above that underlie actions for the recognition and enforcement of foreign judgments.

[68] In my view, there is nothing improper in allowing foreign judgment creditors to choose where they wish to enforce their judgments and to assess where, in all likelihood, their debtors' assets could be found or may end up being located one day. In this regard, it is the existence of clear, liberal and simple rules for the recognition and enforcement of foreign judgments that facilitates the flow of wealth, skills and people across borders in a fair and orderly manner: Walker, at p. 14-1. Requiring a real and substantial connection through the presence of assets in the enforcing jurisdiction would serve only to hinder these considerations, which are important for commercial dealings in an increasingly globalized economy. It is true that the absence of assets upon which to enforce a foreign judgment may, in some situations, have an impact on the legitimate use of the judicial resources of an enforcing court, and in turn on the court's exercise of its discretionary power to stay the proceeding. The absence of assets may also influence the appropriateness of the choice of a given forum for the enforcement proceedings. These issues do not relate, however, to the existence of jurisdiction, but to its exercise; as this Court emphasized in *Van Breda*, "a clear distinction must be drawn between the existence and the exercise of jurisdiction": para. 101.

[69] Facilitating comity and reciprocity, two of the backbones of private international law, calls for assistance, not barriers. Neither this Court's jurisprudence nor the principles underlying recognition and enforcement actions requires imposing additional jurisdictional restrictions on the determination of whether a foreign judgment is binding and enforceable in Ontario. The principle of comity does not require that Chevron's submissions be

contraire » : *CSA8-Garden Village LLC c. Dewar*, 2013 ONSC 6229, 369 D.L.R. (4th) 125, par. 43. Je suis enclin à partager cette critique. L'affirmation de Pitel et Rafferty n'est pas conforme aux principes examinés ci-dessus qui sous-tendent les actions en reconnaissance et en exécution des jugements étrangers.

[68] À mon avis, il n'y a rien d'inapproprié à permettre au créancier en vertu d'un jugement étranger de choisir l'endroit où il veut faire exécuter son jugement, et de déterminer où, en toute vraisemblance, les biens de son débiteur peuvent se trouver ou sont susceptibles de se retrouver un jour. Sous ce rapport, c'est l'existence de règles claires, libérales et simples de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers qui facilite la circulation transfrontalière de la richesse, des compétences et des gens de manière équitable et ordonnée : Walker, p. 14-1. Exiger l'existence d'un lien réel et substantiel par la présence de biens dans le ressort d'exécution ne servirait qu'à faire obstacle à ces considérations importantes pour les échanges commerciaux dans une économie de plus en plus mondialisée. Il est vrai que l'absence de biens permettant d'exécuter un jugement étranger peut, dans certaines situations, avoir une incidence sur l'usage légitime des ressources judiciaires du tribunal d'exécution et, ainsi, sur l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire de surseoir à l'instance. L'absence de biens peut également avoir une incidence sur le caractère opportun du choix d'un tribunal donné qui sera saisi de la demande d'exécution. Cependant, ces questions n'ont pas trait à l'existence de la compétence, mais bien à son exercice; dans *Van Breda*, la Cour a souligné « la nécessité de conserver une nette distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence » : par. 101.

[69] La facilitation de la courtoisie et de la réciprocité, deux des pivots du droit international privé, appelle à prêter assistance et non à dresser des obstacles. Ni la jurisprudence de notre Cour ni les principes sous-jacents aux actions en reconnaissance et en exécution ne prescrivent l'imposition de restrictions juridictionnelles additionnelles pour conclure qu'un jugement étranger a force exécutoire en Ontario. Le principe de courtoisie ne nous oblige pas

adopted. On the contrary, an unambiguous statement by this Court that a real and substantial connection is not necessary will have the benefit of providing a "fixed, clear and predictable" rule, which some say is necessary in this area: T. J. Monestier, "A 'Real and Substantial' Mess: The Law of Jurisdiction in Canada" (2007), 33 *Queen's L.J.* 179, at p. 192. Such a rule will clearly be consistent with the dictates of order and fairness; it will also allow parties "to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or interprovincial aspect", as LeBel J. in *Van Breda* insisted they should be able to do: para. 73. Moreover, a clear rule will help to avert needless and wasteful jurisdictional inquiries that merely thwart the proceedings from their eventual resumption. As some have noted, our courts "should exercise care in interpreting rules and developing legal principles so as not to encourage unnecessary motions", since "[i]n many cases, the defendant's challenge to service *ex juris* is just another dilatory tactic that provincial rules of civil procedure have sought to avoid": G. D. Watson and F. Au, "Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard*" (2000), 23 *Advocates' Q.* 167, at p. 205. To accept Chevron's submissions would be to ignore this wise counsel.

(4) Relevant Legislation

[70] Finally, the choices made by the Ontario legislature provide an additional useful perspective, one that reinforces the validity of the approach favoured by this Court's jurisprudence and the principles discussed above. Two points are of note. First, the Rules do not require that the court probe the relationship between the dispute and the province, whether by inquiring into the existence of assets or otherwise. Rule 17.02 establishes the bases upon which a party can serve an adversary with an originating process or notice of a reference outside Ontario without needing to seek leave of the court

à adopter les arguments de Chevron. Au contraire, une affirmation non équivoque par notre Cour selon laquelle l'existence d'un lien réel et substantiel n'est pas nécessaire aura l'avantage de fournir une règle [TRADUCTION] « fixe, claire et prévisible », que certains auteurs disent nécessaire dans ce domaine : T. J. Monestier, « A "Real and Substantial" Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007), 33 *Queen's L.J.* 179, p. 192. Une telle règle sera manifestement conforme aux principes d'ordre et d'équité; elle permettra aussi aux parties de « prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d'une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent », répondant ainsi à cette autre considération d'importance que le juge LeBel a énoncée dans l'arrêt *Van Breda* : par. 73. Qui plus est, une règle claire aidera à éviter des examens de la compétence inutiles et coûteux qui ne font qu'empêcher l'instance de suivre son cours. Comme certains auteurs l'ont noté, nos tribunaux [TRADUCTION] « devraient prendre soin d'interpréter les règles et d'élaborer des principes de droit de manière à ne pas encourager des requêtes inutiles », puisque « [d]ans bien des cas, la contestation de la signification *ex juris* par le défendeur n'est qu'une autre tactique dilatoire que les règles provinciales de procédure civile visaient à éviter » : G. D. Watson et F. Au, « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates' Q.* 167, p. 205. Accepter les arguments de Chevron reviendrait à faire fi de ce sage conseil.

(4) Dispositions législatives pertinentes

[70] Enfin, les choix du législateur ontarien fournissent une perspective supplémentaire utile qui renforce la validité de l'approche privilégiée dans la jurisprudence de notre Cour et les principes examinés ci-dessus. Deux points méritent d'être soulignés. Premièrement, les Règles n'obligent pas le tribunal à examiner le rapport entre le différend et la province, que ce soit en se demandant s'il se trouve des biens dans la province ou d'une autre façon. La règle 17.02 énonce les fondements sur lesquels une partie peut signifier à un adversaire en dehors de l'Ontario un acte introductif d'instance ou un avis

to do so. Rule 17.02(m) provides that one basis for service exists where the claim is "on a judgment of a court outside Ontario", which, naturally, contemplates recognition and enforcement proceedings. While the Rules do not in and of themselves confer jurisdiction (see Perell and Morden, at ¶2.306), they nevertheless "represent an expression of wisdom and experience drawn from the life of the law" (*Van Breda*, at para. 83) and offer useful guidance with respect to the intentions of the Ontario legislators. That the legislators have not seen fit to craft specific jurisdictional rules respecting foreign judgments is indicative of their intention to have the Rules alone govern, and therefore to maintain the existence of broad jurisdictional bases in actions for recognition and enforcement.

[71] Second, analogous provisions found in other Ontario statutes do not impose an obligation on the plaintiff to establish that the defendant has assets in the province or some other conceivable connection with the forum. For example, the Ontario *International Commercial Arbitration Act*, which permits registration of foreign arbitral awards, does not require that the debtor be present or have assets in Ontario. Article 35(1) of the Schedule to that Act provides that "[a]n arbitral award . . . shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36." Article 36(1) lists various grounds for refusing recognition or enforcement of such awards. None of those grounds is based upon the absence of a real and substantial connection between either the underlying dispute or the defendant and Ontario, or upon an absence of assets. Similarly, the *Reciprocal Enforcement of Judgments (U.K.) Act*, which facilitates the recognition and enforcement of judgments from the United Kingdom, does not permit a debtor to escape enforcement by demonstrating that no real and substantial connection exists between the debtor or the dispute and the forum. Finally, the *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, R.S.O. 1990, c. R.5, which supplies an expedited mechanism for registering and enforcing the judgments of

de renvoi, sans avoir à demander l'autorisation du tribunal. L'alinéa 17.02m) prévoit que la signification peut être ainsi faite lorsque la demande « se fond[e] sur un jugement d'un tribunal en dehors de l'Ontario », ce qui, naturellement, inclut une demande de reconnaissance et d'exécution. Bien que les Règles ne soient pas elles-mêmes attributives de compétence (voir Perell et Morden, ¶2.306), elles « expriment toutefois la sagesse et l'expérience de la vie juridique » (*Van Breda*, par. 83) et nous fournissent un éclairage utile quant aux intentions du législateur ontarien. Le fait que ce législateur n'ait pas jugé bon d'élaborer des règles de compétence spécifiques relatives aux jugements étrangers est une indication de son intention de faire en sorte que les Règles soient les seules mesures applicables et, ainsi, de maintenir l'existence de fondements juridictionnels étendus dans les actions en reconnaissance et en exécution.

[71] Deuxièmement, des dispositions analogues que l'on trouve dans d'autres textes législatifs ontariens n'obligent pas le demandeur à établir que le défendeur possède des biens en Ontario ou qu'il conserve un quelconque autre lien avec le ressort. Ainsi, la *Loi sur l'arbitrage commercial international* de l'Ontario, qui permet l'enregistrement de sentences arbitrales étrangères, n'exige pas que le débiteur soit présent en Ontario ou qu'il y possède des biens. Selon le par. 35(1) de l'annexe de cette loi : « La sentence arbitrale [. . .] est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36. » Le paragraphe 36(1) énumère divers motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence. Aucun de ces motifs n'est fondé sur l'absence d'un lien réel et substantiel entre le différend sous-jacent ou le défendeur et l'Ontario, ou sur l'absence de biens en Ontario. De même, la *Loi sur l'exécution réciproque de jugements (Royaume-Uni)* qui facilite la reconnaissance et l'exécution de jugements provenant du Royaume-Uni, ne permet pas au débiteur de se soustraire à l'exécution en démontrant l'absence de lien réel et substantiel entre lui ou le différend et le ressort. Enfin, la *Loi sur l'exécution réciproque de jugements*, L.R.O. 1990, c. R.5, qui prévoit un

the other Canadian provinces and territories, contains no such requirement either.

[72] I note that all the common law provinces and territories have statutes providing for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards or of judgments from the United Kingdom. They also have similar statutes providing for the expedited registration or recognition of judgments from specified jurisdictions. In Quebec, it is art. 3155 of the *Civil Code of Québec* that provides for the recognition and enforcement of foreign decisions. It notably does not require a connection between the foreign debtor and the province. In *Canada Post Corp. v. Lépine*, 2009 SCC 16, [2009] 1 S.C.R. 549, this Court found that "the basic principle laid down in art. 3155 . . . is that any decision rendered by a foreign authority must be recognized unless an exception applies": para. 22. The Court acknowledged that the enumerated exceptions are "limited": *ibid*. I note that none of them concerns a jurisdictional hurdle in the enforcing state. This shows that the Quebec legislature did not intend a connection between the foreign debtor and the province to be a prerequisite to recognition and enforcement.

[73] I acknowledge that the Uniform Law Conference of Canada took a different approach in drafting the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* ("CJPTA") (online) in the 1990s. The CJPTA has been passed, with some variations, in five jurisdictions (Saskatchewan, Prince Edward Island, Yukon, British Columbia, and Nova Scotia), though it has only come into force in three of them. Section 3(e) of the CJPTA provides that one circumstance in which a court has territorial competence in a proceeding is if "there is a real and substantial connection between [*enacting province or territory*] and the facts on which the proceeding against that person is based" (emphasis in original; text in brackets in original). Section 10 states that a real and substantial connection "is presumed to exist if the proceeding . . . (k) is for enforcement of a judgment of a court made in or outside [*enacting province or territory*] or an arbitral award made in or

mécanisme accéléré d'enregistrement et d'exécution des jugements d'autres provinces et territoires canadiens, ne renferme pas non plus une telle exigence.

[72] Je signale que toutes les provinces de common law et les territoires ont des lois qui régissent la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères ou de jugements du Royaume-Uni. Ils ont aussi des lois similaires régissant l'enregistrement ou la reconnaissance accélérés de jugements de ressorts désignés. Au Québec, c'est l'art. 3155 du *Code civil du Québec* qui régit la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers. Il n'exige pas notamment l'existence d'un lien entre le débiteur étranger et la province. Dans *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549, notre Cour a conclu que « l'art. 3155 [. . .] établit, comme principe fondamental [. . .] que toute décision rendue par une autorité étrangère doit être reconnue, sauf exception » : par. 22. La Cour a reconnu que les exceptions énumérées sont « limitées » : *ibid*. Je souligne qu'aucune d'entre elles n'a trait à un obstacle en matière de compétence de l'État d'exécution, ce qui indique que le législateur québécois n'avait pas l'intention d'assujettir la reconnaissance et l'exécution à l'existence d'un lien entre le débiteur étranger et le tribunal d'exécution.

[73] Je reconnais que la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté une approche différente dans la rédaction de la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (« LUCTRI ») (en ligne) dans les années 1990. Cette loi a été adoptée, avec certaines variations, dans cinq ressorts (la Saskatchewan, l'Île-du-Prince-Édouard, le Yukon, la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse), bien qu'elle ne soit entrée en vigueur que dans trois de ces ressorts. L'alinéa 3e) de la LUCTRI prévoit qu'un tribunal a compétence territoriale à l'égard d'une instance notamment s'« il existe un lien réel et substantiel entre [*province ou territoire qui adopte la Loi*] et les faits sur lesquels est fondée l'instance » (en italique dans l'original; texte entre crochets dans l'original). Selon l'art. 10, un lien réel et substantiel « est présumé exister [si] [. . .] k) l'instance porte sur l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal à l'intérieur ou

outside [*enacting province or territory*]" (emphasis in original; text in brackets in original). Thus, the foreign judgment creates a rebuttable presumption of jurisdiction, which the judgment debtor can contest. Yet, in spite of this possibility, V. Black, S. G. A. Pitel and M. Sobkin point out that, as of 2012, "no defendant [had] succeeded in rebutting a s. 10 presumption" in the provinces in which the CJPTA was in force at that time: *Statutory Jurisdiction: An Analysis of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (2012), at pp. 146-47. As this Court observed in *Van Breda*, "[l]egislatures and courts may adopt various solutions to meet the constitutional requirements and the objectives of efficiency and fairness that underlie our private international law system": para. 34. The legislatures are therefore free to adopt legislation like the CJPTA that departs from the common law, so long as they do so within constitutional limits. Ontario, however, has not done so.

à l'extérieur de [*province ou territoire qui adopte la Loi*] ou sur l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à l'intérieur ou à l'extérieur de [*province ou territoire qui adopte la Loi*] » (en italique dans l'original; texte entre crochets dans l'original). Par conséquent, le jugement étranger crée une présomption réfutable de compétence que le débiteur judiciaire peut contester. Pourtant, malgré cette possibilité, V. Black, S. G. A. Pitel et M. Sobkin signalent qu'en date de 2012, [TRADUCTION] « aucun défendeur n'[avait] réussi à réfuter une présomption prévue à l'art. 10 » dans les provinces où la LUCTRI était alors en vigueur : *Statutory Jurisdiction : An Analysis of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (2012), p. 146-147. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *Van Breda*, « [l]es législatures et les tribunaux provinciaux peuvent adopter diverses solutions pour satisfaire aux exigences constitutionnelles et aux objectifs d'efficacité et d'équité sur lesquels repose notre système de droit international privé » : par. 34. Il est donc loisible aux législateurs d'adopter des lois comme la LUCTRI qui s'écartent de la common law, pourvu qu'elles le fassent dans des limites constitutionnelles. Toutefois, l'Ontario ne l'a pas fait.

[74] As a result, to find in this case that there is no requirement of a real and substantial connection between the forum and the dispute in an action for recognition and enforcement would neither pervert the Ontario legislators' intentions, nor risk some other unforeseen outcome. Instead, such a finding would be respectful of the legislative choices already made by the province, while leaving open legal space in which it is free to develop its own conflict of laws rules, if it so chooses. This decision is limited to common law recognition and enforcement principles.

[74] En conséquence, conclure en l'espèce que l'existence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal et le différend n'est pas nécessaire dans une action en reconnaissance et en exécution n'irait pas à l'encontre de l'intention du législateur ontarien et ne risquerait pas d'entraîner quelque autre résultat imprévu. Au contraire, une telle conclusion serait respectueuse des choix législatifs déjà faits par la province, tout en laissant ouvert un espace juridique dans lequel elle est libre d'élaborer ses propres règles de droit international privé, si tel est son choix. Le présent jugement se limite aux principes de reconnaissance et d'exécution de la common law.

(5) Summary

(5) Résumé

[75] Case law, principle, relevant statutes and practicality all support a rejection of Chevron's contention. Jurisdiction in an action for recognition and enforcement stems from service being effected on the basis of a foreign judgment rendered in the

[75] La jurisprudence, les principes de droit, les dispositions législatives pertinentes et les considérations pratiques militent tous contre l'argument de Chevron. Dans une action en reconnaissance et en exécution, la compétence découle de la signification

plaintiff's favour, and against the named defendant. There is no need to demonstrate a real and substantial connection between the dispute and the enforcing forum. To conclude otherwise would undermine the important values of order and fairness that underlie all conflicts rules: *Van Breda*, at para. 74, quoting *Morguard*, at p. 1097. Moreover, such a conclusion would be inconsistent with this Court's statement in *Beals* that the doctrine of comity (to which the principles of order and fairness attach) "must be permitted to evolve concomitantly with international business relations, cross-border transactions, as well as mobility": para. 27. Cross-border transactions and interactions continue to multiply. As they do, comity requires an increasing willingness on the part of courts to recognize the acts of other states. This is essential to allow individuals and companies to conduct international business without worrying that their participation in such relationships will jeopardize or negate their legal rights.

[76] In this case, jurisdiction is established with respect to Chevron, which was served *ex juris* pursuant to rule 17.02(m) of the Rules. The plaintiffs alleged in their amended statement of claim that Chevron was a foreign debtor as a result of "the final Judgment of the Appellate Division of the Provincial Court of Justice of Sucumbíos of Ecuador of January 3, 2012": A.R., vol. I, at p. 102. While this judgment has since been varied by the Court of Cassation, this occurred after the amended statement of claim had been filed. The original judgment remains largely intact, although, as noted, the Court of Cassation reduced the total amount owed. The plaintiffs have sufficiently pleaded the Ontario courts' jurisdiction over Chevron.

[77] In closing on this first issue, I wish to emphasize that when jurisdiction is found to exist, it does not necessarily follow that it will or should be exercised: A. Briggs, *The Conflict of Laws* (3rd ed.

faite sur le fondement d'un jugement étranger rendu en faveur du demandeur, aux dépens du défendeur désigné. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien réel et substantiel entre le différend et le ressort d'exécution. Conclure autrement saperait les valeurs importantes d'ordre et d'équité qui servent de fondement à toutes les règles de droit international privé : *Van Breda*, par. 74, citant *Morguard*, p. 1097. Qui plus est, une telle conclusion serait incompatible avec l'affirmation de notre Cour dans l'arrêt *Beals* selon laquelle le principe de la courtoisie (à laquelle se rattachent les principes d'ordre et d'équité) « doit pouvoir évoluer au même rythme que les relations commerciales internationales, les opérations transfrontalières et la libre circulation d'un pays à l'autre » : par. 27. Les opérations et les interactions transfrontalières continuent de se multiplier. Parallèlement, la courtoisie exige que les tribunaux soient de plus en plus disposés à reconnaître les actes accomplis par d'autres États. Cela est essentiel pour permettre aux particuliers et aux entreprises de poursuivre l'exercice de leurs activités internationales sans craindre qu'en s'engageant dans de telles relations, ils compromettent leurs droits ou y renoncent.

[76] En l'espèce, la compétence est établie à l'égard de Chevron, qui a reçu signification *ex juris* en application de l'al. 17.02m) des Règles de l'Ontario. Dans leur déclaration amendée, les demandeurs ont allégué que Chevron était un débiteur étranger en vertu d'un [TRADUCTION] « jugement définitif de la section d'appel de la Cour provinciale de justice de Sucumbíos, en Équateur, daté du 3 janvier 2012 » : d.a., vol. I, p. 102. Bien que ce jugement ait depuis été modifié par la Cour de cassation, la modification est ultérieure au dépôt de la déclaration amendée. Le jugement initial demeure en grande partie intact même si, comme je l'ai déjà indiqué, la Cour de cassation a réduit la somme totale due. Les demandeurs ont suffisamment fait valoir la compétence des tribunaux de l'Ontario à l'égard de Chevron.

[77] En terminant sur cette première question, je tiens à souligner que ce n'est pas parce que l'on conclut à l'existence de la compétence qu'il s'ensuit nécessairement que celle-ci sera exercée ou

2013), at pp. 52-53; see also *Van Breda*, at para. 101. Establishing jurisdiction merely means that the alleged debt merits the assistance and attention of the Ontario courts. Once the parties move past the jurisdictional phase, it may still be open to the defendant to argue any or all of the following, whether by way of preliminary motions or at trial: that the proper use of Ontario judicial resources justifies a stay under the circumstances; that the Ontario courts should decline to exercise jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*; that any one of the available defences to recognition and enforcement (i.e. fraud, denial of natural justice, or public policy) should be accepted in the circumstances; or that a motion under either Rule 20 (summary judgment) or Rule 21 (determination of an issue before trial) of the Rules should be granted. The availability of these potential arguments, however, does not oust the jurisdiction of the Ontario courts over the plaintiffs' action for recognition and enforcement.

qu'il convient de le faire : A. Briggs, *The Conflict of Laws* (3e éd. 2013), p. 52-53; voir également *Van Breda*, par. 101. La déclaration de compétence signifie simplement que la dette alléguée mérite l'aide et l'attention des tribunaux ontariens. Lorsque les parties franchissent l'étape relative à la compétence, il est encore loisible à la défenderesse de faire valoir un ou plusieurs des arguments suivants, par voie de requêtes préliminaires ou au procès : que l'usage judicieux des ressources judiciaires de l'Ontario justifie un sursis en l'espèce; que les tribunaux ontariens devraient décliner compétence pour cause de *forum non conveniens*; que l'un ou plusieurs des moyens de défense qu'elle peut opposer à la reconnaissance et à l'exécution (par exemple, la fraude, le déni de justice naturelle ou l'ordre public) devraient être accueillis en l'espèce; ou qu'une motion fondée sur la règle 20 (jugement sommaire) ou 21 (décision d'une question avant l'instruction) des Règles devrait être accueillie. Toutefois, la possibilité de faire valoir ces arguments ne prive pas les tribunaux ontariens de leur compétence à l'égard de l'action en reconnaissance et en exécution introduite par les demandeurs.

B. *Jurisdiction With Respect to Chevron Canada*

[78] For its part, Chevron Canada contends that — whatever might be the case for Chevron — jurisdiction cannot be established over it, a stranger to the original foreign judgment. It advances two primary submissions. First, in its view, the Court of Appeal erroneously found jurisdiction over Chevron without inquiring into the nature of the relationship between that defendant or the subject matter of the action and Ontario. This error allegedly had important consequences on the issue of whether jurisdiction exists over Chevron Canada. Given that I have found that jurisdiction properly exists over Chevron, this submission is now moot.

B. *Compétence à l'égard de Chevron Canada*

[78] Pour sa part, Chevron Canada soutient que — quelle que soit la situation dans laquelle se trouve Chevron — la compétence ne peut être établie à son endroit, car le jugement étranger initial ne la concerne pas. Elle plaide deux arguments principaux à l'appui de cette thèse. Tout d'abord, à son avis, la Cour d'appel a conclu à tort qu'elle avait compétence à l'égard de Chevron sans avoir examiné la nature de la relation entre cette défenderesse ou l'objet de l'action et l'Ontario. Cette erreur aurait eu des répercussions importantes quant à savoir si les tribunaux ontariens ont compétence à l'égard de Chevron Canada. Comme j'ai conclu que les tribunaux ontariens ont, à juste titre, compétence à l'égard de Chevron, cet argument est désormais théorique.

[79] Chevron Canada's second submission is that the other factors relied upon by the Court of Appeal to find jurisdiction (C.A. reasons, at para. 38) —

[79] Chevron Canada soutient ensuite que les autres facteurs sur lesquels s'est fondée la Cour d'appel pour conclure que les tribunaux ontariens sont

namely, Chevron Canada's "bricks-and-mortar business in Ontario" and its "economically significant relationship" with Chevron — do not in fact establish jurisdiction. Chevron Canada argues that while corporations domiciled in Ontario can be brought before the province's courts even in the absence of a relationship between the claim and that province, the same cannot be said for corporations that merely carry on business in Ontario. Relying on *Van Breda*, it argues that in such cases, Ontario courts only have jurisdiction if there is a connection between the subject matter of the claim and the business conducted in the province. According to Chevron Canada, while the Court in *Van Breda* maintained the traditional jurisdictional grounds of presence and consent, it also limited the instances in which presence-based jurisdiction can be said to exist. For corporations, the Court recognized that the existence of an office other than the head office is not an independent jurisdictional ground, but is properly considered part of carrying on business in the province. In Chevron Canada's view, carrying on business from an office is only a presumptive connecting factor that can be rebutted by showing that there is no connection between the claim and the business the corporation conducts in the province. This flows from the constitutional limits on the state's exercise of power and applies regardless of whether service is effected *ex juris* or *in juris*.

[80] Chevron Canada further submits that the existence of its "economically significant relationship" with Chevron is insufficient to find jurisdiction: A.F., at para. 65. Such a finding would disregard the concept of separate corporate personality, "a bedrock principle of law" since *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22. This case is not one of the limited instances in which piercing the corporate veil is permissible. Chevron Canada adds that in every action, there must be a "good arguable case" that

compétents (motifs de la C.A., par. 38), soit [TRADUCTION] « l'établissement physique, en briques et mortier, exploité en Ontario » par Chevron Canada et les « rapports économiques importants » qu'elle entretient avec Chevron, n'établissent pas en fait la compétence. Chevron Canada plaide que, bien qu'il soit possible de poursuivre devant les tribunaux de l'Ontario des sociétés domiciliées dans cette province sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un rapport entre le recours et cette province, on ne peut pas en dire autant des sociétés qui y exploitent simplement une entreprise. S'appuyant sur l'arrêt *Van Breda*, elle plaide que dans ces cas, les tribunaux ontariens ne sont compétents que s'il existe un lien entre l'objet du recours et l'entreprise exploitée dans la province. Toujours selon Chevron Canada, bien que notre Cour dans *Van Breda* ait confirmé les fondements traditionnels de la compétence que sont la présence et le consentement, elle a aussi limité les cas dans lesquels on peut affirmer qu'il y a compétence fondée sur la présence. Quant aux sociétés, la Cour a reconnu que la présence d'un bureau autre que le siège social ne constitue pas un fondement de compétence distinct; elle est plutôt considérée à bon droit comme un élément pertinent de l'exploitation d'une entreprise dans la province. Selon Chevron Canada, l'exploitation d'une entreprise à partir d'un bureau n'est qu'un facteur de rattachement créant une présomption, laquelle peut être réfutée par la preuve de l'absence de lien entre le recours et l'entreprise que la société exploite dans la province. Ce constat découle des limites imposées par la Constitution à l'exercice, par une juridiction, de son pouvoir et il s'applique, peu importe que la signification soit effectuée *ex juris* ou *in juris*.

[80] Chevron Canada plaide en outre que ses [TRADUCTION] « rapports économiques importants » avec Chevron sont insuffisants pour que l'on puisse conclure à la compétence des tribunaux ontariens : m.a., par. 65. Une telle conclusion ferait abstraction de la notion de personnalité morale distincte, « un principe de droit fondamental » accepté depuis l'arrêt *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22. Il ne s'agit pas en l'espèce de l'un des cas restreints dans lesquels on peut lever le voile

a sufficient connection with Ontario exists before the province's courts can exercise jurisdiction: A.F., at para. 86, citing *Ontario v. Rothman's Inc.*, 2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561, at para. 54. In its submission, there is none here.

[81] I do not accept Chevron Canada's submissions. *Van Breda* specifically preserved the traditional jurisdictional grounds of presence and consent. Chevron Canada erroneously seeks to conflate the rules on presence-based jurisdiction and those on assumed jurisdiction, even though they have always developed in their respective spheres. Here, presence-based jurisdiction is made out on the basis of Chevron Canada's office in Mississauga, Ontario, where it was served *in juris*. Carrying on a business in Ontario at which the defendant is served is sufficient to find presence-based jurisdiction. Several Ontario courts have found this to be the case. The reference in *Van Breda* to constitutional conflict of laws principles does not change the fact that a sufficient jurisdictional basis exists to allow the plaintiffs' case to proceed against Chevron Canada. In any event, even in the context of the rules on assumed jurisdiction, which I do not need to consider in this case, it would be inappropriate to import the connecting factors for tort claims identified in *Van Breda* into the recognition and enforcement context without further analysis.

(1) *Van Breda* and the Traditional Jurisdictional Grounds

[82] *Van Breda* was a case about assumed jurisdiction, one of three bases for asserting jurisdiction *in personam* over an out-of-province defendant. The other two bases, known as the "traditional" jurisdictional grounds, are presence-based jurisdiction and consent-based jurisdiction: *Muscutt*

corporatif. Chevron Canada ajoute que dans toute action, il faut une « cause tout à fait défendable » à l'appui de l'existence d'un lien suffisant avec l'Ontario pour que les tribunaux de la province puissent exercer leur compétence : m.a., par. 86, citant *Ontario c. Rothman's Inc.*, 2013 ONCA 353, 115 O.R. (3d) 561, par. 54. À son avis, il n'y en a pas en l'espèce.

[81] Je ne retiens pas les arguments de Chevron Canada. La Cour a expressément maintenu dans *Van Breda* les fondements traditionnels de la compétence que sont la présence et le consentement. Chevron Canada cherche à tort à confondre les règles en matière de compétence fondée sur la présence et celles relatives à la déclaration de compétence, même si ces règles ont toujours évolué dans leurs sphères respectives. En l'espèce, la compétence fondée sur la présence est établie du fait que Chevron Canada exploite un établissement situé à Mississauga, en Ontario, où elle a reçu signification *in juris*. L'exploitation en Ontario d'une entreprise où un acte de procédure est signifié au défendeur suffit pour que l'on puisse conclure à la compétence fondée sur la présence. Plusieurs tribunaux ontariens en ont décidé ainsi. La mention des principes constitutionnels de droit international privé dans *Van Breda* ne change rien au fait qu'il existe un fondement juridictionnel suffisant pour que les demandeurs puissent poursuivre Chevron Canada. Quoi qu'il en soit, même dans le contexte des règles relatives à la déclaration de compétence, une question que je n'ai pas à étudier en l'espèce, il ne conviendrait pas, faute d'une analyse plus poussée, d'introduire dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution les facteurs de rattachement applicables aux actions en responsabilité délictuelle qui sont énumérés dans *Van Breda*.

(1) L'arrêt *Van Breda* et les fondements traditionnels de la compétence

[82] Dans *Van Breda*, il était question de déclaration de compétence, un des trois moyens pour un tribunal de s'attribuer une compétence *in personam* sur un défendeur se trouvant à l'extérieur de la province. Les deux autres moyens, appelés les fondements « traditionnels » de la compétence, sont la

v. Courcelles (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), at para. 19.

[83] Chevron Canada's appeal concerns the traditional ground of presence. Presence-based jurisdiction has existed at common law for several decades; its historical roots "cannot be over-emphasized": S. G. A. Pitel and C. D. Dusten, "Lost in Transition: Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada's New Approach to Jurisdiction" (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 61, at p. 69. It "is based upon the requirement and sufficiency of personal service of the originating process within the province or territory of the forum (service *in juris*)": J.-G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws* (4th ed. 2002), at p. 83. If service is properly effected on a person who is in the forum at the time of the action, the court has jurisdiction regardless of the nature of the cause of action: T. J. Monestier, "(Still) a 'Real and Substantial' Mess: The Law of Jurisdiction in Canada" (2013), 36 *Fordham Int'l L.J.* 396, at p. 449. Assumed jurisdiction, for its part, emerged much later and developed through the adoption of rules for service *ex juris*: Pitel and Rafferty, at p. 53. When a court finds that it has jurisdiction on this basis, that jurisdiction is limited to the specific action at issue before it.

[84] While *Van Breda* simplified, justified, and explained many critical aspects of Canadian private international law, it did not purport to displace the traditional jurisdictional grounds. LeBel J. explicitly stated that, in addition to the connecting factors he established for assumed jurisdiction, "jurisdiction may also be based on traditional grounds, like the defendant's presence in the jurisdiction or consent to submit to the court's jurisdiction, if they are established": para. 79. In other words, "[t]he real and substantial connection test does not oust the traditional private international law bases for court jurisdiction": *ibid.*

compétence fondée sur la présence et celle fondée sur le consentement : *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), par. 19.

[83] Le pourvoi de Chevron Canada porte sur le fondement traditionnel lié à la présence. La compétence fondée sur la présence existe en common law depuis des dizaines d'années; l'on [TRADUCTION] « ne saurait trop insister » sur ses racines historiques : S. G. A. Pitel et C. D. Dusten, « Lost in Transition : Answering the Questions Raised by the Supreme Court of Canada's New Approach to Jurisdiction » (2006), 85 *R. du B. can.* 61, p. 69. Elle [TRADUCTION] « repose sur l'exigence et le caractère suffisant de la signification à personne de l'acte introductif d'instance dans la province ou le territoire du tribunal (signification *in juris*) » : J.-G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws* (4e éd. 2002), p. 83. Si la signification est effectuée correctement à un particulier dans le ressort au moment de l'action, le tribunal a compétence peu importe la nature de la cause d'action : T. J. Monestier, « (Still) a "Real and Substantial" Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2013), 36 *Fordham Int'l L.J.* 396, p. 449. La déclaration de compétence, quant à elle, est apparue beaucoup plus tard et s'est développée avec l'adoption des règles de signification *ex juris* : Pitel et Rafferty, p. 53. Lorsqu'un tribunal se déclare compétent du fait de la signification *ex juris*, sa compétence ne s'applique qu'à l'action en question.

[84] Même si la Cour a simplifié, justifié et expliqué dans *Van Breda* bien des éléments cruciaux du droit international privé au Canada, elle n'entendait pas y écarter les fondements traditionnels de la compétence. Le juge LeBel a explicitement affirmé qu'outre les facteurs de rattachement qu'il a établis pour la déclaration de compétence, « la compétence peut également reposer sur des fondements traditionnels, comme la présence du défendeur à l'intérieur du ressort ou son consentement à se soumettre à la compétence du tribunal, si ces fondements sont établis » : par. 79. En d'autres termes, « [l]e critère du lien réel et substantiel n'écarte pas les fondements traditionnels de la compétence judiciaire en droit international privé » : *ibid.*

[85] To establish traditional, presence-based jurisdiction over an out-of-province corporate defendant, it must be shown that the defendant was carrying on business in the forum at the time of the action. Whether a corporation is "carrying on business" in the province is a question of fact: *Wilson v. Hull* (1995), 174 A.R. 81 (C.A.), at para. 52; *Ingersoll Packing Co. v. New York Central and Hudson River R.R. Co.* (1918), 42 O.L.R. 330 (S.C. (in chambers)), at p. 337. In *Wilson*, in the context of statutory registration of a foreign judgment, the Alberta Court of Appeal was asked to assess whether a company was carrying on business in the jurisdiction. It held that to make this determination, the court must inquire into whether the company has "some direct or indirect presence in the state asserting jurisdiction, accompanied by a degree of business activity which is sustained for a period of time": para. 13. These factors are and always have been compelling indicia of corporate presence; as the cases cited in *Adams v. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433, at pp. 467-68, per Scott J., demonstrate, the common law has consistently found the maintenance of physical business premises to be a compelling jurisdictional factor. LeBel J. accepted this in *Van Breda* when he held that "carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction, such as maintaining an office there": para. 87.

[85] Pour prouver la compétence traditionnelle, fondée sur la présence, à l'égard d'une société défenderesse de l'extérieur de la province, il faut démontrer que cette défenderesse exploitait une entreprise dans le ressort au moment de l'action. La question de savoir si une société « exploite une entreprise » dans la province est une question de fait : *Wilson c. Hull* (1995), 174 A.R. 81 (C.A.), par. 52; *Ingersoll Packing Co. c. New York Central and Hudson River R.R. Co.* (1918), 42 O.L.R. 330 (C.S. (en cabinet)), p. 337. Dans *Wilson*, dans le cadre de l'enregistrement, prévu par la loi, d'un jugement étranger, la Cour d'appel de l'Alberta devait déterminer si une société exploitait une entreprise dans le ressort du tribunal. Elle a conclu que pour ce faire, le tribunal doit se demander si cette société a [TRADUCTION] « une présence directe ou indirecte dans l'État du tribunal qui s'attribue compétence, et si elle se livre à des activités commerciales soutenues pendant un certain temps » : par. 13. Ces facteurs sont et ont toujours été des indices convaincants de la présence d'une société; comme le démontrent les décisions citées dans *Adams c. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433, p. 467-468, le juge Scott, la common law considère invariablement que la tenue de locaux commerciaux constitue un facteur convaincant de compétence. Le juge LeBel l'a reconnu dans *Van Breda* lorsqu'il a conclu que « [l]'exploitation d'une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d'y tenir un bureau » : par. 87.

[86] The motion judge in this case made the following factual findings concerning Chevron Canada's Mississauga office:

> Chevron Canada operates a business establishment in Mississauga, Ontario. It is not a mere "virtual" business. It runs a bricks and mortar office from which it carries out a non-transitory business with human means and its Ontario staff provides services to and solicits sales from its customers in this province. [para. 87]

[86] Le juge saisi de la motion en l'espèce a tiré les conclusions de fait suivantes concernant le bureau de Chevron Canada à Mississauga :

> [TRADUCTION] Chevron Canada exploite un établissement commercial à Mississauga, en Ontario. Ce n'est pas un simple établissement « virtuel ». Elle dirige un bureau traditionnel d'où elle exploite une entreprise permanente avec des ressources humaines, et ses employés ontariens fournissent des services et sollicitent des ventes à sa clientèle de cette province. [par. 87]

These findings have not been contested. They are sufficient to establish presence-based jurisdiction.

Ces conclusions n'ont pas été contestées et elles suffisent à établir la compétence fondée sur la présence.

Chevron Canada has a physical office in Mississauga, Ontario, where it was served pursuant to rule 16.02(1)(c), which provides that valid service can be made at a place of business in Ontario. Chevron Canada's business activities at this office are sustained; it has representatives who provide services to customers in the province. Canadian courts have found that jurisdiction exists in such circumstances: *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.), at para. 36; *Prince v. ACE Aviation Holdings Inc.*, 2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721, appeal dismissed and cross-appeal allowed 2014 ONCA 285, 120 O.R. (3d) 140; *Abdula v. Canadian Solar Inc.*, 2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324, aff'd 2012 ONCA 211, 110 O.R. (3d) 256; *Wilson*; *Charron v. Banque provinciale du Canada*, [1936] O.W.N. 315 (H.C.J.).

[87] The motion judge's analysis was correct, and the Ontario Court of Appeal had no need to go beyond these considerations to find jurisdiction. As several lower courts have noted both prior to and since *Van Breda*, where jurisdiction stems from the defendant's presence in the jurisdiction, there is no need to consider whether a real and substantial connection exists: *Incorporated Broadcasters Ltd.*, at para. 29, cited with approval in *Prince* (C.A.), at para. 48; *Patterson v. EM Technologies, Inc.*, 2013 ONSC 5849, at paras. 13-16 (CanLII). In other words, the question of whether jurisdiction exists over Chevron Canada should begin and end with traditional, presence-based jurisdiction in this case.

(2) Effect of the Constitutional Principles Developed in *Van Breda*

[88] Nonetheless, Chevron Canada adds constitutional flavour to its submissions, contending that LeBel J.'s comments in *Van Breda* on the prerequisites for assuming jurisdiction over corporate defendants should apply to all types of jurisdiction — presence-based, consent-based, and assumed — by

Chevron Canada possède un bureau à Mississauga, en Ontario, où elle a reçu signification conformément à l'al. 16.02(1)c) des Règles, qui prévoit que la signification peut valablement être faite à un établissement en Ontario. Les activités commerciales qu'elle exerce dans ce bureau sont soutenues; ses représentants servent la clientèle dans cette province. Les tribunaux canadiens ont conclu à l'existence de la compétence dans une telle situation : *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.), par. 36; *Prince c. ACE Aviation Holdings Inc.*, 2013 ONSC 2906, 115 O.R. (3d) 721, appel rejeté et appel incident accueilli à 2014 ONCA 285, 120 O.R. (3d) 140; *Abdula c. Canadian Solar Inc.*, 2011 ONSC 5105, 92 B.L.R. (4th) 324, conf. par 2012 ONCA 211, 110 O.R. (3d) 256; *Wilson*; *Charron c. Banque provinciale du Canada*, [1936] O.W.N. 315 (H.C.J.).

[87] L'analyse du juge saisi de la motion était juste, et la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas à examiner d'autres considérations que celles qui précèdent pour conclure à la compétence des tribunaux ontariens. Comme l'ont fait remarquer plusieurs juridictions inférieures tant avant que depuis l'arrêt *Van Breda*, point n'est besoin de se demander s'il existe un lien réel et substantiel lorsque la compétence découle de la présence du défendeur dans le ressort : *Incorporated Broadcasters Ltd.*, par. 29, cité avec approbation dans *Prince* (C.A.), par. 48; *Patterson c. EM Technologies, Inc.*, 2013 ONSC 5849, par. 13-16 (CanLII). Autrement dit, l'analyse de la question de savoir si les tribunaux ontariens ont compétence à l'égard de Chevron Canada doit commencer et prendre fin avec la compétence traditionnelle fondée sur la présence en l'espèce.

(2) Effet des principes constitutionnels élaborés dans *Van Breda*

[88] Chevron Canada pimente néanmoins son argumentation d'une saveur constitutionnelle, prétendant que les propos du juge LeBel dans *Van Breda* au sujet des conditions préalables de la déclaration de compétence à l'égard de sociétés défenderesses devraient s'appliquer à tous les types de compétence

virtue of the real and substantial connection test as a constitutional principle: A.F., at paras. 42-50. As noted in my discussion of Chevron, LeBel J. articulated this constitutional principle as suggesting that "the connection between a state and a dispute cannot be weak or hypothetical", as such a connection "would cast doubt upon the legitimacy of the exercise of state power over the persons affected by the dispute": *Van Breda*, at para. 32.

[89] In my view, the real and substantial connection test as a constitutional principle does not dictate that it is "illegitimate" to find jurisdiction over Chevron Canada in this case. Chevron Canada has elected to establish and continue to operate a place of business in Mississauga, Ontario, at which it was served. It should therefore have expected that it might one day be called upon to answer to an Ontario court's request that it defend against an action. If a defendant maintains a place of business in Ontario, it is reasonable to say that the Ontario courts have an interest in the defendant and the disputes in which it becomes involved. As the Ontario Court of Appeal put it in *Incorporated Broadcasters Ltd.*, at para. 33, "[t]here is no constitutional impediment to a court asserting jurisdiction over a person having a presence in the province", at least as presence is established in this case. To accept Chevron Canada's submission to the contrary would be to endorse an unduly "narrow" view of jurisdiction, one towards which this Court has shown no prior inclination: J. Blom, "New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The *Van Breda* Quartet" (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 1, at p. 12. For Ontario courts to have jurisdiction over Chevron Canada in this case, mere presence through the carrying on of business in the province, combined with service therein, suffices to find jurisdiction on the traditional grounds. There is no need to resort to the *Van Breda* criteria for assumed jurisdiction in tort claims in such a situation. To accept Chevron Canada's submissions would be to permit a total conflation of presence-based and assumed jurisdiction. As Briggs has noted, "[c]ommon law jurisdiction draws a fundamental distinction between cases

— la compétence fondée sur la présence, celle fondée sur le consentement et la déclaration de compétence — parce que le critère du lien réel et substantiel est un principe constitutionnel : m.a., par. 42-50. Comme je l'ai fait remarquer dans mon analyse relative à Chevron, le juge LeBel a dit que ce principe constitutionnel suppose que « le lien entre un État et un litige ne peut être ténu ni hypothétique », puisqu'un lien de cette nature « jetterait un doute sur la légitimité de l'exercice, par l'État, de son pouvoir sur les personnes que touche le litige » : *Van Breda*, par. 32.

[89] À mon avis, le critère du lien réel et substantiel en tant que principe constitutionnel n'indique pas forcément qu'il est « illégitime » de conclure à la compétence à l'égard de Chevron Canada en l'espèce. Chevron Canada a choisi d'établir et de continuer d'exploiter un établissement à Mississauga, en Ontario, où elle a reçu signification. Elle devait donc s'attendre à ce qu'elle soit appelée un jour à répondre à une demande du tribunal de l'Ontario pour se défendre contre une action. Si une société défenderesse tient un établissement en Ontario, on peut raisonnablement affirmer que les tribunaux ontariens ont un intérêt envers cette défenderesse et les litiges auxquelles elle prend part. Comme l'a expliqué la Cour d'appel de l'Ontario dans *Incorporated Broadcasters Ltd.*, par. 33, [TRADUCTION] « [a]ucun obstacle constitutionnel n'empêche un tribunal de s'attribuer compétence à l'égard d'une personne présente dans la province », du moins lorsque la présence est établie comme en l'espèce. Se ranger à l'argument contraire de Chevron Canada reviendrait à cautionner une conception trop [TRADUCTION] « étroite » de la compétence, une conception pour laquelle notre Cour n'a montré aucun penchant : J. Blom, « New Ground Rules for Jurisdictional Disputes : The *Van Breda* Quartet » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 1, p. 12. Pour que les tribunaux ontariens aient compétence à l'endroit de Chevron Canada en l'espèce, la simple présence assurée par l'exploitation d'une entreprise dans la province, conjuguée à la signification dans celle-ci, suffit pour permettre de conclure à la compétence reposant sur les fondements traditionnels. Il n'est pas nécessaire, dans une telle situation, de recourir au critère de déclaration de compétence applicable

where the defendant is and is not within the territorial jurisdiction of the court when the proceedings are commenced": p. 112.

aux actions en responsabilité délictuelle qui a été énoncé dans *Van Breda*. Faire droit à l'argumentation de Chevron Canada équivaudrait à permettre que soient entièrement confondues la compétence fondée sur la présence et la déclaration de compétence. Comme l'a souligné Briggs, [TRADUCTION] « [l]a compétence en common law établit une distinction fondamentale entre les cas où le défendeur se trouve dans le ressort du tribunal et ceux où il se trouve à l'extérieur du ressort lorsque la procédure est engagée » : p. 112.

[90] Because jurisdiction over Chevron Canada exists on the basis of the traditional grounds, I need not consider how jurisdiction might be found over a third party who is not present in and does not attorn to the jurisdiction of the Ontario courts, but who is alleged to be capable of satisfying a foreign judgment debt. I offer only two comments in this regard.

[90] Puisque les tribunaux ontariens ont compétence à l'endroit de Chevron Canada sur la base des fondements traditionnels, je n'ai pas à me demander s'il est possible de conclure à la compétence de ces tribunaux à l'endroit d'un tiers absent qui n'a pas acquiescé à leur compétence, mais qui serait prétendument en mesure d'acquitter la dette constatée par un jugement étranger. Je n'ai que deux commentaires à faire sur ce point.

[91] First, it should be remembered that the specific connecting factors that LeBel J. established in *Van Breda* were designed for and should be confined to the assumption of jurisdiction in tort actions. His comments with respect to carrying on business in the jurisdiction, at paras. 85 and 87, were tailored to that context. The same is true of the examples he gave to show how the presumption of jurisdiction can be rebutted in respect of the connecting factors he identified. LeBel J.'s statement that the presumptive connecting factor of "carrying on business in the province . . . can be rebutted by showing that the subject matter of the litigation is unrelated to the defendant's business activities in the province" must be confined accordingly: para. 96. The connecting factors that he identified for tort claims did not purport to be an inventory covering all claims known to law, and the appropriate connecting factors can reasonably be expected to vary depending on the cause of action at issue.

[91] Premièrement, il faut se rappeler que les facteurs de rattachement précis établis par le juge LeBel dans *Van Breda* visaient la déclaration de compétence dans les actions en responsabilité délictuelle et devraient s'y limiter. Il a adapté à ce contexte ses remarques sur l'exploitation d'une entreprise dans le ressort, aux par. 85 et 87. C'était aussi le cas des exemples qu'il a employés pour montrer la façon de réfuter la présomption de compétence en ce qui a trait aux facteurs de rattachement qu'il a dégagés. Ainsi, l'énoncé du juge LeBel, selon lequel le facteur de rattachement créant une présomption que constitue « le fait que le défendeur exploite une entreprise dans la province [. . .] peut être réfuté par la preuve que l'objet du litige est sans rapport avec les activités commerciales du défendeur dans la province », doit se limiter à ce contexte : par. 96. Les facteurs de rattachement qu'il a relevés pour les actions en responsabilité délictuelle ne se voulaient pas une liste complète concernant tous les recours connus en droit, et on peut raisonnablement s'attendre à ce que les facteurs de rattachement applicables varient en fonction de la cause d'action concernée.

[92] In the recognition and enforcement context, it would hardly make sense to require that the carrying on of business in the province relate to the subject matter of the dispute. The subject matter of recognition and enforcement proceedings is the collection of a debt. A debt is enforceable against any and all assets of a given debtor, not merely those that may have a relationship to the claim. For instance, suppose a foreign judgment is validly rendered against Corporation A in a foreign country as a result of a liability of its Division I, which operates solely in that country. If Corporation A operates a place of business for its separate and unrelated Division II in Ontario, where all its available and recoverable assets happen to be located, it could not be argued that the foreign judgment creditor cannot execute and enforce it in Ontario against Corporation A because the business activities of the latter in the province are not related to the liability created by the foreign judgment.

[93] Second, one aspect of the plaintiffs' claim in this case is for enforcement of Chevron's obligation to pay the foreign judgment using the shares and assets of Chevron Canada to satisfy its parent corporation's debt obligation. In this respect, the subject matter of the claim is not the Ecuadorian events that led to the foreign judgment to which Chevron Canada is a stranger, but rather, at least arguably, the collection of a debt using shares and assets that are alleged to be available for enforcement purposes. In an enforcement process like this for the collection of a debt against a third party, assets in the jurisdiction through the carrying on of business activities are undoubtedly tied to the subject matter of the claim. From that standpoint, seizable assets are not merely the subject matter of the dispute, they are its core. In this regard, the third party is the direct object of the proceedings. When a plaintiff seeks enforcement against a third party to satisfy a foreign judgment debt, the existence of assets in the province may therefore well be a highly relevant connecting factor of the sort needed for such an action to proceed. Indeed, it is hard to identify who, besides the province, would have jurisdiction over

[92] En matière de reconnaissance et d'exécution, il ne serait guère logique d'exiger que l'exploitation d'une entreprise dans la province se rapporte à l'objet du litige. La demande de reconnaissance et d'exécution a pour objet le recouvrement d'une créance. Le recouvrement d'une créance peut être exécuté à même tous les biens d'un débiteur donné, pas seulement ceux susceptibles d'avoir un lien avec le recours. Par exemple, supposons qu'un jugement étranger est valablement rendu contre la société A dans un pays étranger du fait de la responsabilité de sa division I qui exerce ses activités uniquement dans ce pays. Si la société A exploite un établissement commercial pour sa division II, distincte et indépendante de la division I, en Ontario, où se trouvent tous ses biens disponibles et saisissables, on ne peut soutenir que le créancier du jugement étranger n'est pas à même d'exécuter ce jugement contre la société A en Ontario parce que les activités commerciales de cette dernière en Ontario n'ont rien à voir avec l'obligation créée par le jugement étranger.

[93] Deuxièmement, un aspect du recours intenté par les demandeurs en l'espèce vise à faire exécuter l'obligation de Chevron d'acquitter le montant du jugement étranger en se servant des actions et des biens de Chevron Canada pour acquitter la dette de sa société mère. À cet égard, l'objet du recours ne concerne pas les faits survenus en Équateur qui sont à l'origine du jugement étranger auquel Chevron Canada n'est pas partie, mais plutôt, il est au moins possible de le soutenir, le recouvrement d'une créance à même des actions et des biens que l'on dit saisissables aux fins d'exécution. Dans une telle procédure d'exécution engagée pour le recouvrement d'une créance à l'encontre d'un tiers, les biens qui se trouvent dans le ressort du fait de l'exercice d'activités commerciales se rapportent sans aucun doute à l'objet même du recours. Dans cette perspective, les biens saisissables ne sont pas seulement l'objet du litige; ils en sont le cœur. À cet égard, le tiers est directement visé par la demande de reconnaissance et d'exécution. Lorsqu'un demandeur cherche à faire exécuter un jugement étranger contre un tiers pour acquitter une dette constatée par ce jugement, la présence de biens

a company for enforcement processes against that company's assets in the province.

(3) Conclusion

[94] Chevron Canada was served *in juris*, in accordance with rule 16.02(1)(c), at a place of business it operates in Mississauga, Ontario. Traditional, presence-based jurisdiction is satisfied. Jurisdiction is thus established with respect to it. As indicated for Chevron, the establishment of jurisdiction does not mean that the plaintiffs will necessarily succeed in having the Ecuadorian judgment recognized and enforced against Chevron Canada. A finding of jurisdiction does nothing more than afford the plaintiffs the opportunity to seek recognition and enforcement of the Ecuadorian judgment. Once past the jurisdictional stage, Chevron Canada, like Chevron, can use the available procedural tools to try to dispose of the plaintiffs' allegations. This possibility is foreign to and remote from the questions that must be resolved on this appeal.

[95] Further, my conclusion that the Ontario courts have jurisdiction in this case should not be understood to prejudice future arguments with respect to the distinct corporate personalities of Chevron and Chevron Canada. I take no position on whether Chevron Canada can properly be considered a judgment-debtor to the Ecuadorian judgment. Similarly, should the judgment be recognized and enforced against Chevron, it does not automatically follow that Chevron Canada's shares or assets will be available to satisfy Chevron's debt. For instance, shares in a subsidiary belong to the shareholder, not to the subsidiary itself. Only those shares whose ownership is ultimately attributable to the judgment debtor could be the valid target of a recognition and enforcement action. It is not at the early stage of

dans la province peut donc fort bien constituer un facteur de rattachement très pertinent du type de ceux nécessaires pour qu'une action de ce genre suive son cours. En effet, il est difficile de concevoir quels autres tribunaux, à part ceux de la province, auraient compétence à l'égard d'une société dans une procédure d'exécution visant les biens que possède cette société dans la province.

(3) Conclusion

[94] Chevron Canada a reçu signification *in juris*, en conformité avec l'al. 16.02(1)c) des Règles, à un établissement commercial qu'elle exploite à Mississauga, en Ontario. Le critère traditionnel de compétence fondé sur la présence est ainsi satisfait. La compétence est donc établie à l'égard de Chevron Canada. Comme je l'ai indiqué dans le cas de Chevron, l'établissement de la compétence ne signifie pas que les demandeurs parviendront nécessairement à faire reconnaître et exécuter le jugement équatorien contre Chevron Canada. Une déclaration de compétence n'a pas d'autre effet que de donner aux demandeurs la possibilité de solliciter la reconnaissance et l'exécution du jugement équatorien. Une fois franchie l'étape de la compétence, Chevron Canada, tout comme Chevron, peut invoquer les moyens procéduraux à sa disposition pour tenter de faire rejeter les allégations des demandeurs. Cette possibilité est étrangère aux questions à trancher en l'espèce et éloignée de celles-ci.

[95] De plus, il ne faut pas considérer que ma conclusion selon laquelle les tribunaux ontariens ont compétence dans la présente affaire porte préjudice aux arguments futurs concernant les personnalités morales distinctes de Chevron et de Chevron Canada. Je ne me prononce pas sur la question de savoir si Chevron Canada peut être considérée à juste titre comme une débitrice judiciaire en vertu du jugement équatorien. De même, si le jugement est reconnu et exécuté à l'endroit de Chevron, il ne s'ensuit pas automatiquement que les actions ou les biens de Chevron Canada pourront servir à acquitter la dette de Chevron. Par exemple, les actions d'une filiale appartiennent à l'actionnaire et non à la filiale elle-même. Seules les actions dont la propriété peut être attribuée en définitive au débiteur

assessing jurisdiction that courts should determine whether the shares or assets of Chevron Canada are available to satisfy Chevron's debt. As such, contrary to the appellants' submissions, this is not a case in which the Court is called upon to alter the fundamental principle of corporate separateness as reiterated in *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at least not at this juncture. In that regard, the deference allegedly owed to the motion judge's findings concerning the separate corporate personalities of the appellants and the absence of a valid foundation for the Ontario courts' exercise of jurisdiction is misplaced. These findings were reached in the context of the s. 106 stay. As I stated above, the Court of Appeal reversed that stay, and this issue is not on appeal before us.

du jugement peuvent à juste titre faire l'objet d'une action en reconnaissance et en exécution. Ce n'est pas au stade de l'analyse de la compétence que les tribunaux doivent décider si les actions ou les biens de Chevron Canada peuvent servir à acquitter la dette de Chevron. Ainsi, contrairement à ce que prétendent les appelants, la Cour n'est pas appelée en l'espèce à modifier le principe fondamental de la personnalité morale distincte qui a été réitéré dans *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, du moins pas à ce stade-ci. À cet égard, il serait du reste injustifié de faire preuve de déférence envers les conclusions du juge saisi de la motion relatives aux personnalités morales distinctes des appelantes et à l'absence d'un fondement valable pour l'exercice, par les tribunaux ontariens, de leur compétence. Ces conclusions ont été tirées dans le cadre du sursis de l'instance prononcé en vertu de l'art. 106. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour d'appel a infirmé ce sursis de l'instance et cette décision n'est pas portée en appel devant nous.

VI. Disposition

[96] For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Chevron Corporation: Norton Rose Fulbright Canada, Calgary and Toronto.

Solicitors for the appellant Chevron Canada Limited: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitors for the interveners the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law, MiningWatch Canada and the Canadian Centre for International Justice: Klippensteins, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Justice and Corporate Accountability Project: Siskinds, London.

VI. Dispositif

[96] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante Chevron Corporation : Norton Rose Fulbright Canada, Calgary et Toronto.

Procureurs de l'appelante Chevron Canada Limited : Goodmans, Toronto.

Procureurs des intimés : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Procureurs des intervenants International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law, Mines Alerte Canada et le Centre canadien pour la justice internationale : Klippensteins, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Justice and Corporate Accountability Project : Siskinds, London.

Stuart Olson Dominion Construction Ltd., formerly known as Dominion Construction Company Inc. *Appellant*

v.

Structal Heavy Steel, a division of Canam Group Inc. *Respondent*

Indexed as: Stuart Olson Dominion Construction Ltd. *v.* Structal Heavy Steel

2015 SCC 43

File No.: 35777.

2015: January 19; 2015: September 18.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

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

D was the general contractor and S was its subcontractor in respect of structural steel work for a construction project. S filed a builder's lien against the property upon which the construction work was being done. After filing a lien bond in the full amount of S's lien claim, D brought an application in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking a declaration that it had satisfied its trust obligations. S then filed its own motion requiring full payment of its past-due invoices, without deduction or set-off, upon D receiving the funds from the owner. The motion judge held that the security in the form of the lien bond extinguished the trust obligations of D pursuant to the Manitoba *Builders' Liens Act*. The Court of Appeal overturned this holding and concluded that under the Act, subcontractors have two separate and distinct rights beyond the common law right to sue for breach of contract:

Stuart Olson Dominion Construction Ltd., auparavant connue sous le nom de Dominion Construction Company Inc. *Appelante*

c.

Structal Heavy Steel, une division de Canam Group Inc. *Intimée*

Répertorié : Stuart Olson Dominion Construction Ltd. *c.* Structal Heavy Steel

2015 CSC 43

N° du greffe : 35777.

2015 : 19 janvier; 2015 : 18 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

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

D était l'entrepreneure générale chargée d'un projet de construction et S agissait comme sous-traitante de D à l'égard des structures métalliques requises par ce projet. S a enregistré un privilège du constructeur visant la propriété faisant l'objet des travaux de construction. Après avoir déposé un cautionnement correspondant au montant intégral de la réclamation de privilège de S, D a demandé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba un jugement déclarant qu'elle avait rempli ses obligations fiduciaires. S a ensuite déposé sa propre requête et exigé le paiement intégral de ses factures en souffrance, sur réception par D des fonds de la propriétaire, sans qu'il soit procédé à quelque déduction ou compensation. Le juge des requêtes a statué que le dépôt du cautionnement tenant lieu du privilège avait éteint les obligations fiduciaires auxquelles D était tenue en vertu de la *Loi sur le*

the right to the statutory trust and the right to file a lien claim against the property.

Held: The appeal should be dismissed.

Ensuring payment of contractors and subcontractors and encouraging liquidity in the flow of funds to them are both significant preoccupations in the construction industry. Construction liens and statutory trusts are statutory remedies which are found in provincial legislation to protect those who provide services or materials to a construction project. The Manitoba *Builders' Liens Act* is silent as to how these two statutory remedies interact. The text and context of the provisions, as well as the history of the Act, reveal that the trust and lien provisions are two separate remedies that exist independently and may be pursued concurrently under s. 66 of the Act.

The purpose of a lien is to create a charge against the land in favour of contractors, suppliers and workers who can prove their claims. The purpose of the statutory trust is to help assure that money payable by owners, contractors and subcontractors flows in a manner which is in accord with the contractual rights of those engaged in a building project and that it is not diverted out of the proper pipeline. Finding that a trust claim is extinguished by filing a lien bond would undermine this purpose. A lien bond merely secures a contractor's or subcontractor's lien claim rather than satisfying it through payment and it does not extinguish the owner's or contractor's obligations under the statutory trust. The filing of a lien bond has no effect on the existence and application of the trust remedy. This conclusion is consistent with s. 4(3) of the Act, which provides that the contractor is barred from diverting trust funds for its own use until all subcontractors "have been paid all amounts then owing to them".

privilège du constructeur du Manitoba. La Cour d'appel a infirmé cette conclusion et jugé que la Loi confère aux sous-traitants deux droits distincts, en plus de celui que leur reconnaît la common law d'intenter des poursuites pour rupture de contrat : le droit découlant de la fiducie légale et celui de déposer une réclamation de privilège visant la propriété.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Assurer le paiement des entrepreneurs et des sous-traitants et faciliter le flux régulier des fonds qui leur sont destinés constituent deux préoccupations importantes dans l'industrie de la construction. Les privilèges de la construction et les fiducies légales sont des recours d'origine législative prévus par les lois provinciales afin de protéger ceux qui fournissent des services ou des matériaux dans le cadre d'un projet de construction. La *Loi sur le privilège du constructeur* du Manitoba est muette sur l'interaction entre ces deux recours d'origine législative. Le texte et le contexte des dispositions pertinentes, ainsi que l'historique de la Loi, révèlent que les dispositions relatives aux obligations fiduciaires et celles relatives aux privilèges créent deux recours distincts qui existent indépendamment l'un de l'autre et qui, suivant l'art. 66 de la Loi, peuvent être exercés simultanément.

L'objet d'un privilège consiste à grever un bien-fonds de charges en faveur des entrepreneurs, fournisseurs et ouvriers qui sont en mesure de prouver le bien-fondé de leurs réclamations. La fiducie légale vise pour sa part à assurer le flux régulier des sommes payables par les propriétaires, les entrepreneurs et les sous-traitants conformément aux droits contractuels des participants à un projet de construction, et à faire en sorte que ces sommes ne soient pas détournées de la filière appropriée. Conclure qu'une réclamation fondée sur des obligations fiduciaires est éteinte par le dépôt d'un cautionnement tenant lieu d'un privilège irait à l'encontre de cet objectif. Un cautionnement tenant lieu de privilège protège simplement la réclamation de privilège d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant et ne constitue pas le paiement de cette réclamation, et il n'a pas pour effet d'éteindre les obligations qu'impose la fiducie légale au propriétaire ou à l'entrepreneur. Le dépôt d'un cautionnement tenant lieu d'un privilège n'a aucun effet sur l'existence et l'application du recours fondé sur des obligations fiduciaires. Cette conclusion est conforme au par. 4(3) de la Loi, lequel interdit à l'entrepreneur d'affecter des fonds détenus en fiducie à son usage personnel tant qu'il n'a pas « payé à tous les sous-traitants [. . .] tous les montants qui leur sont dus ».

There will never be a requirement for the owner, contractor, or subcontractor to pay the funds at issue to the claimant twice. To the extent that the lien and trust claims are for the same work, services, or materials, payment under the trust will eliminate the equivalent amount payable to satisfy the lien claim. In the present case, S acknowledges that, had D paid the trust monies into court, there could have been a reduction in the amount of the lien bond by an amount equivalent to the monies paid into court. D chose to provide security by way of a lien bond rather than payment of funds into court. It is true that it paid premiums for that bond which are not recoverable, but that is simply the cost of the security which it chose to provide. S will not receive double payment.

Les propriétaires, entrepreneurs ou sous-traitants ne sont jamais tenus de verser deux fois des fonds litigieux au réclamant. Dans la mesure où une réclamation fondée sur un privilège et une réclamation basée sur des obligations fiduciaires se rapportent aux mêmes travaux, services ou matériaux, un paiement effectué au titre des obligations fiduciaires réduira d'une somme équivalente le montant payable pour acquitter la réclamation de privilège. En l'espèce, S reconnaît que, si D avait déposé les fonds en fiducie au tribunal, le cautionnement tenant lieu de privilège aurait pu être réduit d'une somme équivalente à ces fonds. D a choisi de fournir une garantie au moyen d'un cautionnement tenant lieu de privilège plutôt qu'en déposant des fonds au tribunal. Il est vrai que l'entreprise a payé à l'égard de ce cautionnement des primes qui ne sont pas recouvrables, mais il s'agit là simplement du coût de la garantie qu'elle a choisi de fournir. S ne sera pas payée en double.

Cases Cited

Referred to: *Provincial Drywall Supply Ltd. v. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116; *Canadian Bank of Commerce v. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] S.C.R. 478; *L. W. Bennett Co. v. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246; *Richer v. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Provincial Drywall Supply Ltd. c. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116; *Canadian Bank of Commerce c. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] R.C.S. 478; *L. W. Bennett Co. c. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246; *Richer c. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70.

Statutes and Regulations Cited

Builders and Workers Act, R.S.M. 1970, c. B90.
Builders' Liens Act, C.C.S.M., c. B91, ss. 3(1), 4 to 9, 4(1), (3), 5, 13, 16, 24(1), 37 to 45, 49 to 51, 55(2), 56(1), 66.
Builders' Liens Act, S.M. 1980-81, c. 7.
Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1950, c. 227.
Mechanics' Liens Act, R.S.M. 1970, c. M80.

Lois et règlements cités

Builders and Workers Act, R.S.M. 1970, c. B90.
Builders' Liens Act, S.M. 1980-81, c. 7.
Loi sur le privilège du constructeur, C.P.L.M., c. B91, art. 3(1), 4 à 9, 4(1), (3), 5, 13, 16, 24(1), 37 à 45, 49 à 51, 55(2), 56(1), 66.
Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1950, c. 227.
Mechanics' Liens Act, R.S.M. 1970, c. M80.

Authors Cited

Bristow, David I., et al. *Construction, Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, vol. 1, 7th ed. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 2).
Manitoba. Law Reform Commission. *Report on Mechanics' Liens Legislation in Manitoba*, Report #32. Winnipeg: The Commission, 1979.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Doctrine et autres documents cités

Bristow, David I., et al. *Construction, Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, vol. 1, 7th ed., Toronto, Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 2).
Manitoba. Commission de réforme du droit. *Report on Mechanics' Liens Legislation in Manitoba*, Report #32, Winnipeg, La Commission, 1979.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (MacInnes, Beard and Monnin JJ.A.), 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122, 29 C.L.R. (4th) 173, [2014] 4 W.W.R. 444, 600 W.A.C. 122, [2014] M.J. No. 14 (QL), 2014 CarswellMan 20

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges MacInnes, Beard et Monnin), 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122, 29 C.L.R. (4th) 173, [2014] 4 W.W.R. 444, 600 W.A.C. 122, [2014] M.J. No. 14 (QL), 2014 CarswellMan 20

(WL Can.), setting aside in part a decision of Schulman J., 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194, [2013] 7 W.W.R. 359, [2013] M.J. No. 71 (QL), 2013 CarswellMan 81 (WL Can.). Appeal dismissed.

Dave Hill, *Derek Olson* and *Michael Weinstein*, for the appellant.

Kevin T. Williams and *Kyla A. Pedersen*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Ensuring payment of contractors and subcontractors and encouraging liquidity in the flow of funds to them are both significant preoccupations in the construction industry. In addition to common law remedies, two statutory remedies have been developed in provincial legislation to protect those who provide services or materials to a project: construction liens (also known as mechanic's or builder's liens) and statutory trusts.

[2] This case requires the Court to consider the interaction between these two statutory remedies in the Manitoba *Builders' Liens Act*, C.C.S.M., c. B91 ("*BLA*" or "Act"). Specifically, by filing a lien bond in court in order to vacate a builder's lien, has a contractor satisfied its trust obligations with respect to the subcontractors who have registered liens against the land upon which the construction work was being done?

[3] The *BLA* is silent as to how these provisions interact. However, the text and context of the provisions, as well as the history of the Act, reveal that these are two separate remedies for unpaid persons who have done work, provided services, or supplied materials for a construction project. Registering a

(WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Schulman, 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194, [2013] 7 W.W.R. 359, [2013] M.J. No. 71 (QL), 2013 CarswellMan 81 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Dave Hill, *Derek Olson* et *Michael Weinstein*, pour l'appelante.

Kevin T. Williams et *Kyla A. Pedersen*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Assurer le paiement des entrepreneurs et des sous-traitants et faciliter le flux régulier des fonds qui leur sont destinés constituent deux préoccupations importantes dans l'industrie de la construction. Outre les recours prévus par la common law, deux recours légaux ont été créés dans les lois provinciales afin de protéger ceux qui fournissent des services ou des matériaux dans le cadre d'un projet : les privilèges de la construction (également appelés privilèges de l'ouvrier ou privilèges du constructeur) et les fiducies légales.

[2] En l'espèce, la Cour doit examiner l'interaction entre ces deux recours dans la loi manitobaine intitulée *Loi sur le privilège du constructeur*, C.P.L.M., c. B91 (« *LPC* » ou « Loi »). Plus précisément, est-ce que l'entrepreneur qui a déposé un cautionnement au tribunal afin d'annuler le privilège d'un constructeur s'est acquitté de ses obligations fiduciaires envers les sous-traitants qui ont enregistré des privilèges à l'égard du bien-fonds ayant fait l'objet de travaux de construction?

[3] La *LPC* est muette sur l'interaction entre ces dispositions. Toutefois, le texte et le contexte des dispositions en question, ainsi que l'historique de la Loi, révèlent qu'il s'agit de deux recours distincts, ouverts aux personnes qui ont effectué des travaux ou encore fourni des services ou des matériaux à

lien bond does not relieve a contractor of its trust obligations under the *BLA*. This appeal should be dismissed.

II. Facts

[4] In December 2010, Dominion Construction Company Inc. ("Dominion", now known as Stuart Olson Dominion Construction Ltd.) was hired by BBB Stadium Inc. ("Owner") as general contractor to construct Investors Group Field, a new football stadium at the University of Manitoba. In April 2011, Dominion entered into a subcontract with Structal Heavy Steel ("Structal") under which Structal would supply and install steel for the structure, roof, bleachers, and wall of the stadium for $44,435,383.

[5] Beginning with the April 2012 billing, Dominion withheld payment from Structal, originally citing the Owner's delay in paying Dominion. However, in August, Dominion advised that it was using the unpaid amounts for back charges it claimed resulted from delays attributable to Structal.

[6] On September 7, 2012, Structal registered a builder's lien against the property totalling $15,570,974.53 — $3,538,029.97 for past-due invoices; $633,885.28 for invoices falling due on October 1, 2012;[1] $3,331,500.69 for statutory holdback, and an $8,067,558.59 delay claim. On October 22, 2012, Dominion filed a lien bond in the full amount of the builder's lien in the Manitoba Court of Queen's Bench. This bond provided that if Dominion did not satisfy any lien judgment against it, the surety of the bond would pay, up to a maximum, the amount of the judgment.

[1] The record does not disclose the basis on which an October invoice was predetermined as of September 7, 2012, the date on which the lien was registered.

l'égard d'un projet de construction et qui n'ont pas été payées. L'enregistrement d'un cautionnement ne libère pas un entrepreneur des obligations fiduciaires que lui impose la *LPC*. Le présent pourvoi doit être rejeté.

II. Faits

[4] En décembre 2010, Dominion Construction Company Inc. (« Dominion », maintenant connue sous le nom de Stuart Olson Dominion Construction Ltd.) a été embauchée par BBB Stadium Inc. (« Propriétaire ») comme entrepreneure générale pour construire l'Investors Group Field, un nouveau stade de football à l'Université du Manitoba. En avril 2011, Dominion a conclu avec Structal Heavy Steel (« Structal ») un contrat de sous-traitance aux termes duquel Structal fournirait et installerait de l'acier pour la structure, le toit, les gradins et le mur du stade moyennant la somme de 44 435 383 $.

[5] À compter de la facture d'avril 2012, Dominion a cessé de payer Structal, invoquant au départ le retard de la Propriétaire à la payer. En août cependant, Dominion a fait savoir qu'elle se servait des sommes impayées pour acquitter certains coûts qui, selon elle, résultaient de retards imputables à Structal.

[6] Le 7 septembre 2012, Structal a enregistré un privilège du constructeur totalisant 15 570 974,53 $ sur la propriété — 3 538 029,97 $ pour les factures échues; 633 885,28 $ pour les factures arrivant à échéance le 1er octobre 2012[1]; 3 331 500,69 $ pour la retenue prévue par la loi et 8 067 558,59 $ au titre d'une réclamation pour retard. Le 22 octobre 2012, Dominion a déposé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba un cautionnement correspondant au montant intégral du privilège du constructeur. Ce cautionnement précisait que, si Dominion n'acquittait pas le montant de tout jugement basé sur un privilège qui serait rendu contre elle, la caution paierait cette somme jusqu'à concurrence du montant maximum prévu par le cautionnement.

[1] Le dossier n'indique pas sur quelle base une facture à l'égard d'octobre a été établie le 7 septembre 2012, date à laquelle le privilège a été enregistré.

[7] Structal approved the bond and vacated its lien. Dominion continued to receive progress payments from the Owner. Structal asserted that Dominion was required to comply with the trust provisions of the Act.

[8] Nonetheless, Dominion refused to make further payments to Structal, maintaining that it had a set-off against the monies claimed by Structal, that there was no breach of trust, and that Structal was fully secured by the lien bond.

[9] Structal responded by requesting that the Owner withhold a $3,538,029.97 payment from Dominion or face an action for violating the trust provisions of the *BLA*. The Owner obliged and Dominion brought an application in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking a declaration that it had satisfied its *BLA* trust obligations to Structal. If granted, it could pay the amount the Owner was withholding to other trust claimants and, once satisfied, to other creditors. Structal then filed its own motion requiring full payment of its past-due invoices, without deduction or set-off, upon Dominion receiving the funds from the Owner.

[10] Schulman J. of the Court of Queen's Bench ruled that the lien bond secured Structal's trust claim, whereupon the sum of $4,171,915.25 was paid by the Owner to Dominion on account of Structal's completed and certified work (R.F., at para. 19). Dominion used these funds to pay other contractors and itself. Structal has paid all its subcontractors in full from its own resources ($3,950,849.26 in payments) and its subcontract has been certified for payment.

[7] Structal a accepté le cautionnement et annulé son privilège. Dominion a continué de recevoir de la Propriétaire des paiements périodiques au fil de l'avancement des travaux. D'après Structal, Dominion était tenue de se conformer aux dispositions de la Loi créant des obligations fiduciaires.

[8] Dominion a néanmoins refusé d'effectuer d'autres paiements en faveur de Structal, soutenant qu'elle avait le droit d'opérer compensation au moyen des sommes réclamées par Structal, qu'il n'y avait aucun manquement aux obligations fiduciaires et que Structal était entièrement protégée par le cautionnement.

[9] Structal a répliqué en demandant que la Propriétaire s'abstienne de verser un paiement de 3 538 029,97 $ à Dominion, à défaut de quoi elle s'exposerait à une poursuite pour violation des dispositions de la *LPC* créant des obligations fiduciaires. La Propriétaire a obtempéré et Dominion a demandé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba un jugement déclarant qu'elle avait rempli les obligations fiduciaires auxquelles elle était tenue par la *LPC* envers Structal. Si cette demande était accueillie, Dominion pourrait alors verser la somme retenue par la Propriétaire aux autres parties présentant des réclamations fondées sur des obligations fiduciaires et, une fois ces réclamations réglées, aux autres créanciers. Structal a ensuite déposé sa propre requête et exigé le paiement intégral de ses factures en souffrance, sur réception par Dominion des fonds de la Propriétaire, sans qu'il soit procédé à quelque déduction ou compensation.

[10] Le juge Schulman de la Cour du Banc de la Reine a statué que le cautionnement protégeait la réclamation de Structal fondée sur les dispositions relatives aux obligations fiduciaires, après quoi la Propriétaire a versé 4 171 915,25 $ à Dominion pour les travaux dont l'achèvement par Structal était attesté (m.i., par. 19). Dominion s'est servie de ces fonds pour se payer elle-même et payer d'autres entrepreneurs. Structal a entièrement payé tous ses sous-traitants sur ses propres ressources (paiements totalisant 3 950 849,26 $) et un certificat autorisant le paiement de son contrat de sous-traitance a été délivré.

III. Lower Court Decisions

A. *Manitoba Court of Queen's Bench, 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194*

[11] In the Court of Queen's Bench, Schulman J. ruled that Dominion's filing of the lien bond extinguished its trust obligations to Structal under the *BLA*. He wrote that there is no indication in the *BLA* "that a general contractor in the position of [Dominion] should pay the amount in issue twice, once in vacating the lien and another time in securing the trust" (para. 18). It would be "commercially unreasonable and contrary to the intention of the legislation to require [Dominion] in effect to pay $8,000,000 to secure payment of Structal's claim for $4,000,000" (para. 18).

[12] Schulman J. maintained that the lien bond filed by Dominion "stands in place of the lien, securing the sum of money claimed by Structal" (para. 17). As such, the lien bond filed by Dominion had extinguished its statutory trust obligations to Structal, and "upon receipt of the progress payment in question in this case [Dominion] may disburse the funds without being in breach of the trust provisions of the [*BLA*]" (para. 24).

B. *Manitoba Court of Appeal, 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122*

[13] Writing for a unanimous Court of Appeal panel, MacInnes J.A. overturned Schulman J.'s holding with respect to the lien bond extinguishing Dominion's trust obligations to Structal.

[14] The Court of Appeal concluded that under the *BLA*, subcontractors have two separate and distinct rights beyond the common law right to sue for breach of contract: the right to the statutory trust

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba, 2013 MBQB 48, 289 Man. R. (2d) 194*

[11] Le juge Schulman de la Cour du Banc de la Reine a statué qu'en déposant le cautionnement, Dominion avait éteint les obligations fiduciaires auxquelles elle était tenue envers Structal en vertu de la *LPC*. Il a écrit qu'il n'y a dans la *LPC* aucune indication [TRADUCTION] « qu'un entrepreneur général se trouvant dans la situation de [Dominion] devrait payer deux fois le montant litigieux, une fois pour annuler le privilège et une autre fois pour protéger les sommes visées par les obligations fiduciaires » (par. 18). Il serait « déraisonnable sur le plan commercial et contraire à l'objet de la loi d'obliger [Dominion] à payer dans les faits 8 000 000 $ pour garantir le paiement de la réclamation de Structal, laquelle se chiffre à 4 000 000 $ » (par. 18).

[12] Le juge Schulman a déclaré que le cautionnement déposé par Dominion [TRADUCTION] « tient lieu du privilège et garantit la somme réclamée par Structal » (par. 17). En tant que tel, ce cautionnement avait eu pour effet d'éteindre les obligations fiduciaires de Dominion envers Structal aux termes de la Loi et, « sur réception des paiements périodiques litigieux effectués en l'espèce au fil de l'avancement des travaux, [Dominion] peut débourser les fonds sans enfreindre les dispositions de la [*LPC*] créant les obligations fiduciaires » (par. 24).

B. *Cour d'appel du Manitoba, 2014 MBCA 8, 303 Man. R. (2d) 122*

[13] Rédigeant la décision unanime d'une formation de la Cour d'appel, le juge MacInnes a infirmé la conclusion du juge Schulman selon laquelle le cautionnement avait eu pour effet d'éteindre les obligations fiduciaires de Dominion envers Structal.

[14] La Cour d'appel a conclu que la *LPC* confère aux sous-traitants deux droits distincts, en plus de celui que leur reconnaît la common law d'intenter des poursuites pour rupture de contrat : le droit découlant

and the right to file a lien claim against the property (ss. 4 to 9).

[15] MacInnes J.A. allowed Structal's appeal and set aside the order of the motion judge.

IV. Analysis

A. *Nature of the Lien and Trust Provisions*

[16] Dominion claims that the trust provisions apply only for "sub-contractors whose claims might not be protected by lien" (A.F., at para. 40). Evaluation of this assertion involves consideration of the relationship between the lien and trust provisions of the *BLA*. The application of the trust provisions to those contractors or subcontractors whose claims are protected by a lien is a question of statutory interpretation which can be answered with regard to the legislative evolution, text, and context of the provisions.

[17] It is first necessary to outline each of the provisions in their own right.

(1) Builder's Lien

[18] The right of lien against the interest of the owner of the land or structure is set out in s. 13 of the *BLA*. This remedy is available to persons who do any work, provide any services, or supply materials

in performance of a contract or sub-contract for any owner, contractor or sub-contractor has, by virtue thereof, a lien for the value of the work, services or materials which, subject to section 16, attaches upon the estate or interest of the owner in the land or structure upon or in respect of which the work was done or the services were provided or the materials were supplied, and the land occupied thereby or enjoyed therewith.

de la fiducie légale et celui de déposer une réclamation de privilège visant la propriété (art. 4 à 9).

[15] Le juge d'appel MacInnes a accueilli l'appel de Structal et annulé l'ordonnance du juge des requêtes.

IV. Analyse

A. *Nature des dispositions relatives aux privilèges et aux obligations fiduciaires*

[16] Dominion prétend que les dispositions créant les obligations fiduciaires s'appliquent uniquement aux [TRADUCTION] « sous-traitants dont les réclamations pourraient ne pas être protégées par un privilège » (m.a., par. 40). Pour évaluer cette prétention, il faut examiner le rapport entre les dispositions de la *LPC* relatives aux privilèges et celles créant les obligations fiduciaires. L'application des secondes aux entrepreneurs ou aux sous-traitants dont les réclamations sont protégées par un privilège est une question d'interprétation législative à laquelle il est possible de répondre en considérant l'historique de la Loi, ainsi que le texte et le contexte des dispositions pertinentes.

[17] Il convient tout d'abord de décrire chaque groupe de dispositions à tour de rôle.

(1) Privilège du constructeur

[18] Le droit à un privilège grevant le droit du propriétaire du bien-fonds ou de l'ouvrage est énoncé à l'art. 13 de la *LPC*. Suivant cette disposition, quiconque, dans le cadre de l'exécution d'un contrat ou d'un contrat de sous-traitance pour un propriétaire, un entrepreneur ou un sous-traitant, effectue des travaux ou fournit des services ou des matériaux

acquiert, de ce fait, un privilège, pour la valeur de ces travaux, services ou matériaux lequel, sous réserve de l'article 16, grève le droit que possède le propriétaire sur le bien-fonds ou sur l'ouvrage sur lequel ou à l'égard duquel les travaux ont été effectués ou les services ou matériaux fournis, et sur les biens-fonds sur lesquels l'ouvrage est érigé ou avec lesquels s'exerce la jouissance de l'ouvrage.

[19] When a lien is registered, it encumbers the land on which the work was done or the structure with respect to which the work was done (*BLA*, s. 13). As the Manitoba Court of Appeal explained in *Provincial Drywall Supply Ltd. v. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116, the purpose of the lien is to "creat[e] charges against the land in favour of those contractors, suppliers and workers who can prove their claims" (para. 47).

[20] Because a lien creates an encumbrance on the land, mortgage advances subsequent to registration of a lien are typically stalled when liens are filed. Recognizing this impediment to liquidity, the Act provides for vacating the liens, pending resolution of the validity of the lien claims, if alternative security is posted. Section 55(2) provides that a lien may be vacated upon payment into or the filing of security (typically a lien bond) with the court:

55(2) Upon application, a judge may order security or payment into court in an amount equal to the holdback required under this Act as it applies to a particular contract and any additional money payable with respect to that contract but not yet paid but not exceeding the total amount of the claims for liens then registered against a parcel of land and may then order that the registration of those liens be vacated.

[21] Section 56(1) then provides that any money or security paid into court stands in place of the land:

56(1) Any money paid into court or any security given under subsection 55(2) stands in place of the land against which the lien was registered and is subject to the claims of

[19] Une fois enregistré, le privilège grève le bien-fonds sur lequel ont été faits les travaux ou a été érigé l'ouvrage à l'égard duquel les travaux ont été effectués (*LPC*, art. 13). Comme l'a expliqué la Cour d'appel du Manitoba dans *Provincial Drywall Supply Ltd. c. Gateway Construction Co.* (1993), 85 Man. R. (2d) 116, le privilège a pour objet de [TRADUCTION] « grev[e]r un bien-fonds de charges en faveur des entrepreneurs, fournisseurs et ouvriers qui sont en mesure de prouver le bien-fondé de leurs réclamations » (par. 47).

[20] Étant donné qu'un privilège a pour effet de créer une charge grevant le bien-fonds concerné, les avances hypothécaires consenties subséquemment à l'enregistrement d'un privilège cessent généralement après l'enregistrement de tels droits. Reconnaissant que cette situation entrave le flux régulier des fonds, le législateur a établi dans la Loi la possibilité, moyennant la fourniture d'une autre garantie, d'obtenir l'annulation d'un privilège en attendant qu'il soit statué sur la validité des réclamations de privilège. Suivant le par. 55(2), un privilège peut être annulé si une somme d'argent ou une garantie (habituellement un cautionnement) est, selon le cas, déposée ou fournie au tribunal :

55(2) Un juge peut, sur demande, ordonner qu'une garantie soit fournie ou qu'une somme d'argent soit déposée au greffe du tribunal; le montant de la garantie ou du dépôt est égal à la retenue exigée aux termes de la présente loi telle qu'elle s'applique à un contrat déterminé et à toute somme d'argent supplémentaire, payable à l'égard de ce contrat, mais qui n'a pas encore été payée, sans toutefois excéder le montant total des réclamations de privilèges enregistrées sur une parcelle de bien-fonds; le juge peut ensuite ordonner que l'enregistrement de ces privilèges soit annulé.

[21] Le paragraphe 56(1) précise qu'une telle somme d'argent ou garantie tient lieu du bien-fonds visé par l'enregistrement du privilège :

56(1) Lorsque, dans le cadre du paragraphe 55(2) une somme d'argent est déposée au greffe ou qu'une garantie est fournie, la somme déposée ou la garantie tient lieu du bien-fonds sur lequel le privilège est enregistré, et elle est assujettie aux réclamations :

(a) the persons whose liens have been vacated; and

(b) every person who

(i) both at the time of filing the application under subsection 55(2) and at the time of filing application for payment out under subsection (3), has a subsisting claim for lien, and

(ii) has registered a claim for lien prior to the time of filing the application for payment out under subsection (3);

but the persons whose liens have been ordered vacated have a first charge on the money or security to the extent of any amount, including costs, found by the judge to be owing to them.

[22] The function of the payment of money or security into the court is to take the place of the land in securing the interests of the contractor or subcontractor who registered the lien. The motion judge stated that security paid into court would stand "in place of the lien" (para. 17 (emphasis added)). However, as the Court of Appeal found, the text of s. 56(1) is unambiguous that the security paid into court stands in place of the land against which the lien was registered.

[23] When a lien is registered against the land and security is paid into court, the registration of the lien may be ordered vacated. The result is that the land is freed from the lien encumbrance and funds, typically mortgage funds, can flow for further development on the land. The underlying lien claim, however, remains. The only effect is that the security paid into court, rather than the land, is available in the event of a lien judgment in favour of the contractor or subcontractor.

[24] The Manitoba Law Reform Commission in its 1979 *Report on Mechanics' Liens Legislation in Manitoba* ("Commission Report") had expressed concern that there is "a pressing need to expedite

a) des personnes dont les privilèges ont été annulés;

b) de quiconque

(i) d'une part, a une réclamation de privilège en vigueur au moment du dépôt de la requête aux termes du paragraphe 55(2) de même qu'au moment du dépôt de la requête aux termes du paragraphe (3) du présent article,

(ii) d'autre part, a enregistré une réclamation de privilège avant le dépôt de la requête aux termes du paragraphe (3).

Toutefois, les personnes dont les privilèges ont été annulés par l'ordonnance ont une charge prioritaire sur la somme déposée ou la garantie, jusqu'à concurrence des montants, y compris les frais, que le juge a déclaré être dus à ces personnes.

[22] Le dépôt d'une somme d'argent ou la fourniture d'une garantie au tribunal a pour fonction de remplacer le bien-fonds et de protéger les droits de l'entrepreneur ou du sous-traitant ayant enregistré le privilège sur celui-ci. Le juge de première instance a précisé que la garantie fournie au tribunal [TRADUCTION] « tiendrait lieu du privilège » (par. 17 (je souligne)). Toutefois, comme a conclu la Cour d'appel, le texte du par. 56(1) indique clairement que la garantie fournie au tribunal tient lieu du bien-fonds sur lequel le privilège a été enregistré.

[23] Lorsqu'un privilège est enregistré sur le bien-fonds et qu'une garantie est fournie au tribunal, ce dernier peut ordonner l'annulation du privilège. Le bien-fonds est en conséquence libéré du privilège le grevant et des fonds, habituellement des fonds hypothécaires, peuvent alors être avancés pour poursuivre l'aménagement du bien-fonds. Cependant, la réclamation de privilège à l'origine de la fourniture de la garantie au tribunal subsiste. La seule conséquence est que c'est la garantie ainsi fournie, plutôt que le bien-fonds, qui peut servir en cas de jugement fondé sur le privilège rendu en faveur de l'entrepreneur ou du sous-traitant.

[24] Dans son *Report on Mechanics' Liens Legislation in Manitoba* de 1979 (« rapport de la commission »), la commission de réforme du droit du Manitoba s'était dite préoccupée par le fait qu'il

the disposition of claims of lienholders once their liens are vacated from the title" (p. 113). It is a commercial reality in the construction industry that it can prove costly to pay lien bond premiums or to have money tied up in court. The *BLA* signals that lien actions should proceed promptly. Once the lien has been vacated, the claimant's charge against the money paid into court or against the security given ceases to exist if no action is commenced within 30 days of the lien claimants being given notice to commence their action (ss. 49 to 51).

existait [TRADUCTION] « un besoin urgent de faire trancher rapidement les réclamations des détenteurs de privilèges une fois leurs privilèges annulés » (p. 113). Sur le plan commercial, le fait est que, dans l'industrie de la construction, il peut se révéler coûteux de payer les primes de cautionnements tenant lieu de privilèges ou d'avoir des fonds bloqués au tribunal. La *LPC* indique que les actions relatives à un privilège doivent être instruites promptement. Une fois le privilège annulé, la charge du réclamant sur l'argent déposé au tribunal ou sur la garantie fournie s'éteint si aucune action n'est intentée dans les 30 jours suivant l'envoi aux personnes réclamant un privilège d'un avis leur intimant d'intenter leur action (art. 49 à 51).

[25] The *BLA* also provides for a statutory holdback. Whoever is primarily liable for payment under a contract (the owner, contractor, or subcontractor) must deduct and retain 7.5 percent of the contract price or, where there is no contract price, 7.5 percent of the value of the work. These funds must be retained for at least 40 days after a certificate of substantial performance is given, the work under the contract has been completed, or the work under the contract has been abandoned, whichever occurs first (s. 24(1)). The holdback is the fund from which lien claims can be satisfied, up to the amount of the holdback. It allows subcontractors to be paid directly from the owner, despite the lack of privity of contract (D. I. Bristow et al., *Construction, Builders' and Mechanics' Liens in Canada* (7th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 4-3 and 4-4).

[25] La *LPC* exige aussi une retenue sur les paiements effectués à l'égard d'un contrat. Quiconque est principalement responsable du paiement aux termes d'un contrat (le propriétaire, l'entrepreneur ou le sous-traitant) doit déduire et conserver 7,5 pour 100 du prix du contrat ou, à défaut de prix contractuel, 7,5 pour 100 de la valeur des travaux. Ces fonds doivent être conservés pendant au moins 40 jours après l'arrivée du premier des trois événements suivants : la remise d'un certificat d'exécution substantielle, l'achèvement des travaux qui devaient être effectués aux termes du contrat ou l'abandon de ces travaux (par. 24(1)). La retenue est la somme sur laquelle les réclamations de privilèges peuvent être réglées, et ce, jusqu'à concurrence du montant de la retenue. Elle permet aux sous-traitants d'être payés directement par le propriétaire malgré l'absence de lien contractuel entre eux et ce dernier (D. I. Bristow et autres, *Construction, Builders' and Mechanics' Liens in Canada* (7e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 4-3 et 4-4).

(2) Statutory Trust

(2) Fiducie légale

[26] The trust provisions of the *BLA* are found in ss. 4 to 9. They provide that subcontractors, any workers employed by the contractor, and other beneficiaries are to be paid before an owner or contractor can appropriate trust funds for his or her own use.

[26] Les dispositions de la *LPC* créant les obligations fiduciaires se trouvent aux art. 4 à 9. Elles précisent que les sous-traitants, les ouvriers employés par l'entrepreneur et les autres bénéficiaires doivent être payés avant qu'un propriétaire ou un entrepreneur ne puisse affecter des fonds à son usage personnel.

[27] Under s. 4(1), funds received by a contractor on account of a contract price constitute a trust fund for the benefit of

(a) sub-contractors who have sub-contracted with the contractor and other persons who have supplied materials or provided services to the contractor for the purpose of performing the contract;

(b) the Workers' Compensation Board;

(c) workers who have been employed by the contractor for the purpose of performing the contract; and

(d) the owner for any set-off or counterclaim relating to the performance of the contract.

[28] Similarly, under s. 4(2), funds received by a subcontractor on account of a contract price in the subcontract constitute a trust fund for the benefit of

(a) sub-contractors who have sub-contract[ed] with the sub-contractor and other persons who have supplied materials or provided services to the sub-contractor for the purpose of performing the sub-contract;

(b) the Workers' Compensation Board;

(c) workers who have been employed by the sub-contractor for the purpose of performing the sub-contract; and

(d) the contractor or any sub-contractor for any set-off or counterclaim relating to the performance of the sub-contract.

[29] Under s. 4(3), a contractor in possession of trust funds under s. 4(1) cannot appropriate or convert those funds or use them for any purpose not authorized by the trust until

(a) all sub-contractors who have entered into a sub-contract with him and all persons who have supplied materials or provided services to him for the purpose of performing the contract have been paid all amounts then owing to them out of the sum received;

[27] Aux termes du par. 4(1), les sommes reçues par un entrepreneur, à valoir sur un prix contractuel, constituent un fonds détenu en fiducie au bénéfice

a) des sous-traitants qui ont conclu un contrat de sous-traitance avec l'entrepreneur et des autres personnes qui lui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution du contrat;

b) de la Commission des accidents du travail;

c) des ouvriers qui ont été employés par l'entrepreneur pour l'exécution du contrat;

d) du propriétaire qui a droit à une compensation ou à une demande reconventionnelle reliée à l'exécution du contrat.

[28] De même, suivant le par. 4(2), les sommes reçues par un sous-traitant, à valoir sur un prix contractuel, constituent un fonds détenu en fiducie au bénéfice

a) des sous-traitants qui ont conclu un contrat de sous-traitance avec le sous-traitant et des autres personnes qui lui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution de ce contrat;

b) de la Commission des accidents du travail;

c) des ouvriers qui ont été employés par le sous-traitant pour l'exécution du contrat de sous-traitance;

d) de l'entrepreneur ou de tout sous-traitant qui a droit à une compensation ou à une demande reconventionnelle reliée à l'exécution du contrat de sous-traitance.

[29] Selon le par. 4(3), un entrepreneur qui détient des fonds en fiducie en vertu du par. 4(1) ne peut les affecter ni les détourner à un usage non autorisé par la fiducie tant qu'il n'a pas

a) sur la somme reçue, payé à tous les sous-traitants qui ont conclu un contrat de sous-traitance avec lui et à toutes les personnes qui lui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution du contrat, tous les montants qui leur sont dus;

(b) the Workers' Compensation Board has been paid all assessments which the contractor could reasonably anticipate as arising out of work done by workers employed by him in performing the contract to the extent for which the sum was received;

(c) all workers who have been employed by him for the purpose of performing the contract have been paid all amounts then owing to them out of the sum received for work done in performing the contract; and

(d) provision has been made for the payment of other affected beneficiaries of the trust to whom amounts are then owing out of the sum received.

[30] The owner is also subject to trust obligations:

5(1) Where, under a contract, sums become payable to the contractor by the owner on the basis of a certificate of a payment certifier, any amount, up to the aggregate of the sums so certified, that is in the hands of the owner or received by him at any time thereafter for payment under the contract constitutes, until paid to the contractor, a trust fund for the benefit of

(a) the contractor and all sub-contractors and other persons who have supplied materials or provided services for the purposes of performing the contract or any sub-contract under the contract;

(b) The Workers' Compensation Board; and

(c) workers who have been employed for the purpose of performing the contract or any sub-contract under the contract.

5(2) All sums received by an owner that are to be used in the financing of a structure or improving land, including the purchase price of the land and payment for the discharge or withdrawal of prior encumbrances against the land, constitute, subject to the payment of the purchase price and of payments for the discharge or withdrawal of prior encumbrances against the land, a trust fund for the benefit of the persons mentioned in subsection (1).

[31] Like a contractor, the owner may not appropriate or convert trust funds or use them for any purpose not authorized by the trust until

b) en proportion de la somme reçue, payé à la Commission des accidents du travail, toutes les cotisations qu'il pouvait raisonnablement prévoir relativement aux travaux effectués par des ouvriers qu'il a employés dans l'exécution du contrat;

c) sur la somme reçue, payé à tous les ouvriers qu'il a employés pour l'exécution du contrat, tous les montants qui leur sont dus pour des travaux effectués dans l'exécution de ce contrat;

d) pris des dispositions pour assurer aux autres bénéficiaires de la fiducie, le paiement, sur la somme reçue, des montants qui leur sont dus.

[30] Le propriétaire est lui aussi assujetti à des obligations fiduciaires :

5(1) Lorsque, en vertu d'un contrat, le propriétaire devient redevable envers l'entrepreneur de sommes établies par un certificat d'un certificateur, tout montant, jusqu'à concurrence du total des sommes visées par les certificats, que le propriétaire a alors entre les mains ou reçoit subséquemment pour effectuer un paiement en vertu du contrat, constitue, tant qu'il n'a pas été payé à l'entrepreneur, un fonds détenu en fiducie au bénéfice :

a) de l'entrepreneur et de tous les sous-traitants et autres personnes qui ont fourni des matériaux ou des services pour l'exécution du contrat ou de tout contrat de sous-traitance accessoire au contrat principal;

b) de la Commission des accidents du travail;

c) des ouvriers qui ont été employés pour l'exécution du contrat ou d'un contrat de sous-traitance accessoire au contrat principal.

5(2) Toutes les sommes que reçoit un propriétaire et qui doivent être affectées au financement de l'ouvrage ou de l'amélioration du bien-fonds, notamment les sommes reçues pour le prix d'achat du bien-fonds et pour l'obtention d'une mainlevée ou d'une quittance des charges qui grevaient antérieurement le bien-fonds, constituent, sous réserve du paiement de ce prix d'achat et des sommes nécessaires à la mainlevée ou à une quittance de ces charges antérieures, des fonds détenus en fiducie au bénéfice des personnes mentionnées au paragraphe (1).

[31] À l'instar de l'entrepreneur, le propriétaire ne peut affecter ni détourner des fonds détenus en fiducie à un usage non autorisé par la fiducie tant

5(3) . . .

(a) the contractor has been paid all sums justly owed to him in respect of the performance of the contract; and

(b) provision for the payment of other affected beneficiaries of the trust has been made.

B. *The Statutory Framework — The Relationship Between the Lien and Trust Provisions*

[32] The trust and lien provisions of the *BLA* are two separate remedies, with the trust remedy being more wide-reaching. All funds received by the contractor for the general contract are trust funds for not only subcontractors, but also the Workers' Compensation Board, any workers employed by the contractor, and the owner for any set-off or counterclaim relating to the performance of the contract (s. 4(1)). The lien provisions do not impose obligations on contractors or subcontractors with respect to funds received. Trust funds, on the other hand, cannot be appropriated for other purposes until all subcontractors and all persons who have supplied materials or services have been paid (s. 4(3)(a)). Moreover, pursuant to s. 16 no lien can encumber the interest of the Crown, a Crown agency, or a municipality. There is no similar exclusion with respect to the trust provisions of the Act (see s. 3(1)).

[33] The trust provisions were formerly provided for in *The Builders and Workers Act*, R.S.M. 1970, c. B90, while the lien provisions were provided for in *The Mechanics' Liens Act*, R.S.M. 1970, c. M80. These two acts were repealed and essentially incorporated into the *BLA*, S.M. 1980-81, c. 7, in 1981 as a result of the 1979 Commission Report (*Provincial Drywall*, at para. 22). However, in consolidating these two acts, the legislature did not expressly

5(3) . . .

a) que l'entrepreneur n'a pas été payé de toutes les sommes qui lui sont légitimement dues pour l'exécution du contrat;

b) que des dispositions n'ont pas été prises pour assurer le paiement des autres bénéficiaires de la fiducie.

B. *Le cadre législatif — Le rapport entre les dispositions relatives aux privilèges et celles relatives aux obligations fiduciaires*

[32] Les dispositions de la *LPC* créant des obligations fiduciaires et celles relatives aux privilèges constituent deux recours distincts, celui fondé sur les obligations fiduciaires ayant une portée plus large. En effet, tous les fonds reçus par l'entrepreneur pour le contrat général sont détenus en fiducie au bénéfice non seulement des sous-traitants, mais également au bénéfice de la Commission des accidents du travail, des ouvriers employés par l'entrepreneur ainsi que du propriétaire pour toute compensation ou demande reconventionnelle liée à l'exécution du contrat (par. 4(1)). Les dispositions relatives aux privilèges n'imposent aucune obligation aux entrepreneurs ou aux sous-traitants à l'égard des fonds qu'ils reçoivent. Par contre, les fonds détenus en fiducie ne peuvent être affectés à d'autres fins tant que tous les sous-traitants et fournisseurs de matériaux ou services n'ont pas été payés (al. 4(3)a)). Qui plus est, selon l'art. 16, aucun privilège ne peut grever l'intérêt de la Couronne, d'un organisme gouvernemental ou d'une municipalité sur le bien-fonds. Il n'y a aucune exclusion semblable en ce qui concerne les dispositions de la Loi créant les obligations fiduciaires (voir le par. 3(1)).

[33] Les dispositions relatives aux obligations fiduciaires figuraient auparavant dans la *Builders and Workers Act*, R.S.M. 1970, c. B90, tandis que celles relatives aux privilèges figuraient dans la *Mechanics' Liens Act*, R.S.M. 1970, c. M80. En 1981, ces deux lois ont été abrogées et essentiellement fondues ensemble pour devenir la *LPC*, S.M. 1980-81, c. 7, par suite du rapport de 1979 de la commission (*Provincial Drywall*, par. 22). Mais lorsqu'il a

delineate how the lien and trust provisions were to interact in situations such as this case, where both remedies are pursued at the same time by a contractor or subcontractor.

[34] Dominion asserts that the trust provisions of the *BLA* have a narrow purpose: ". . . to provide security to sub-contractors whose claims might not be protected by lien" (A.F., at para. 40).

[35] Neither the text of the *BLA* nor the Commission Report supports Dominion's assertion (see A.F., at para. 40). The trust remedy originated in a statute that did not provide a lien mechanism and it was not altered to limit its applicability when both were incorporated into the *BLA*. Rather, both remedies exist independently.

[36] This Court has recognized the distinct operation of lien and trust provisions. In *Canadian Bank of Commerce v. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] S.C.R. 478, Rand J., writing for the majority, held that, under *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, c. 227, a provision exempting public streets or highways from the application of the act applied only to the lien provisions, not the trust provisions. Preventing a lien from attaching to a public highway served an important purpose: ". . . the sale of a highway to realize a private debt is not to be seriously contemplated" (p. 481). However, Rand J. recognized that denying the statutory trust to those who work on public highways "would defeat [the] fundamental object of the statute . . . and leave them without any security whatever" (p. 482). He found that "[t]he two securities, that is, the land and the money, are completely independent of one another" (p. 482).

réuni ces deux lois, le législateur provincial n'a pas indiqué expressément la manière dont les dispositions relatives aux privilèges et celles relatives aux fiducies devaient interagir les unes avec les autres dans les cas où, comme en l'espèce, un entrepreneur ou un sous-traitant exerce les deux recours en même temps.

[34] Dominion affirme que les dispositions de la *LPC* créant les obligations fiduciaires visent un objectif restreint [TRADUCTION] : « . . . offrir une garantie aux sous-traitants dont les réclamations pourraient ne pas être protégées par un privilège » (m.a., par. 40).

[35] Ni le texte de la *LPC* ni le rapport de la commission n'étayent l'affirmation de Dominion (voir m.a., par. 40). Le recours fondé sur les obligations fiduciaires tire son origine d'une loi qui ne comportait pas de mécanisme de privilège, et il n'a pas été modifié afin d'en limiter l'applicabilité lorsque les deux recours ont été intégrés à la *LPC*. Ces deux recours existent plutôt indépendamment l'un de l'autre.

[36] Notre Cour a reconnu que les dispositions relatives aux privilèges et celles créant les obligations fiduciaires s'appliquent de façon distincte. S'exprimant au nom des juges majoritaires dans *Canadian Bank of Commerce c. T. McAvity & Sons, Ltd.*, [1959] R.C.S. 478, le juge Rand a conclu qu'une disposition de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, c. 227, qui soustrayait les voies publiques ou les routes à l'application de cette loi ne s'appliquait qu'aux dispositions relatives aux privilèges, et non à celles créant les obligations fiduciaires. Le fait d'empêcher qu'un privilège grève une voie publique servait un objectif important : [TRADUCTION] « . . . la vente d'une route pour acquitter une dette privée ne saurait sérieusement être envisagée » (p. 481). Le juge Rand a toutefois admis que le fait de refuser le bénéfice de la fiducie légale aux personnes qui travaillent sur des chemins publics « contrecarrerait [l']objet fondamental de la loi [. . .] et les laisserait sans aucune garantie » (p. 482). Il a conclu que « [l]es deux garanties, en l'occurrence le bien-fonds et l'argent, sont complètement indépendantes l'une de l'autre » (p. 482).

[37] Moreover, the *BLA* itself contemplates that the lien and trust remedies may be pursued concurrently. Section 66 provides that "a claim related to a trust fund . . . may be brought or joined with an action to realize a lien". If the trust provisions only protected those without a lien claim, there would never be concurrent claims and s. 66 would have no application. The legislature cannot be presumed to enact superfluous or meaningless provisions (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 211-12).

[37] De plus, la *LPC* elle-même prévoit la possibilité que puissent être exercés simultanément un recours fondé sur un privilège et un recours basé sur les obligations fiduciaires. Aux termes de l'art. 66, « une réclamation relative au fonds en fiducie [. . .] peut être introduite en même temps qu'une action en vue de l'exercice d'un privilège [. . .] ou jointe à telle action ». Si les dispositions relatives aux obligations fiduciaires protégeaient uniquement les personnes n'ayant pas de réclamation de privilège, il ne pourrait jamais survenir de réclamations simultanées et l'art. 66 serait alors inutile. On ne saurait présumer que le législateur édicte des dispositions superflues ou dénuées de sens (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 211-212).

[38] Nothing in the *BLA* suggests that the lien and trust provisions do not remain as two separate remedies. This is not to deny that a contractor or subcontractor may have both a lien and trust claim and that the funds sought under each remedy may be the same. But this does not change the fact that the claimant has access to both of these remedies.

[38] Rien dans la *LPC* ne tend à indiquer que les dispositions relatives aux privilèges et celles créant les obligations fiduciaires ne demeurent pas deux recours distincts. Cela n'écarte pas la possibilité qu'un entrepreneur ou un sous-traitant puisse avoir à la fois une réclamation fondée sur un privilège et une réclamation basée sur des obligations fiduciaires, et que les fonds réclamés au moyen de chaque recours puissent être les mêmes. Mais cela ne change rien au fait que le réclamant peut se prévaloir de ces deux recours.

C. *Does the Filing of a Lien Bond Extinguish an Associated Trust Claim?*

C. *Le dépôt d'un cautionnement tenant lieu d'un privilège a-t-il pour effet d'éteindre une réclamation connexe fondée sur des obligations fiduciaires?*

[39] Dominion argues that where a lien bond has been filed with the court, the bond should stand as security for any potential claim. However, a reading of both the lien and trust provisions of the *BLA* reveals that the filing of a lien bond has no effect on the existence and application of the trust remedy.

[39] Dominion prétend que, dans les cas où un cautionnement est déposé au tribunal, ce cautionnement devrait servir de garantie pour toute réclamation éventuelle. Toutefois, il appert de la lecture des dispositions de la *LPC* relatives aux privilèges et de celles créant les obligations fiduciaires que le dépôt d'un cautionnement tenant lieu d'un privilège n'a aucun effet sur l'existence et l'application du recours fondé sur des obligations fiduciaires.

[40] The purpose of the statutory trust was articulated by the Manitoba Court of Appeal in *Provincial Drywall*: "The trust provisions are designed to help assure that money payable by owners, contractors

[40] Dans l'arrêt *Provincial Drywall*, la Cour d'appel du Manitoba a énoncé en ces termes l'objectif de la fiducie légale : [TRADUCTION] « Les dispositions relatives aux obligations fiduciaires visent à assurer

and subcontractors flows in a manner which is in accord with the contractual rights of those engaged in a building project and it is not diverted out of the proper pipeline" (para. 47).

[41] Finding that a trust claim is extinguished by filing a lien bond would undermine this purpose. A lien bond provides no more security than the lien which it displaced: the lien claimant must be successful in the lien action in order to collect the amount secured by the lien bond. If a judgment were to issue invalidating the lien because the lien failed to comply with the requirements in ss. 37 to 45 of the *BLA*, liability under the lien bond would be extinguished. The claimant would then find itself with no access to the funds guaranteed by the bond. Nonetheless, a contractor or subcontractor may still have a trust claim independent of the lien claim; the lien bond would not have secured this trust claim. If Dominion were correct that the mere filing of the lien bond extinguished a contractor's or owner's trust obligations, enabling the owner or contractor to appropriate the trust funds for his or her own use, the claimant would be left with no lien claim and no trust monies if the lien claim failed. Such interruption of the flow of funds down the so-called construction pyramid, from the owner to the contractor, to each subcontractor and supplier, is the very problem that the trust provisions were designed to address.

[42] Dominion posted security in the court under s. 55(2) of the *BLA*. The text of this subsection speaks only to the lien claim; nothing in this provision eliminates the trust.

le flux régulier des sommes payables par les propriétaires, les entrepreneurs et les sous-traitants conformément aux droits contractuels des participants à un projet de construction, et à faire en sorte qu'elles ne soient pas détournées de la filière appropriée » (par. 47).

[41] Conclure qu'une réclamation fondée sur des obligations fiduciaires est éteinte par le dépôt d'un cautionnement tenant lieu d'un privilège irait à l'encontre de cet objectif. Un tel cautionnement n'offre pas davantage de protection que le privilège qu'il a écarté : la personne qui réclame un privilège doit avoir gain de cause dans son action fondée sur ce privilège pour obtenir la somme garantie par le cautionnement tenant lieu du privilège. Advenant un jugement invalidant le privilège au motif qu'il ne respecte pas les exigences prévues aux art. 37 à 45 de la *LPC*, la responsabilité découlant du cautionnement serait éteinte. Le demandeur n'aurait alors pas accès aux fonds garantis par le cautionnement. Néanmoins, les entrepreneurs ou sous-traitants peuvent quand même disposer d'un recours fondé sur les obligations fiduciaires indépendant de la réclamation de privilège; le cautionnement tenant lieu de privilège ne protège pas ce recours. Si Dominion a raison d'affirmer que le simple dépôt d'un tel cautionnement a pour effet d'éteindre les obligations fiduciaires de l'entrepreneur ou du propriétaire, permettant ainsi à ce propriétaire ou à cet entrepreneur d'affecter les fonds détenus en fiducie à son usage personnel, le réclamant se retrouverait sans réclamation de privilège et sans accès à des fonds en fiducie en cas d'échec de la réclamation de privilège. Pareille interruption du flux des fonds vers le bas de la pyramide que forme, dit-on, le monde de la construction — c'est-à-dire du propriétaire à l'entrepreneur, puis de ce dernier à chaque sous-traitant et fournisseur — est le problème même auquel visaient à remédier les dispositions créant les obligations fiduciaires.

[42] Dominion a fourni une garantie au tribunal en application du par. 55(2) de la *LPC*. Ce paragraphe vise uniquement les réclamations de privilèges; il n'a aucunement pour effet d'éliminer les obligations fiduciaires.

[43] That the filing of the lien has no effect on the subsistence of the statutory trust is consistent with s. 4(3) of the Act, which provides that the contractor is barred from diverting trust funds for its own use until all subcontractors "have been paid all amounts then owing to them" (s. 4(3)(a)). A subcontractor has not been paid simply by the filing of a lien or by funds or security being posted with the court for the purpose of vacating the lien. A lien bond merely *secures* a contractor's or subcontractor's lien claim rather than satisfying it through payment. It does not extinguish the owner's or contractor's obligations under the statutory trust.

[43] Le fait que l'enregistrement du privilège n'a aucune incidence sur la survie de la fiducie légale est conforme au par. 4(3) de la Loi, qui interdit à l'entrepreneur d'affecter des fonds détenus en fiducie à son usage personnel tant qu'il n'a pas « payé à tous les sous-traitants [. . .] tous les montants qui leur sont dus » (al. 4(3)a)). Un sous-traitant n'est pas payé du seul fait qu'un privilège a été enregistré ou que des fonds ou une garantie ont été déposés au tribunal dans le but d'annuler un tel privilège. Un cautionnement tenant lieu de privilège *protège* simplement la réclamation de privilège d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant et ne constitue pas le paiement de cette réclamation. Il n'a pas pour effet d'éteindre les obligations qu'impose la fiducie légale au propriétaire ou à l'entrepreneur.

Double Payment

[44] Dominion submits that unless paying funds into court to vacate the lien does not at the same time satisfy the trust provisions of the *BLA*, where the lien and trust claims are for the same work, services, or materials, a contractor or owner could be required to pay the funds twice. This, Dominion argues, would be in direct contravention of the general principle set out in *L. W. Bennett Co. v. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246 (Ont. C.A.), quoting *Richer v. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70 (Ont. S.C. (App. Div.)), at p. 73, that "[t]he law will never compel a person to pay a sum of money a second time which he has paid once under the sanction of the court" (p. 251).

Double paiement

[44] Selon Dominion, à moins que le dépôt d'une somme d'argent au tribunal pour annuler un privilège ne permette en même temps de respecter les dispositions de la *LPC* relatives aux obligations fiduciaires lorsque la réclamation fondée sur le privilège et celle fondée sur les obligations fiduciaires se rapportent aux mêmes travaux, services ou matériaux, un entrepreneur ou un propriétaire pourrait être tenu de payer les fonds deux fois. Dominion prétend que cela irait directement à l'encontre du principe général énoncé dans l'arrêt *L. W. Bennett Co. c. University of Western Ontario* (1961), 31 D.L.R. (2d) 246 (C.A. Ont.), lequel citait les propos suivants tirés de *Richer c. Borden Farm Products Co.* (1921), 64 D.L.R. 70 (C.S. Ont. (Div. app.)), p. 73, et suivant lesquels [TRADUCTION] « [l]e droit n'obligera jamais une personne à payer deux fois une somme d'argent qu'elle a versée avec l'approbation du tribunal » (p. 251).

[45] Dominion's argument blurs the distinction between payment and security. Should an owner or contractor pay funds into or post security with the court in order to vacate registered liens, such funds or security do not constitute payment to the lien claimants.

[45] L'argument de Dominion brouille la distinction entre paiement et garantie de paiement. En effet, lorsqu'un propriétaire ou un entrepreneur dépose des fonds ou fournit une garantie au tribunal en vue d'annuler l'enregistrement de privilèges, ces fonds ou cette garantie ne constituent pas un paiement en faveur de personnes réclamant des privilèges.

[46] There may be circumstances where a contractor will choose to maintain double security where there are lien and trust claims for the same work, services, or materials, by acquiring a lien bond while still holding trust funds. However, a contractor can avoid double security by paying cash into court pursuant to s. 55(2) instead of depositing a lien bond. The *BLA* provides that any owner, contractor, or subcontractor with trust obligations "shall not appropriate or convert any part of the trust fund to or for his own use or to or for any use not authorized by the trust" until one of the listed steps has occurred (ss. 4(3), 4(4) and 5(3)). Payment of the trust funds into court to vacate a lien, for the amount of the lien claim implicated by the trust claim, does not constitute an appropriation or conversion of the trust funds. The contractor is doing exactly what the Act requires — ensuring the monies are held in trust for the beneficiary. These funds remain impressed with the trust; should the lien claim fail while the trust claim is outstanding, the cash would continue to be trust funds when returned to the owner, contractor, or subcontractor. So long as the trust funds themselves are deposited with the court, the funds are secure and the trust has not been breached.

[47] A lien bond involves only an assurance that the surety will pay the amount of any lien judgment should the lien defendant fail to do so. The bond does not constitute security for the trust claim and does not result in the protection of the actual trust monies at issue. An owner, contractor, or subcontractor who chooses to file a lien bond with the court instead of depositing the funds at issue must maintain the trust fund in addition to the bond.

[46] Il peut se présenter des cas où un entrepreneur choisit de se doter d'une double protection — c'est-à-dire en acquérant un cautionnement tenant lieu de privilège tout en gardant des fonds en fiducie — lorsque des réclamations fondées sur des privilèges et des réclamations fondées sur des obligations fiduciaires visent les mêmes travaux, services ou matériaux. L'entrepreneur peut toutefois éviter d'avoir à fournir ces deux types de garanties en déposant une somme d'argent au tribunal conformément au par. 55(2) au lieu de fournir un cautionnement tenant lieu de privilège. La *LPC* dispose qu'aucun propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant ayant des obligations fiduciaires « ne peut affecter ni détourner aucune partie [du fonds détenu en fiducie] à son usage personnel ou à un usage non autorisé par la fiducie » tant que n'a pas été prise une des mesures énumérées aux dispositions pertinentes (par. 4(3), 4(4) et 5(3)). Le dépôt au tribunal, en vue d'annuler un privilège, de fonds détenus en fiducie correspondant au montant de la réclamation liée à ce privilège ne constitue pas une affectation ou un détournement des fonds en question. L'entrepreneur fait alors exactement ce qu'exige la Loi — soit veiller à ce que les fonds en question soient détenus en fiducie pour le compte du bénéficiaire. Ces fonds demeurent assujettis à la fiducie; si la réclamation de privilège est rejetée mais que celle fondée sur les obligations fiduciaires est toujours en instance, l'argent continue d'être détenu en fiducie lorsqu'il est retourné au propriétaire, à l'entrepreneur ou au sous-traitant. Tant que les fonds en fiducie eux-mêmes sont déposés au tribunal, ils sont protégés et il n'y a aucun manquement aux obligations fiduciaires.

[47] Un cautionnement tenant lieu de privilège confère uniquement l'assurance que la caution paiera la somme accordée par tout jugement découlant de l'exercice de ce privilège si le défendeur ne la verse pas. Le cautionnement ne constitue pas une garantie applicable à la réclamation fondée sur les obligations fiduciaires et n'a pas pour effet de protéger les fonds en fiducie concernés. Le propriétaire, l'entrepreneur ou le sous-traitant qui choisit de fournir au tribunal un cautionnement tenant lieu de privilège plutôt que d'y déposer les fonds en litige doit maintenir à la fois le fonds en fiducie et le cautionnement.

[48] There will never be a requirement for the owner, contractor, or subcontractor to pay the funds at issue to the *claimant* twice. To the extent that the lien and trust claims are for the same work, services, or materials, payment under the trust will eliminate the equivalent amount payable to satisfy the lien claim. In the present case, Structal acknowledges that, had Dominion paid the trust monies into court, there could have been a reduction in the amount of the lien bond by an amount equivalent to the monies paid into court (R.F., at para. 64). Structal's acknowledgment on this point is logical: there is no need for a lien bond to secure an amount already secured by trust funds paid into court.

[49] Dominion chose to provide security by way of a lien bond rather than payment of funds into court. It is true that it paid premiums for that bond which are not recoverable, but that is simply the cost of the security which it chose to provide. Structal will not receive double payment.

V. Conclusion

[50] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Hill Sokalski Walsh Trippier, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Taylor McCaffrey, Winnipeg.

[48] Les propriétaires, entrepreneurs ou sous-traitants ne sont jamais tenus de verser deux fois des fonds litigieux au *réclamant*. Dans la mesure où une réclamation fondée sur un privilège et une réclamation basée sur des obligations fiduciaires se rapportent aux mêmes travaux, services ou matériaux, un paiement effectué au titre des obligations fiduciaires réduira d'une somme équivalente le montant payable pour acquitter la réclamation de privilège. En l'espèce, Structal reconnaît que, si Dominion avait déposé les fonds en fiducie au tribunal, le cautionnement tenant lieu de privilège aurait pu être réduit d'une somme équivalente à ces fonds (m.i., par. 64). L'admission de Structal sur ce point est logique : il n'est pas nécessaire de protéger au moyen d'un cautionnement tenant lieu de privilège une somme déjà protégée par le dépôt au tribunal de fonds détenus en fiducie.

[49] Dominion a choisi de fournir une garantie au moyen d'un cautionnement tenant lieu de privilège plutôt qu'en déposant des fonds au tribunal. Il est vrai que l'entreprise a payé à l'égard de ce cautionnement des primes qui ne sont pas recouvrables, mais il s'agit là simplement du coût de la garantie qu'elle a choisi de fournir. Structal ne sera pas payée en double.

V. Conclusion

[50] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Hill Sokalski Walsh Trippier, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée : Taylor McCaffrey, Winnipeg.

Ontario Energy Board *Appellant*

v.

Ontario Power Generation Inc., Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 and Society of Energy Professionals *Respondents*

and

Ontario Education Services Corporation *Intervener*

Commission de l'énergie de l'Ontario *Appelante*

c.

Ontario Power Generation Inc., Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 et Society of Energy Professionals *Intimés*

et

Corporation des services en éducation de l'Ontario *Intervenante*

Indexed as: Ontario (Energy Board) *v.* Ontario Power Generation Inc.

2015 SCC 44

File No.: 35506.

2014: December 3; 2015: September 25.

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

Répertorié : Ontario (Commission de l'énergie) *c.* Ontario Power Generation Inc.

2015 CSC 44

N° du greffe : 35506.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

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

Administrative law — Boards and tribunals — Appeals — Standing — Whether Ontario Energy Board acted improperly in pursuing appeal and in arguing in favour of reasonableness of its own decision — Whether

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Appels — Qualité pour agir — La Commission de l'énergie de l'Ontario a-t-elle agi de manière inappropriée en se pourvoyant en appel et en faisant valoir

Board attempted to use appeal to "bootstrap" its original decision by making additional arguments on appeal.

In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of the costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. The Board disallowed certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation ("OPG") as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed $145 million in labour compensation costs related to OPG's nuclear operations on the grounds that OPG's labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry. A majority of the Ontario Divisional Court dismissed OPG's appeal and upheld the decision of the Board. The Court of Appeal set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons.

The crux of OPG's argument here is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG's decision to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. The Board on the other hand argues that a particular prudence test methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not committed nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

OPG also raises concerns regarding the Board's role in acting as a party on appeal from its own decision, arguing that the Board's aggressive and adversarial defence of its decision was improper, and the Board attempted to use the appeal to bootstrap its original decision by making additional arguments on appeal. The Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decision on appeal.

le caractère raisonnable de sa propre décision? — A-t-elle tenté de se servir de l'appel pour « s'auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l'appui de sa décision initiale?

En Ontario, la tarification d'un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l'énergie de l'Ontario l'approbation des dépenses qu'il a faites ou qu'il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que le service public touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. La Commission a refusé certains paiements sollicités par Ontario Power Generation (« OPG ») dans sa décision sur la demande d'établissement des tarifs pour la période 2011-2012. Elle a en fait refusé à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public au motif que ces dépenses étaient en rupture avec celles d'organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d'énergie. Les juges majoritaires de la Cour divisionnaire de l'Ontario ont rejeté l'appel d'OPG et confirmé la décision de la Commission. La Cour d'appel a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu'elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs.

La thèse d'OPG en l'espèce veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l'indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu'elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu'une présomption de prudence doit s'appliquer à son bénéfice. La Commission prétend pour sa part que la loi ne l'oblige pas à employer quelque méthode fondée sur le principe de la prudence et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l'espèce n'étaient pas des dépenses convenues, mais bien des dépenses prévues.

OPG exprime en outre des préoccupations sur la participation de la Commission à l'appel de sa propre décision et fait valoir que la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n'était pas justifiée et que l'organisme a tenté de se servir de l'appel pour s'auto-justifier en formulant de nouveaux arguments à l'appui de sa décision initiale. La Commission soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu'il est nécessaire et important qu'elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside and the decision of the Board is reinstated.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.: The first issue is the appropriateness of the Board's participation in the appeal. The concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision should not be read to establish a categorical ban. A discretionary approach provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis. Because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. Further, some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court ensure it has heard the best of both sides of a dispute. The following factors are relevant in informing the court's exercise of its discretion: statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal and the mandate of the tribunal, that is, whether the function of the tribunal is to adjudicate individual conflicts between parties or whether it serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest. The importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily against tribunal standing where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding. Tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

Consideration of these factors in the context of this case leads to the conclusion that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. The Board was the only respondent in the initial review of its decision. It had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Also, the Board was exercising

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel est annulée et celle de la Commission est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon : Se pose en premier lieu la question du caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. Les préoccupations relatives à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes. Vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Qui plus est, dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige. Les considérations suivantes permettent de délimiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de révision : les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission du tribunal en cause et le mandat du tribunal, à savoir si sa fonction consiste soit à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou à enquêter, ou à défendre l'intérêt public. L'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage contre la reconnaissance de la qualité pour agir du tribunal administratif qui a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance. Il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

L'application de ces principes à la situation considérée en l'espèce mène à la conclusion qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. La Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision

a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. In this case, the Board's participation in the instant appeal was not improper.

The issue of tribunal "bootstrapping" is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns the types of argument a tribunal may make, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments. A tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal. A tribunal may not defend its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review. The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, absent a power to vary its decision or rehear the matter, it cannot use judicial review as a chance to amend, vary, qualify or supplement its reasons. While a permissive stance towards new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. In this case, the Board did not impermissibly step beyond the bounds of its original decision in its arguments before the Court. The arguments raised by the Board on appeal do not amount to impermissible bootstrapping.

The merits issue concerns whether the appropriate methodology was followed by the Board in its disallowance of $145 million in labour compensation costs sought by OPG. The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less. In order to ensure the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and

soit défendue au fond. Aussi, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Sa participation au pourvoi n'avait rien d'inapproprié en l'espèce.

La question de l'« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif est en droit d'agir comme partie à l'appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la qualité pour agir d'un tribunal c'est décider de ce qu'il peut faire valoir, alors que l'autojustification touche à la teneur des prétentions. Un tribunal s'autojustifie lorsqu'il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire. Un tribunal ne peut défendre sa décision en invoquant un motif qui n'a pas été soulevé dans la décision faisant l'objet du contrôle. Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu'il a tranché les questions dont il était saisi et qu'il a motivé sa décision, à moins qu'il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d'entendre à nouveau l'affaire, un tribunal ne puisse profiter d'un contrôle judiciaire pour modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs. Même s'il est dans l'intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, la cour de révision étant alors saisie des arguments les plus convaincants à l'appui de chacune des thèses, autoriser l'autojustification risque de compromettre l'importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Dans la présente affaire, la Commission n'a pas indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant la Cour. Les arguments qu'elle a invoqués en appel n'équivalent pas à une autojustification inadmissible.

La question de fond est celle de savoir si la Commission a employé une méthode appropriée pour refuser à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération. L'approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu'un service public peut recouvrer rend compte de l'équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l'investissement dans une infrastructure robuste et protéger l'intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l'équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins. Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en

utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. However, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable. It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — but it cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

The issue is whether the Board was bound to use a no-hindsight, presumption of prudence test to determine whether labour compensation costs were just and reasonable. The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. However, there is no support in the statutory scheme for the notion that the Board should be required as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998* to apply the prudence test such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Where a statute requires only that the regulator set "just and reasonable" payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility's proposed payment amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts.

Where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are "forecast" or "committed" may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator's choice of methodology. Here, the labour compensation costs which led to the $145 million disallowance are best understood

capital. Ainsi, le consommateur a l'assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l'assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

La *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* ne prescrit pas la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et du consommateur lorsqu'elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Suivant cette loi, il incombe cependant au service public requérant d'établir que les paiements qu'il demande à la Commission d'approuver sont justes et raisonnables. Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision du service public de faire les dépenses était prudente. La Commission jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'arrêter la méthode à employer dans l'examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu'établit le régime législatif.

La question à trancher est celle de savoir si la Commission était tenue à l'application d'un critère excluant le recul et présumant la prudence pour décider si les dépenses de rémunération du personnel étaient justes et raisonnables. Le critère de l'investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d'apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Toutefois, aucun élément du régime législatif n'appuie l'idée que la Commission devrait être tenue en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, d'appliquer le critère de la prudence de sorte que la seule décision de ne pas l'appliquer pour apprécier des dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Lorsqu'un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* en Ontario — exige seulement qu'il fixe des paiements « justes et raisonnables », l'organisme de réglementation peut avoir recours à divers moyens d'analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements.

Lorsque l'organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue. Dans la présente affaire, il convient mieux de voir dans

as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, the Board was not bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. It is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. Applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost.

In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs and disallowing them. Since the costs at issue are operating costs, there is little danger that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. Further, the costs at issue arise in the context of an ongoing repeat-player relationship between OPG and its employees. Such a context supports the reasonableness of a regulator's decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. There is no dispute that collective agreements are "immutable" between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The Board's decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees. It was not unreasonable

les dépenses de rémunération dont le recouvrement a été refusé à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu'elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux de ses syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu'OPG conservait une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l'attrition projetée de l'effectif. Il est déraisonnable de considérer qu'il s'agit en totalité de dépenses prévues. Cependant, la Commission n'était pas tenue d'appliquer un principe de prudence donné pour apprécier ces dépenses. Il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Présumer la prudence aurait été incompatible avec le fardeau de la preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses.

Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG de ces dépenses et en refusant le recouvrement de celles-ci. Puisque les dépenses en cause sont des dépenses d'exploitation, il est peu probable que le refus essuyé dissuade OPG de faire de telles dépenses à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles dont le recouvrement a été refusé sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Aussi, les dépenses en cause découlent d'une relation continue entre OPG et ses employés. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l'organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu'il juge pertinente aux fins d'établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s'en tenir à une approche excluant le recul. Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de

for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into one category or the other.

The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance. Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

Per Abella J. (dissenting): The Board's decision was unreasonable because the Board failed to apply the methodology set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts. It both ignored the legally binding nature of the collective agreements between Ontario Power Generation and the unions and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible.

The Board stated in its reasons that it would use two kinds of review in order to determine just and reasonable payment amounts. As to "forecast costs", that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided, the Board explained that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus would be on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable. A different approach, however, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it would evaluate these costs using a "prudence review". The application of a prudence review does not shield

rémunération d'un service public. La Commission n'entend aucunement, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés syndiqués. Il n'était pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre de ces catégories.

Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il visait à signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance. L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

La juge Abella (dissidente) : La Commission a rendu une décision déraisonnable en ce qu'elle n'a pas appliqué la méthode qu'elle avait elle-même établie pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables. Elle a à la fois méconnu le caractère contraignant en droit des conventions collectives liant Ontario Power Generation et les syndicats et omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles.

Dans ses motifs, la Commission a dit recourir à deux examens pour arrêter le montant de paiements justes et raisonnables. En ce qui concerne les « dépenses prévues », soit celles à l'égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu'il peut toujours réduire ou éviter, la Commission a expliqué qu'elle examinait ces dépenses au regard d'une vaste gamme d'éléments de preuve et qu'il incombait au service public d'en démontrer le caractère raisonnable. Cependant, une démarche différente était suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission a expliqué

these costs from scrutiny, but it does include a presumption that the costs were prudently incurred.

Rather than apply the methodology it set out for itself, however, the Board assessed *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which there is no opportunity for the company to take action to reduce. The Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments. The agreements therefore did not just leave the utility with limited flexibility regarding overall compensation or staffing levels, they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

The Board, however, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of all its compensation costs and concluded that it had failed to provide compelling evidence or documentation or analysis to justify compensation levels. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had no opportunity to reduce, it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility's commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast

qu'elle appréciait ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence ». L'application du principe de la prudence ne soustrait pas ces dépenses à tout examen, mais elle présume que les dépenses ont été faites de manière prudente.

Toutefois, au lieu d'appliquer la méthode qu'elle avait elle-même établie, la Commission a considéré *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables sans se demander s'il s'agissait en partie de dépenses pour lesquelles la société ne pouvait prendre de mesures de réduction. Par son omission d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission a méconnu à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire. Ces conventions ne laissaient pas seulement au service public peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, elles rendaient *illégale* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

Or, en appliquant la méthode qu'elle avait dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission a en fait obligé Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de toutes ses dépenses de rémunération et a conclu que l'entreprise n'avait présenté ni preuve convaincante, ni documents ou analyses qui justifiaient les barèmes de rémunération. Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle avait dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

Il se peut fort bien qu'Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d'attrition ou grâce à d'autres mécanismes qui ne vont pas à l'encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent

costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board's decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation's compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility's discretion. Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect.

Selecting a test which is more likely to confirm the Board's assumption that collectively-bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes the appearance of an ideologically-driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not. While the Board has wide discretion to fix payment amounts that are just and reasonable and, subject to certain limitations, to establish the methodology used to determine such amounts, once the Board establishes a methodology, it is, at the very least, required to faithfully apply it.

Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be unable to know how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was unreasonable.

donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission n'a toutefois tiré aucune conclusion de fait sur l'étendue d'une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n'indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d'Ontario Power Generation étaient fixes et dans quelle proportion elles demeuraient assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu'Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l'absence de toute preuve en ce sens.

En choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l'hypothèse de la Commission selon laquelle les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se méprend sur l'objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l'on *suppose* constituer des dépenses excessives revient à substituer ce qui a l'apparence d'une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d'une méthode d'analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas. Même si la Commission jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont justes et raisonnables et, à l'intérieur de certaines limites, de définir la méthode utilisée pour établir le montant de ces paiements, dès lors qu'elle a établi une telle méthode, elle doit à tout le moins l'appliquer avec constance.

En l'absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation ne peut savoir comment déterminer les dépenses et les investissements à faire et de quelle manière les soumettre à l'examen de la Commission. Passer sporadiquement d'une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l'on prétend appliquer crée de l'incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu'il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s'y ajuster. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

The appeal should accordingly be dismissed, the Board's decision set aside, and the matter remitted to the Board for reconsideration.

Cases Cited

By Rothstein J.

Considered: *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; **referred to:** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (online: http://www.ontarioenergyboard.ca/); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3; *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R.

Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire à la Commission pour réexamen.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts examinés : *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (en ligne : http://www.ontarioenergyboard.ca/); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2e) 93; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960]

837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

By Abella J. (dissenting)

Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 56, 69.
Nuclear Safety and Control Act, S.C. 1997, c. 9.
Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, ss. 1, 33(3), 78.1.
Payments Under Section 78.1 of the Act, O. Reg. 53/05, ss. 3, 6.
Public Utilities Act, R.S.B.C. 1948, c. 277 [rep. 1973, c. 29, s. 187], s. 16(1)(*b*).

Authors Cited

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16. Columbus, Ohio: National Regulatory Research Institute, April 1985.
Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (online: http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf).
Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law: Electricity*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
Falzon, Frank A. V. "Tribunal Standing on Judicial Review" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.
Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616.

R.C.S. 837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149.

Lois et règlements cités

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 56, 69.
Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 1, 33(3), 78.1.
Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires, L.C. 1997, c. 9.
Payments Under Section 78.1 of the Act, O. Reg. 53/05, art. 3, 6.
Public Utilities Act, R.S.B.C. 1948, c. 277 [abr. 1973, c. 29, art. 187], art. 16(1)(*b*).

Doctrine et autres documents cités

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, Columbus (Ohio), National Regulatory Research Institute, April 1985.
Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (en ligne : http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf).
Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law : Electricity*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.
Falzon, Frank A. V. « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21.
Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616.

Kahn, Jonathan. "Keep *Hope* Alive: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs" (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. "Administrative Law and Energy Regulation", in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 35.

Ontario. Office of the Auditor General of Ontario. *2011 Annual Report*. Toronto: Queen's Printer, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 519.

Semple, Noel. "The Case for Tribunal Standing in Canada" (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Blair JJ.A.), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), setting aside a decision of the Divisional Court (Aitken, Swinton and Hoy JJ.), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), and setting aside a decision of the Ontario Energy Board, EB-2010-0008, March 10, 2011 (online: http://www.ontarioenergyboard.ca/), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Glenn Zacher, *Patrick Duffy* and *James Wilson*, for the appellant.

John B. Laskin, *Crawford Smith*, *Myriam Seers* and *Carlton Mathias*, for the respondent Ontario Power Generation Inc.

Richard P. Stephenson and *Emily Lawrence*, for the respondent the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000.

Paul J. J. Cavalluzzo and *Amanda Darrach*, for the respondent the Society of Energy Professionals.

Mark Rubenstein, for the intervener.

Kahn, Jonathan. « Keep *Hope* Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. « Administrative Law and Energy Regulation », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 35.

Ontario. Bureau du vérificateur général de l'Ontario. *Rapport annuel 2011*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 519.

Semple, Noel. « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Blair), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges Aitken, Swinton et Hoy), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), et une décision de la Commission de l'énergie de l'Ontario, EB-2010-0008, 10 mars 2011 (en ligne : http://www.ontarioenergyboard.ca/), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Glenn Zacher, *Patrick Duffy* et *James Wilson*, pour l'appelante.

John B. Laskin, *Crawford Smith*, *Myriam Seers* et *Carlton Mathias*, pour l'intimée Ontario Power Generation Inc.

Richard P. Stephenson et *Emily Lawrence*, pour l'intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000.

Paul J. J. Cavalluzzo et *Amanda Darrach*, pour l'intimée Society of Energy Professionals.

Mark Rubenstein, pour l'intervenante.

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

[1] ROTHSTEIN J. — In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board ("Board") for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. This case concerns the decision of the Board to disallow certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation Inc. ("OPG") as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed $145 million in labour compensation costs related to OPG's nuclear operations on the grounds that OPG's labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry.

[2] OPG appealed the Board's decision to the Ontario Divisional Court. A majority of the court dismissed the appeal and upheld the decision of the Board. OPG then appealed that decision to the Ontario Court of Appeal, which set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons. The Board now appeals to this Court.

[3] OPG asserts that the Board's decision to disallow these labour compensation costs was unreasonable. The crux of OPG's argument is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG's decisions to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. Because the Board did not employ this prudence

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — En Ontario, la tarification d'un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l'énergie de l'Ontario (« Commission ») l'approbation des dépenses qu'il a faites ou qu'il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que l'entreprise touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. Le présent pourvoi vise la décision de la Commission de refuser certains paiements à Ontario Power Generation Inc. (« OPG ») par suite de sa demande d'approbation de tarifs pour la période 2011-2012. Plus particulièrement, la Commission a refusé d'approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération du personnel affecté aux installations nucléaires au motif que le coût de la main-d'œuvre d'OPG était en rupture avec celui d'organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d'énergie.

[2] OPG en a appelé devant la Cour divisionnaire de l'Ontario, dont les juges majoritaires ont rejeté l'appel et confirmé la décision de la Commission. OPG s'est alors adressée à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu'elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs. La Commission interjette aujourd'hui appel devant notre Cour.

[3] OPG soutient que le refus de la Commission d'approuver ces dépenses de rémunération de ses employés est déraisonnable. Sa thèse veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l'indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu'elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu'une présomption de prudence

methodology, OPG argues that its decision was unreasonable.

[4] The Board argues that a particular "prudence test" methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not "committed" nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

[5] OPG also raises concerns regarding the Board's role in acting as a party on appeal from its own decision. OPG argues that in this case, the Board's aggressive and adversarial defence of its original decision was improper, and that the Board attempted to use the appeal to "bootstrap" its original decision by making additional arguments on appeal.

[6] The Board asserts that the scope of its authority to argue on appeal was settled when it was granted full party rights in connection with the granting of leave by this Court. Alternatively, the Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decisions on appeal.

[7] In my opinion, the labour compensation costs which led to the $145 million disallowance are best understood as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, I do not agree with OPG that the Board was bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. The *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, and associated regulations give the Board broad latitude to determine the methodology it uses in assessing utility

doit s'appliquer à son bénéfice. La Commission n'ayant pas eu recours à pareille méthode pour se prononcer sur la prudence d'OPG, sa décision serait déraisonnable.

[4] La Commission rétorque que la loi ne l'oblige pas à employer quelque méthode pour appliquer le « principe de la prudence » et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l'espèce n'étaient pas des dépenses « convenues », mais bien des dépenses prévues.

[5] OPG déplore par ailleurs que la Commission soit partie à l'appel de sa propre décision. Selon elle, la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n'était pas justifiée, et la Commission tente de se servir de l'appel pour « s'auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l'appui de sa décision initiale.

[6] La Commission fait valoir que la Cour a circonscrit la faculté qu'elle avait de plaider en appel lorsqu'elle lui a reconnu tous les droits d'une partie au moment d'autoriser le pourvoi. Subsidiairement, elle soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu'il est nécessaire et important qu'elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

[7] Il convient mieux, à mon sens, de voir dans les dépenses de rémunération qui ont été refusées à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu'elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu'OPG conserve une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l'attrition projetée de l'effectif. Il est déraisonnable de considérer qu'il s'agit en totalité de dépenses prévues. Je ne crois cependant pas, malgré ce qu'affirme OPG, que la Commission était tenue d'appliquer un principe de prudence donné pour apprécier les dépenses. La *Loi de 1998 sur la*

costs, subject to the Board's ultimate duty to ensure that payment amounts it orders be just and reasonable to both the utility and consumers.

[8] In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in disallowing the costs.

[9] Regarding the Board's role on appeal, I do not find that the Board acted improperly in arguing the merits of this case, nor do I find that the arguments raised on appeal amount to impermissible "bootstrapping".

[10] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

I. Regulatory Framework

[11] The *Ontario Energy Board Act, 1998* establishes the Board as a regulatory body with authority to oversee, among other things, electricity generation in the province of Ontario. Section 1 sets out the objectives of the Board in regulating electricity, which include:

1. (1) . . .

1. To protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service.

2. To promote economic efficiency and cost effectiveness in the generation, transmission, distribution, sale and demand management of electricity and to facilitate the maintenance of a financially viable electricity industry.

Accordingly, the Board must ensure that it regulates with an eye to balancing both consumer interests and the efficiency and financial viability of the

Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, et ses règlements connexes accordent à la Commission une grande latitude dans le choix d'une méthode pour apprécier les dépenses d'un service public, sous réserve de l'obligation de faire en sorte que, au final, les paiements qu'elle ordonne soient justes et raisonnables vis-à-vis à la fois du service public et du consommateur.

[8] Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en refusant de les approuver.

[9] En ce qui concerne la participation de la Commission au pourvoi, je ne crois pas qu'il soit inapproprié qu'elle défende la justesse de sa décision, ni que les arguments qu'elle invoque en appel équivalent à une « autojustification » inadmissible.

[10] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Commission.

I. Cadre réglementaire

[11] La *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* fait de la Commission un organisme de réglementation investi du pouvoir de surveiller, entre autres choses, la production d'électricité en Ontario. Son article premier énonce les objectifs de la Commission dans la réglementation de l'électricité, dont les suivants :

1. (1) . . .

1. Protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité.

2. Promouvoir l'efficacité économique et la rentabilité dans les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la vente d'électricité ainsi que de la gestion de la demande d'électricité et faciliter le maintien d'une industrie de l'électricité financièrement viable.

La Commission doit donc s'acquitter de sa fonction de réglementation dans le souci d'établir un équilibre entre l'intérêt du consommateur, d'une part,

electricity industry. The Board's role has also been described as that of a "market proxy": 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, at para. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, at para. 38. In this sense, the Board's role is to emulate as best as possible the forces to which a utility would be subject in a competitive landscape: *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, at para. 48.

[12] One of the Board's most powerful tools to achieve its objectives is its authority to fix the amount of payments utilities receive in exchange for the provision of service. Section 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* provides in relevant part:

> (5) The Board may fix such other payment amounts as it finds to be just and reasonable,
>
> (a) on an application for an order under this section, if the Board is not satisfied that the amount applied for is just and reasonable; . . .

[13] Section 78.1(6) provides: ". . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section".

[14] As I read these provisions, the utility applies for payment amounts for a future period (called the "test period"). The Board will accept the payment amounts applied for unless the Board is not satisfied that the amounts are just and reasonable. Where the Board is not satisfied, s. 78.1(5) empowers it to fix other payment amounts which it finds to be just and reasonable.

[15] This Court has had the occasion to consider the meaning of similar statutory language in *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186. In that case, the Court held that "fair and reasonable" rates were those "which, under the circumstances, would be fair to the consumer on

et l'efficacité et la viabilité financière du secteur de l'électricité, d'autre part. On lui attribue aussi un rôle de « substitut du marché » (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, par. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, par. 38). Sa fonction consiste alors à reproduire au mieux les forces auxquelles serait soumis un service public dans un contexte concurrentiel (*Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, par. 48).

[12] L'un des leviers les plus puissants dont dispose la Commission pour atteindre ses objectifs réside dans son pouvoir de fixer le montant des paiements que touche l'entreprise pour la prestation du service. Voici l'extrait pertinent du par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* :

> (5) La Commission peut fixer les autres paiements qu'elle estime justes et raisonnables :
>
> a) dans le cadre d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance prévue au présent article, si elle n'est pas convaincue que le montant du paiement qui fait l'objet de la requête est juste et raisonnable; . . .

[13] Le paragraphe 78.1(6) dispose pour sa part : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du présent article ».

[14] Suivant mon interprétation de ces dispositions, le service public demande des paiements pour une période à venir (appelée « période de référence »). La Commission fait droit à la demande, sauf lorsqu'elle n'est pas convaincue que les paiements demandés sont justes et raisonnables. Lorsqu'elle n'en est pas convaincue, le par. 78.1(5) lui permet de déterminer les paiements qui lui paraissent justes et raisonnables.

[15] Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le sens d'un libellé législatif semblable. Elle a alors statué que la tarification « juste et raisonnable » était celle [TRADUCTION] « qui, dans les circonstances, était juste pour le

the one hand, and which, on the other hand, would secure to the company a fair return for the capital invested" (pp. 192-93).

[16] This means that the utility must, over the long run, be given the opportunity to recover, through the rates it is permitted to charge, its operating and capital costs ("capital costs" in this sense refers to all costs associated with the utility's invested capital). This case is concerned primarily with operating costs. If recovery of operating costs is not permitted, the utility will not earn its cost of capital, which represents the amount investors require by way of a return on their investment in order to justify an investment in the utility. The required return is one that is equivalent to what they could earn from an investment of comparable risk. Over the long run, unless a regulated utility is allowed to earn its cost of capital, further investment will be discouraged and it will be unable to expand its operations or even maintain existing ones. This will harm not only its shareholders, but also its customers: *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

[17] This of course does not mean that the Board must accept every cost that is submitted by the utility, nor does it mean that the rate of return to equity investors is guaranteed. In the short run, return on equity may vary, for example if electricity consumption by the utility's customers is higher or lower than predicted. Similarly, a disallowance of any operating costs to which the utility has committed itself will negatively impact the return to equity investors. I do not intend to enter into a detailed analysis of how the cost of equity capital should be treated by utility regulators, but merely to observe that any disallowance of costs to which a utility has committed itself has an effect on equity investor returns. This effect must be carefully considered in light of the long-run necessity that utilities be able to attract investors and retain earnings in order to survive and operate efficiently and effectively, in accordance with the statutory objectives of the Board in regulating electricity in Ontario.

consommateur, d'une part, et qui permettait à l'entreprise d'obtenir un juste rendement sur les capitaux investis, d'autre part » (p. 192-193).

[16] Dès lors, le service public doit pouvoir à long terme recouvrer, grâce à la tarification approuvée, ses dépenses d'exploitation et ses coûts en capital, ces derniers s'entendant alors de tous les coûts liés aux capitaux investis par le service public. Le pourvoi vise principalement les dépenses d'exploitation. Si leur recouvrement n'est pas autorisé, le service public n'obtient pas l'équivalent du coût du capital, soit le rendement exigé par les investisseurs pour investir dans le service public. Le rendement exigé équivaut à celui qu'ils pourraient réaliser sur un investissement comportant un risque comparable. À long terme, à moins que le service public réglementé ne puisse obtenir l'équivalent du coût du capital, les nouveaux investissements seront découragés et l'entreprise ne pourra accroître ses activités, ni même les poursuivre. Ce sont non seulement ses actionnaires, mais aussi ses clients, qui en souffriront (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149).

[17] Évidemment, la Commission n'est pas tenue pour autant d'accepter toute dépense avancée par le service public, et le rendement obtenu par les actionnaires n'est pas non plus garanti. À court terme, ce rendement peut fluctuer, notamment lorsque la consommation d'électricité est supérieure ou inférieure à celle prévue. De même, le refus d'approuver des dépenses d'exploitation dont le service public a convenu aura un effet défavorable sur le rendement des actions. Je n'entends pas me livrer à une analyse détaillée de la manière dont le coût du capital-actions devrait être considéré par les organismes qui réglementent les services publics, mais seulement faire observer que tout refus d'approuver une dépense dont un service public a convenu a un effet sur le rendement des actions. Cet effet justifie une grande attention au vu de la nécessité qu'un service public attire les investissements à long terme et réinvestisse ses bénéfices afin de survivre et de fonctionner de manière efficace et rentable, conformément aux objectifs légaux de la Commission applicables à la réglementation de l'électricité en Ontario.

[18] As noted above, the burden is on the utility to satisfy the Board that the payment amounts it applies for are just and reasonable. If it fails to do so, the Board may disallow the portion of the application that it finds is not for amounts that are just and reasonable.

[19] Where applied-for operating costs are disallowed, the utility, if it is able to do so, may forego the expenditure of such costs. Where the expenditure cannot be foregone, the shareholders of the utility will have to absorb the reduction in the form of receiving less than their anticipated rate of return on their investment, i.e. the utility's cost of equity capital. In such circumstances it will be the management of the utility that will be responsible in the future for bringing its costs into line with what the Board considers just and reasonable.

[20] In order to ensure that the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

II. Facts

[21] OPG is Ontario's largest energy generator, and is subject to rate regulation by the Board. OPG came into being in 1999 as one of the successor corporations to Ontario Hydro. It operates Board-regulated nuclear and hydroelectric facilities that generate approximately half of Ontario's electricity. Its sole shareholder is the Province of Ontario.

[22] It employs approximately 10,000 people in connection with its regulated facilities, 95 percent of whom work in its nuclear business. Approximately 90 percent of its employees in its regulated

[18] Rappelons qu'il incombe au service public de convaincre la Commission du caractère juste et raisonnable des paiements qu'il sollicite. S'il n'y parvient pas, la Commission peut rejeter la demande en partie à raison du montant qui, selon elle, n'est pas juste et raisonnable.

[19] En cas de refus d'approbation, le service public peut renoncer, si cela lui est possible, aux dépenses d'exploitation en cause. S'il ne peut y renoncer, ses actionnaires absorbent le déficit en touchant un rendement inférieur à celui prévu, c'est-à-dire le coût du capital-actions pour le service public. Il appartient dès lors à la direction de ce dernier de faire en sorte que ses dépenses correspondent à celles que la Commission tient pour justes et raisonnables.

[20] Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en capital. Ainsi, le consommateur a l'assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l'assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

II. Faits

[21] OPG est le plus grand producteur d'énergie de l'Ontario, et sa tarification est réglementée par la Commission. Elle a vu le jour en 1999 et fait partie des entreprises qui ont succédé à Ontario Hydro. Elle exploite des installations nucléaires et hydroélectriques soumises à la réglementation de la Commission qui produisent environ la moitié de l'électricité consommée dans la province. Son unique actionnaire est la province d'Ontario.

[22] Son effectif se compose d'environ 10 000 personnes pour ses activités réglementées, dont 95 p. 100 travaillent dans le secteur nucléaire. Environ 90 p. 100 des employés affectés à ses activités

businesses are unionized, with approximately two thirds of unionized employees represented by the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 ("PWU"), and one third represented by the Society of Energy Professionals ("Society").

[23] Since early in its existence as an independent utility, OPG has been aware of the importance of improving its corporate performance. As part of a general effort to improve its business, OPG undertook efforts to benchmark its nuclear performance against comparable power plants around the world. In a memorandum of agreement ("MOA") with the Province of Ontario dated August 17, 2005, OPG committed to the following:

> OPG will seek continuous improvement in its nuclear generation business and internal services. OPG will benchmark its performance in these areas against CANDU nuclear plants worldwide as well as against the top quartile of private and publicly-owned nuclear electricity generators in North America. OPG's top operational priority will be to improve the operation of its existing nuclear fleet.

(A.R., vol. III, at p. 215)

[24] As part of OPG's first-ever rate application with the Board in 2007, for a test period covering the years 2008 and 2009, OPG sought approval for a $6.4 billion "revenue requirement"; this term refers to "the total revenue that is required by the company to pay all of its allowable expenses and also to recover all costs associated with its invested capital": L. Reid and J. Todd, "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in G. Kaiser and B. Heggie, eds., *Energy Law and Policy* (2011), 519, at p. 521. This constituted an increase of $1 billion over the revenue requirement that it had sought and was granted under the regulatory scheme in place prior to the Board's assumption of regulatory authority over OPG: EB-2007-0905, Decision with Reasons, November 3, 2008 ("Board 2008-2009 Decision") (online), at pp. 5-6.

réglementées sont syndiqués, dont approximativement les deux tiers sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 (« STTSE »), et le tiers par Society of Energy Professionals (« Society »).

[23] Dès ses débuts en tant que service public indépendant, OPG a eu conscience de l'importance d'accroître sa performance d'entreprise. Dans le cadre de mesures générales prises à cette fin, elle a entrepris de comparer le rendement de son secteur nucléaire à celui de centrales comparables dans le monde. Dans un protocole d'accord intervenu avec la province d'Ontario le 17 août 2005, OPG a pris l'engagement suivant :

> [TRADUCTION] OPG visera l'amélioration constante de son secteur nucléaire et de ses services internes. Elle comparera sa performance dans ces domaines à celle de l'exploitation des réacteurs CANDU à travers le monde ainsi qu'à celle des producteurs privés et publics d'électricité d'origine nucléaire appartenant au quartile supérieur en Amérique du Nord. Sa priorité première sera d'améliorer l'exploitation de son parc nucléaire actuel.

(d.a., vol. III, p. 215)

[24] Dans la toute première demande qu'elle a présentée à la Commission en 2007 pour la période de référence 2008-2009, OPG a sollicité l'approbation de « recettes nécessaires » se chiffrant à 6,4 milliards de dollars; ce poste correspond [TRADUCTION] « aux recettes dont l'entreprise a besoin au total pour le paiement de toutes ses dépenses susceptibles d'approbation et, également, pour recouvrer tous les coûts liés aux capitaux investis » (L. Reid et J. Todd, « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », dans G. Kaiser et B. Heggie, dir., *Energy Law and Policy* (2011), 519, p. 521). Il s'agissait d'une majoration d'un milliard de dollars par rapport à ce qu'OPG avait demandé et obtenu en application du régime de réglementation en vigueur avant que la Commission ne soit investie de son pouvoir de réglementation vis-à-vis d'elle (EB-2007-0905, décision motivée, 3 novembre 2008 (« décision 2008-2009 de la Commission ») (en ligne), p. 5-6).

[25] The Board found that OPG was not meeting the nuclear performance expectations of its sole shareholder and that it had done little to conduct benchmarking of its performance against that of its peers, despite its commitment to do so dating back to 2005. Indeed, the only evidence of benchmarking that OPG submitted as part of its rate application was a 2006 report from Navigant Consulting, Inc. ("Navigant Report"), which found that OPG was overstaffed by 12 percent in comparison to its peers. The Board found that OPG had not acted on the recommendations of the Navigant Report and had not commissioned subsequent benchmarking studies to assess its performance (Board 2008-2009 Decision, at pp. 27 and 30). The Board also found that operating costs at OPG's Pickering nuclear facilities were "far above industry averages" (p. 29). The Board thus disallowed $35 million of OPG's proposed revenue requirement and directed OPG to prepare benchmarking studies for use in future applications (p. 31).

[26] In explaining the importance of benchmarking, the Board stated: "The reason why the MOA emphasized benchmarking was because such studies can and do shine a light on inefficiencies and lack of productivity improvement" (Board 2008-2009 Decision, at p. 30).

[27] On May 5, 2010, shortly before OPG was set to file its second rate application, which is the subject of this appeal, the Ontario Minister of Energy and Infrastructure wrote to the President and CEO of OPG to ensure that OPG would demonstrate in its upcoming rate application "concerted efforts to identify cost saving opportunities and focus [its] forthcoming rate application on those items that are essential to the safe and reliable operation of [its] existing assets and projects already under development" (A.R., vol. IV, at p. 38).

[25] La Commission a estimé qu'OPG ne satisfaisait pas aux attentes de son unique actionnaire quant à la performance de son secteur nucléaire et qu'elle avait peu fait pour comparer sa performance à celle de ses pairs, alors qu'elle s'y était engagée dès 2005. De fait, la seule preuve d'une démarche en ce sens présentée par OPG dans le cadre de sa demande d'approbation de tarifs était un rapport établi par Navigant Consulting Inc. en 2006 (« rapport Navigant ») et selon lequel l'effectif d'OPG dépassait de 12 p. 100 celui de ses pairs. La Commission a conclu qu'OPG n'avait pas donné suite aux recommandations du rapport Navigant, ni commandé d'études comparatives ultérieures pour évaluer sa performance (décision 2008-2009 de la Commission, p. 27 et 30). Elle a aussi jugé les coûts d'exploitation d'OPG aux installations nucléaires de Pickering [TRADUCTION] « bien supérieurs à la moyenne du secteur » (p. 29). Elle a donc refusé d'approuver 35 millions de dollars au chapitre des recettes nécessaires et enjoint à OPG de réaliser des études comparatives pour étayer ses demandes ultérieures (p. 31).

[26] Pour expliquer l'importance de la comparaison, la Commission dit ce qui suit : [TRADUCTION] « La raison pour laquelle le protocole d'accord insiste sur la conduite d'une étude comparative est qu'une telle étude peut faire et fait ressortir toute inefficacité ou absence d'accroissement de la productivité » (décision 2008-2009 de la Commission, p. 30).

[27] Le 5 mai 2010, peu avant qu'OPG ne dépose sa deuxième demande d'approbation de tarifs — qui est l'objet du pourvoi —, le ministre de l'Énergie et de l'Infrastructure de l'Ontario a écrit au président-directeur général du service public afin que ce dernier fasse état, dans sa demande, [TRADUCTION] « d'efforts concertés pour trouver des moyens de réaliser des économies et mette l'accent sur les postes de dépense qui sont essentiels à l'exploitation sûre et fiable de ses actifs existants et de ses installations projetées déjà en cours de réalisation » (d.a., vol. IV, p. 38).

[28] On May 26, 2010, OPG filed its payment amounts application for the 2011-2012 test period. As part of its evidence before the Board, OPG submitted two reports by ScottMadden Inc., a general management consulting firm specializing in benchmarking and business planning for nuclear facilities. The Phase 1 report compared OPG's nuclear operational and financial performance against that of external peers using industry performance metrics. The Phase 2 final report discussed performance improvement targets with the intent of improving OPG's nuclear business. OPG collaborated with ScottMadden on the Phase 1 and 2 reports, which were released on July 2, 2009 and September 11, 2009, respectively.

[29] OPG's rate application pertained to a test period beginning on January 1, 2011 and ending on December 31, 2012. OPG sought approval of a $6.9 billion revenue requirement, which represented an increase of 6.2 percent over OPG's then-current revenue based on the preceding year's approved utility rates. Of the $6.9 billion revenue requirement sought by OPG, $2.8 billion pertained to compensation costs, of which approximately $2.4 billion concerned OPG's nuclear business.

[30] A substantial portion of OPG's wage and compensation expenses was fixed by OPG's collective agreements with the unions, PWU and the Society. At the time of its application, OPG was party to a collective agreement with PWU, effective from April 2009 through March 2012, while its collective agreement with the Society expired on December 31, 2010. These collective agreements provided annual wage increases between 2 percent and 3 percent. OPG forecast an additional 1 percent increase for step progressions and promotions of unionized staff. Following the Board's hearing in this case, an interest arbitrator ordered a new collective agreement between OPG and the Society, effective February 3, 2011. This collective agreement provided wage increases that varied between 1 percent and 3 percent.

[28] Le 26 mai 2010, OPG a déposé sa demande de paiements pour la période de référence 2011-2012. Elle a présenté à l'appui deux rapports de ScottMadden Inc., un cabinet-conseil en gestion générale spécialisé dans la comparaison et la planification opérationnelle d'installations nucléaires. Le rapport de la phase 1 compare la performance opérationnelle et financière d'OPG à celle d'autres entreprises à partir de mesures de la performance dans le secteur d'activité. Le rapport final de la phase 2 porte sur les objectifs d'accroissement de la performance dans l'optique d'une amélioration de l'exploitation du secteur nucléaire. OPG a collaboré avec ScottMadden pour l'établissement des rapports des phases 1 et 2, qui ont respectivement été publiés les 2 juillet et 11 septembre 2009.

[29] La demande visait la période allant du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2012. OPG y demandait l'approbation de recettes nécessaires de 6,9 milliards de dollars, soit une augmentation de 6,2 p. 100 par rapport aux recettes d'alors compte tenu des tarifs approuvés pour la période précédente. Des 6,9 milliards de dollars sollicités au titre des recettes nécessaires, 2,8 milliards auraient été affectés à la rémunération, dont environ 2,4 milliards dans le secteur nucléaire.

[30] Une grande partie des dépenses d'OPG au chapitre des salaires et de la rémunération était déterminée par des conventions collectives intervenues avec les syndicats (STTSE et Society). Lors du dépôt de la demande, OPG était liée par une convention collective conclue avec le STTSE en vigueur d'avril 2009 à mars 2012, alors que la convention collective qui la liait à Society avait expiré le 31 décembre 2010. Ces conventions collectives prévoyaient des augmentations annuelles de salaires se situant entre 2 et 3 p. 100, auxquelles s'ajoutait 1 p. 100 pour les changements d'échelon et l'avancement. Après l'audition de la demande par la Commission dans la présente affaire, un arbitre a ordonné l'application d'une nouvelle convention collective liant OPG et Society à compter du 3 février 2011. La convention collective prévoyait des augmentations de salaires de 1 à 3 p. 100.

III. Judicial History

A. *Ontario Energy Board: 2011 LNONOEB 57 (QL) ("Board Decision")*

[31] In its decision concerning OPG's rate application for the 2011-2012 test period, the Board stated that it enjoyed broad discretion pursuant to Ontario Regulation 53/05 (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) and s. 78.1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* to "adopt the mechanisms it judges appropriate in setting just and reasonable rates" (para. 73). The Board recognized that different tests could apply depending on whether its analysis concerned the recovery of forecast costs or an after-the-fact review of costs already incurred. In this rate application, it was appropriate to take into consideration all evidence that the Board deemed relevant to assess the reasonableness of OPG's revenue requirement.

[32] The Board rejected OPG's proposed revenue requirement of $6.9 billion, reducing it by $145 million over the test period "to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance" (para. 350). Key to its disallowance was the Board's finding that OPG was overstaffed and that its compensation levels were excessive.

[33] Regarding the number of staff, the Board pointed out that a benchmarking study commissioned by OPG itself, the ScottMadden Phase 2 final report, suggested that certain staff positions could be reduced or eliminated altogether. The Board suggested that OPG could review its organizational structure and reassign or eliminate positions in the coming years, as 20 percent to 25 percent of its staff were set to retire between 2010 and 2014 and it was possible to make greater use of external contractors. Regarding compensation, the Board found that OPG had not submitted compelling evidence justifying the benchmarking of its salaries of non-management employees to the 75th percentile of a survey of

III. Historique judiciaire

A. *Commission de l'énergie de l'Ontario (2011 LNONOEB 57 (QL) (« décision de la Commission »))*

[31] Dans sa décision relative à la demande d'approbation de tarifs d'OPG pour la période de référence 2011-2012, la Commission dit que le règlement 53/05 de l'Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 ») et l'art. 78.1 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* lui confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire quant [TRADUCTION] « au choix d'une méthode indiquée pour fixer des tarifs justes et raisonnables » (para. 73). Elle reconnaît que différents principes peuvent s'appliquer selon qu'il s'agit du recouvrement de dépenses prévues ou de l'examen après coup de dépenses déjà faites. Pour statuer sur la demande dont elle était saisie, il convenait de tenir compte de tout élément de preuve que la Commission jugeait pertinent pour apprécier le caractère raisonnable des recettes nécessaires d'OPG.

[32] La Commission refuse d'approuver les 6,9 milliards de dollars demandés par OPG au titre des recettes nécessaires, les réduisant de 145 millions de dollars pour la période référence [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance » (par. 350). Cette décision défavorable tient surtout à l'opinion de la Commission selon laquelle OPG compte trop d'employés et ses niveaux de rémunération sont excessifs.

[33] Au sujet de la taille de l'effectif, la Commission relève que, selon une étude comparative qu'OPG a elle-même commandée (le rapport final de la phase 2 de ScottMadden), la dotation de certains postes peut être réduite, voire supprimée. Elle recommande à OPG de revoir sa structure organisationnelle et de réaffecter du personnel ou de supprimer des postes au cours des années suivantes. Vingt à vingt-cinq pour cent du personnel d'OPG devait en effet partir à la retraite entre 2010 et 2014 et il était possible de recourir davantage à la sous-traitance. Au chapitre de la rémunération, elle estime qu'OPG n'a pas présenté d'éléments convaincants pour justifier que les salaires de son personnel opérationnel

industry salaries conducted by Towers Perrin. Instead, the Board considered the proper benchmark to be the 50th percentile, the same percentile against which OPG benchmarks management compensation. In determining the appropriate disallowance, the Board acknowledged that OPG may not have been able to achieve the full $145 million in savings for the test period through the reduction of compensation levels alone because of its collective agreements with the unions.

B. *Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court: 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576*

[34] OPG appealed the Board Decision on the basis that it was unreasonable and that the reasons provided were inadequate. OPG argued that the Board should have conducted a prudent investment test — that is, it should have restricted its review of compensation costs to a consideration of whether the collective agreements that prescribed the compensation costs were prudent at the time they were entered into. OPG also argued that the Board should have presumed that the costs were prudent.

[35] The panel of three Divisional Court judges was split. Justice Hoy (as she then was), for the majority, found the Board Decision reasonable because management had the ability to reduce total compensation costs in the future within the framework of the collective agreement. Applying a strict prudent investment test would not permit the Board to fulfill its statutory objective of promoting cost effectiveness in the generation of electricity. It was particularly important for the Board to exercise its authority to set just and reasonable rates given the "double monopoly" dynamic at play:

> The collective agreements were concluded between a regulated monopoly, which passes costs on to consumers, not a competitive enterprise, and two unions which account for approximately 90 per cent of the employees and amount to a near, second monopoly, based on terms

se situent au 75e percentile des salaires versés dans le secteur selon une étude de Towers Perrin. Selon la Commission, ils devraient se situer au 50e percentile, soit le même que pour le personnel de direction. Pour décider de la réduction qui s'impose, elle reconnaît qu'OPG pourrait ne pas être en mesure, pendant la période de référence, de réaliser des économies de 145 millions de dollars par la réduction de sa seule masse salariale à cause des conventions collectives en vigueur.

B. *Cour supérieure de Justice de l'Ontario, Cour divisionnaire (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576)*

[34] OPG a fait appel de la décision au motif que celle-ci était déraisonnable et mal motivée. Elle a soutenu que la Commission aurait dû appliquer le principe de l'investissement prudent, c'est-à-dire que, dans son examen des dépenses de rémunération, elle aurait dû seulement s'interroger sur la prudence de conclure, à l'époque, les conventions collectives qui commandaient ces dépenses. Elle a ajouté que la Commission aurait dû présumer que les dépenses étaient prudentes.

[35] La décision de la formation de trois juges de la Cour divisionnaire est partagée. Au nom des juges majoritaires, la juge Hoy (aujourd'hui Juge en chef adjointe de l'Ontario) conclut que la décision de la Commission est raisonnable, car il était possible à la direction d'OPG de réduire ultérieurement ses dépenses globales de rémunération dans le respect des conventions collectives. L'application stricte du principe de l'investissement prudent n'aurait pas permis à la Commission d'atteindre son objectif, d'origine législative, de favoriser la rentabilité de la production d'électricité. Vu la présence de « deux monopoles », il importait particulièrement que la Commission exerce son pouvoir de fixer des tarifs justes et raisonnables :

> [TRADUCTION] Les conventions collectives sont intervenues entre un monopole réglementé qui refile ses coûts au consommateur et qui n'est pas soumis à la concurrence, et deux syndicats qui représentent environ 90 p. 100 des salariés et qui constituent presque un second monopole

inherited from Ontario Hydro and in face of the reality that running a nuclear operation without the employees would be extremely difficult. [para. 54]

[36] Justice Aitken dissented, finding that,

to the extent that [nuclear compensation] costs were predetermined, in the sense that they were locked in as a result of collective agreements entered prior to the date of the application and the test period, OPG only had to prove their prudence or reasonableness based on the circumstances that were known or that reasonably could have been anticipated at the time the decision to enter those collective agreements was made. [para. 83]

She would have held that the Board's failure to undertake a separate and explicit prudence review for the committed portion of nuclear compensation costs, coupled with its consideration of hindsight factors in assessing the reasonableness of these costs, rendered the Board Decision unreasonable.

C. *Ontario Court of Appeal: 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793*

[37] The Ontario Court of Appeal reversed the Divisional Court's decision and remitted the case to the Board. The court drew a distinction between forecast costs and committed costs, with committed costs being those that the utility "is committed to pay in [the test period]" and that "cannot be managed or reduced by the utility in that time frame, usually because of contractual obligations" (para. 29). Although costs may not require actual payment until the future, as in this case, costs that have been "contractually incurred to be paid over the time frame are nonetheless committed even though they have not yet been paid" (para. 29). When reviewing such costs, the court held that the Board must undertake a prudence review as described in *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (paras. 15-16). By failing to follow this jurisprudence and by requiring that OPG "manage costs that, by law, it cannot manage", the Board acted unreasonably (para. 37).

étant donné les conditions héritées d'Ontario Hydro et le fait qu'il serait extrêmement difficile d'exploiter des installations nucléaires sans les salariés. [par. 54]

[36] Dissidente, la juge Aitken opine que,

[TRADUCTION] dans la mesure où les coûts [de rémunération des employés du secteur nucléaire] étaient déterminés à l'avance, c'est-à-dire qu'ils étaient arrêtés par des conventions collectives conclues avant la demande et la période de référence, OPG devait seulement prouver la prudence ou le caractère raisonnable de la décision de conclure ces conventions au vu des circonstances connues ou qui auraient pu raisonnablement être prévues au moment de prendre la décision. [par. 83]

Elle aurait statué que l'omission de la Commission d'appliquer séparément et expressément le principe de la prudence à la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont elle avait convenu, jumelée à son appréciation avec le recul du caractère raisonnable de ces dépenses, a rendu la décision de la Commission déraisonnable.

C. *Cour d'appel de l'Ontario (2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793)*

[37] La Cour d'appel de l'Ontario infirme le jugement de la Cour divisionnaire et renvoie le dossier à la Commission. Elle établit une distinction entre les dépenses prévues et les dépenses convenues, ces dernières correspondant à celles que le service public [TRADUCTION] « a convenu d'acquitter pendant [la période de référence] » et qu'il « ne peut modifier ou réduire pendant cette période, généralement à cause d'obligations contractuelles » (par. 29). Même si les dépenses n'ont pas à être acquittées dans l'immédiat, comme en l'espèce, celles qui, « par contrat, doivent être acquittées pendant la période de référence constituent néanmoins des dépenses convenues, même si elles n'ont pas encore été acquittées » (par. 29). La Cour d'appel statue que la Commission doit, dans son examen de ces dépenses, appliquer le principe de la prudence énoncé dans *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (par. 15-16). En ne respectant pas ce précédent et en obligeant OPG à « modifier des dépenses qu'elle ne peut juridiquement modifier », la Commission a agi déraisonnablement (par. 37).

IV. Issues

[38] The Board raises two issues on appeal:

1. What is the appropriate standard of review?

2. Was the Board's decision to disallow $145 million of OPG's revenue requirement reasonable?

[39] Before this Court, OPG has argued that the Board stepped beyond the appropriate role of a tribunal in an appeal from its own decision, which raises the following additional issue:

3. Did the Board act impermissibly in pursuing its appeal in this case?

V. Analysis

[40] It is logical to begin by considering the appropriateness of the Board's participation in the appeal. I will next consider the appropriate standard of review, and then the merits issue of whether the Board's decision in this case was reasonable.

A. *The Appropriate Role of the Board in This Appeal*

(1) Tribunal Standing

[41] In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 ("*Northwestern Utilities*"), per Estey J., this Court first discussed how an administrative decision-maker's participation in the appeal or review of its own decisions may give rise to concerns over tribunal impartiality. Estey J. noted that "active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and

IV. Questions en litige

[38] La Commission soulève deux questions dans le cadre du pourvoi :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?

2. Sa décision de retrancher 145 millions de dollars des recettes nécessaires d'OPG est-elle raisonnable?

[39] Devant notre Cour, OPG fait valoir que la Commission outrepasse le rôle qui sied à un tribunal administratif dans le cadre d'un appel de sa propre décision, ce qui soulève la question supplémentaire suivante :

3. La Commission a-t-elle agi de manière inacceptable en se pourvoyant en tant que partie à l'appel en l'espèce?

V. Analyse

[40] Il convient en toute logique d'examiner d'abord le caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. J'examinerai ensuite la norme de contrôle applicable, puis la question de fond de savoir si la décision de la Commission est raisonnable.

A. *Le rôle qui sied à la Commission dans le cadre du pourvoi*

(1) La qualité pour agir d'un tribunal administratif

[41] Dans *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (« *Northwestern Utilities* »), sous la plume du juge Estey, notre Cour se demande pour la première fois en quoi la participation d'un décideur administratif à l'appel ou au contrôle de sa propre décision peut soulever des doutes sur son impartialité. Pour reprendre les propos du juge Estey, « [u]ne participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures

issues or the same parties" (p. 709). He further observed that tribunals already receive an opportunity to make their views clear in their original decisions: ". . . it abuses one's notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court" (p. 709).

[42] The Court in *Northwestern Utilities* ultimately held that the Alberta Public Utilities Board — which, like the Ontario Energy Board, had a statutory right to be heard on judicial appeal (see *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 33(3)) — was limited in the scope of the submissions it could make. Specifically, Estey J. observed that

> [i]t has been the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction. [p. 709]

[43] This Court further considered the issue of agency standing in *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, which involved judicial review of a British Columbia Labour Relations Board decision. Though a majority of the judges hearing the case did not endorse a particular approach to the issue, La Forest J., Dickson C.J. concurring, accepted that a tribunal had standing to explain the record and advance its view of the appropriate standard of review and, additionally, to argue that its decision was reasonable.

[44] This finding was supported by the need to make sure the Court's decision on review of the tribunal's decision was fully informed. La Forest J. cited *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), at p. 153, for the proposition that the tribunal is the party best equipped to draw the Court's attention to

concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties » (p. 709). Il ajoute que le tribunal administratif avait déjà le loisir de s'expliquer clairement dans sa décision initiale et « [qu'il] enfreint de façon inacceptable la réserve dont [il doit] faire preuve lorsqu'[il] particip[e] aux procédures comme partie à part entière » (p. 709).

[42] Dans *Northwestern Utilities*, notre Cour statue finalement que la portée des observations que pouvait présenter l'Alberta Public Utilities Board — qui, à l'instar de la Commission de l'énergie de l'Ontario, jouissait légalement du droit d'être entendue en appel devant une cour de justice (voir la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, par. 33(3)) — était limitée. Le juge Estey fait remarquer ce qui suit :

> Cette Cour, à cet égard, a toujours voulu limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d'explications sur le dossier dont il était saisi et d'observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître. [p. 709]

[43] Dans *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, qui porte sur le contrôle judiciaire d'une décision de la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, notre Cour approfondit la question de la qualité pour agir d'un organisme administratif. Même si les juges majoritaires qui ont entendu le pourvoi n'adoptent pas d'approche particulière pour se prononcer, le juge La Forest, avec l'appui du juge en chef Dickson, reconnaît qu'un tribunal administratif a qualité non seulement pour expliquer le dossier et faire valoir son point de vue sur la norme de contrôle applicable, mais aussi pour soutenir que sa décision est raisonnable.

[44] Cette conclusion repose sur la nécessité de faire en sorte que la cour de révision rende un jugement parfaitement éclairé sur la décision du tribunal administratif. Le juge La Forest invoque l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), p. 153, pour avancer que le tribunal administratif est le mieux placé pour attirer l'attention de la cour

those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area.

(*Paccar*, at p. 1016)

La Forest J. found, however, that the tribunal could not go so far as to argue that its decision was correct (p. 1017). Though La Forest J. did not command a majority, L'Heureux-Dubé J. also commented on tribunal standing in her dissent, and agreed with the substance of La Forest J.'s analysis (p. 1026).

[45] Trial and appellate courts have struggled to reconcile this Court's statements in *Northwestern Utilities* and *Paccar*. Indeed, while this Court has never expressly overturned *Northwestern Utilities*, on some occasions, it has permitted tribunals to participate as full parties without comment: see, e.g., *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; see also *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) ("*Goodis*"), at para. 24.

[46] A number of appellate decisions have grappled with this issue and "for the most part now display a more relaxed attitude in allowing tribunals to participate in judicial review proceedings or statutory appeals in which their decisions were subject to attack": D. Mullan, "Administrative Law and Energy Regulation", in G. Kaiser and B. Heggie, 35, at p. 51. A review of three appellate decisions suffices to establish the rationale behind this shift.

[47] In *Goodis*, the Children's Lawyer urged the court to refuse or limit the standing of the Information and Privacy Commissioner, whose decision

sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu'un qui n'est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé.

(*Paccar*, p. 1016)

Toutefois, le juge La Forest conclut que le tribunal administratif ne peut aller jusqu'à défendre le bien-fondé de sa décision (p. 1017). Sa thèse ne convainc pas une majorité de ses collègues, mais la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, qui se prononce elle aussi sur la qualité pour agir du tribunal administratif, souscrit à son analyse sur le fond (p. 1026).

[45] Juridictions de première instance et d'appel ont tenté tant bien que mal de concilier les opinions exprimées par les juges de la Cour dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar*. De fait, même si notre Cour n'est jamais expressément revenue sur *Northwestern Utilities*, elle a parfois autorisé un tribunal administratif à participer à l'instance à titre de partie à part entière sans expliquer sa décision (voir p. ex. *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; voir également *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) (« *Goodis* »), par. 24).

[46] Dans un certain nombre de décisions, les cours d'appel se sont attaquées à la question et, [TRADUCTION] « pour la plupart, elles sont désormais plus enclines à autoriser un tribunal administratif à participer au contrôle judiciaire ou à l'appel, prévu par la loi, de sa propre décision » (D. Mullan, « Administrative Law and Energy Regulation », dans G. Kaiser et B. Heggie, 35, p. 51). Le survol de trois arrêts de juridictions d'appel suffit à établir la raison d'être de ce revirement.

[47] Dans *Goodis*, le Bureau de l'avocate des enfants demandait à la cour de ne pas reconnaître ou de restreindre la qualité pour agir du Commissaire

was under review. The Ontario Court of Appeal declined to apply any formal, fixed rule that would limit the tribunal to certain categories of submissions and instead adopted a contextual, discretionary approach: *Goodis*, at paras. 32-34. The court found no principled basis for the categorical approach, and observed that such an approach may lead to undesirable consequences:

> For example, a categorical rule denying standing if the attack asserts a denial of natural justice could deprive the court of vital submissions if the attack is based on alleged deficiencies in the structure or operation of the tribunal, since these are submissions that the tribunal is uniquely placed to make. Similarly, a rule that would permit a tribunal standing to defend its decision against the standard of reasonableness but not against one of correctness, would allow unnecessary and prevent useful argument. Because the best argument that a decision is reasonable may be that it is correct, a rule based on this distinction seems tenuously founded at best as Robertson J.A. said in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, [2002] N.B.J. No. 114, 249 N.B.R. (2d) 93 (C.A.), at para. 32.
>
> (*Goodis*, at para. 34)

[48] The court held that *Northwestern Utilities* and *Paccar* should be read as the source of "fundamental considerations" that should guide the court's exercise of discretion in the context of the case: *Goodis*, at para. 35. The two most important considerations, drawn from those cases, were the "importance of having a fully informed adjudication of the issues before the court" (para. 37), and "the importance of maintaining tribunal impartiality": para. 38. The court should limit tribunal participation if it will undermine future confidence in its objectivity. The court identified a list of factors, discussed further below, that may aid in determining whether and

à l'information et à la protection de la vie privée dont la décision faisait l'objet d'une demande de contrôle. La Cour d'appel de l'Ontario a refusé de se montrer formaliste et d'appliquer une règle fixe qui aurait obligé le tribunal administratif à s'en tenir à des observations d'un certain type et elle a adopté plutôt une approche contextuelle et discrétionnaire (*Goodis*, par. 32-34). Elle a conclu que l'approche catégorique n'avait pas de fondement rationnel et a fait remarquer qu'une telle approche pouvait avoir des conséquences fâcheuses :

> [TRADUCTION] Par exemple, la règle catégorique qui refuse au tribunal administratif la qualité pour agir lorsque la contestation allègue le déni de justice naturelle peut priver la cour d'observations capitales lorsque la contestation se fonde des défaillances alléguées de la structure ou du fonctionnement du tribunal administratif, car ce sont des sujets sur lesquels ce dernier est particulièrement bien placé pour formuler des observations. De même, la règle qui reconnaît à un tribunal administratif la qualité pour défendre sa décision au regard du critère de la raisonnabilité, mais non du critère de la décision correcte, permet le débat inutile et empêche le débat utile. Parce que le meilleur moyen d'établir la raisonnabilité d'une décision peut être de démontrer qu'elle est correcte, une règle fondée sur cette distinction semble au mieux ténue, comme l'affirme le juge Robertson dans *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, [2002] A.N.-B. n° 114, 249 R.N.-B. (2e) 93 (C.A.), par. 32.
>
> (*Goodis*, par. 34)

[48] La Cour d'appel statue qu'il faut voir dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar* la source de [TRADUCTION] « considérations fondamentales » qui doivent guider l'exercice de son pouvoir discrétionnaire eu égard au contexte de l'affaire (*Goodis*, par. 35). Les deux considérations les plus importantes, selon ces arrêts, sont « la nécessité de faire en sorte que la cour rende une décision parfaitement éclairée sur les questions en litige » (par. 37) et « celle d'assurer l'impartialité du tribunal administratif » (par. 38). La cour doit limiter la participation du tribunal administratif lorsque cette participation est de nature à miner la confiance

to what extent the tribunal should be permitted to make submissions: paras. 36-38.

[49] In *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, Stratas J.A. identified two common law restrictions that, in his view, restricted the scope of a tribunal's participation on appeal from its own decision: finality and impartiality. Finality, the principle whereby a tribunal may not speak on a matter again once it has decided upon it and provided reasons for its decision, is discussed in greater detail below, as it is more directly related to concerns surrounding "bootstrapping" rather than agency standing itself.

[50] The principle of impartiality is implicated by tribunal argument on appeal, because decisions may in some cases be remitted to the tribunal for further consideration. Stratas J.A. found that "[s]ubmissions by the tribunal in a judicial review proceeding that descend too far, too intensely, or too aggressively into the merits of the matter before the tribunal may disable the tribunal from conducting an impartial redetermination of the merits later": *Quadrini*, at para. 16. However, he ultimately found that these principles did not mandate "hard and fast rules", and endorsed the discretionary approach set out by the Ontario Court of Appeal in *Goodis*: *Quadrini*, at paras. 19-20.

[51] A third example of recent judicial consideration of this issue may be found in *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110. In this case, Leon's Furniture challenged the Commissioner's standing to make submissions on the merits of the appeal (para. 16). The Alberta Court of Appeal, too, adopted the position that the law should respond to the fundamental concerns raised in *Northwestern*

ultérieure des citoyens dans son objectivité. La Cour d'appel énumère les considérations — sur lesquelles je reviendrai — qui jouent dans la décision d'autoriser ou non le tribunal administratif à présenter des observations et dans la détermination de la mesure dans laquelle il lui est permis de le faire, le cas échéant (par. 36-38).

[49] Dans *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, le juge Stratas relève deux considérations qui, en common law, limitent selon lui la participation éventuelle d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision : le caractère définitif et l'impartialité. Le principe du caractère définitif veut qu'un tribunal ne puisse se prononcer de nouveau dans une affaire une fois qu'il a rendu sa décision, motifs à l'appui. J'y reviendrai plus en détail, car j'estime que ce principe se rapporte plus directement à l'« autojustification » de sa décision par le tribunal administratif qu'à sa qualité pour agir comme telle.

[50] Le principe de l'impartialité entre en jeu lorsque le tribunal administratif défend une thèse en appel car, dans certains cas, sa décision peut lui être renvoyée pour réexamen. Le juge Stratas conclut que « [l]es observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire soumise au tribunal administratif risquent d'empêcher celui-ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire » (*Quadrini*, par. 16). Il conclut toutefois au final que les principes applicables n'imposaient pas de « règles absolues », et il souscrit à l'approche discrétionnaire de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Goodis* (*Quadrini*, par. 19-20).

[51] L'arrêt *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110, constitue un troisième exemple récent où une cour de justice est appelée à se pencher sur le sujet. Leon's Furniture a contesté la qualité du commissaire intimé de plaider sur le fond en appel (par. 16). La Cour d'appel de l'Alberta estime elle aussi que le droit applicable doit donner suite aux considérations fondamentales soulevées dans

Utilities but should nonetheless approach the question of tribunal standing with discretion, to be exercised in view of relevant contextual considerations: paras. 28-29.

[52] The considerations set forth by this Court in *Northwestern Utilities* reflect fundamental concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision. However, these concerns should not be read to establish a categorical ban on tribunal participation on appeal. A discretionary approach, as discussed by the courts in *Goodis*, *Leon's Furniture*, and *Quadrini*, provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis: see N. Semple, "The Case for Tribunal Standing in Canada" (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305; L. A. Jacobs and T. S. Kuttner, "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616; F. A. V. Falzon, "Tribunal Standing on Judicial Review" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.

[53] Several considerations argue in favour of a discretionary approach. Notably, because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. For example, a tribunal may be able to explain how one interpretation of a statutory provision might impact other provisions within the regulatory scheme, or the factual and legal realities of the specialized field in which they work. Submissions of this type may be harder for other parties to present.

[54] Some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. Our judicial review processes are designed to function best when both sides of a dispute are argued vigorously before the reviewing court. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court

l'arrêt *Northwestern Utilities*, mais que la question de la qualité pour agir d'un tribunal administratif relève néanmoins d'un pouvoir discrétionnaire qu'il faut exercer eu égard aux éléments contextuels applicables (par. 28-29).

[52] Les considérations énoncées par notre Cour dans *Northwestern Utilities* témoignent de préoccupations fondamentales quant à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision. Or, ces préoccupations ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire préconisée dans *Goodis*, *Leon's Furniture* et *Quadrini* offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes (voir N. Semple, « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305; L. A. Jacobs et T. S. Kuttner, « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can*. 616; F. A. V. Falzon, « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21).

[53] Plusieurs considérations militent en faveur d'une démarche discrétionnaire. En particulier, vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Par exemple, il peut être en mesure d'expliquer en quoi une certaine interprétation de la disposition législative en cause peut avoir une incidence sur d'autres dispositions du régime de réglementation ou sur les réalités factuelles et juridiques de son domaine de spécialisation. Il pourrait être plus difficile d'obtenir de tels éléments d'information d'autres parties.

[54] Dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Le contrôle judiciaire se révèle optimal lorsque les deux facettes du litige sont vigoureusement défendues devant la cour de révision. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de

ensure it has heard the best of both sides of a dispute.

[55] Canadian tribunals occupy many different roles in the various contexts in which they operate. This variation means that concerns regarding tribunal partiality may be more or less salient depending on the case at issue and the tribunal's structure and statutory mandate. As such, statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal are key aspects of the analysis.

[56] The mandate of the Board, and similarly situated regulatory tribunals, sets them apart from those tribunals whose function it is to adjudicate individual conflicts between two or more parties. For tribunals tasked with this latter responsibility, "the importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily" against tribunal standing: *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, at para. 42.

[57] I am thus of the opinion that tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

[58] In this case, as an initial matter, the *Ontario Energy Board Act, 1998* expressly provides that "[t]he Board is entitled to be heard by counsel upon the argument of an appeal" to the Divisional Court: s. 33(3). This provision neither expressly grants the Board standing to argue the merits of the decision on appeal, nor does it expressly limit the Board to jurisdictional or standard-of-review arguments as was the case for the relevant statutory provision in *Quadrini*: see para. 2.

partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige.

[55] Les tribunaux administratifs canadiens tiennent nombre de rôles différents dans les contextes variés où ils évoluent, de sorte que la crainte d'une partialité de leur part peut être plus ou moins grande selon l'affaire en cause, ainsi que la structure du tribunal et son mandat légal. Dès lors, les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission d'un tribunal en particulier sont cruciales aux fins de l'analyse.

[56] Le mandat de la Commission, comme celui des tribunaux administratifs qui lui sont apparentés, la différencie des tribunaux administratifs appelés à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties. Dans le cas de ces derniers, [TRADUCTION] « l'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage » contre la reconnaissance de leur qualité pour agir (*Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, par. 42).

[57] Par conséquent, je suis d'avis qu'il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

[58] Dans la présente affaire, le par. 33(3) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* prévoit à titre préliminaire que « [l]a Commission a le droit d'être représentée par un avocat lors de l'audition de l'appel » devant la Cour divisionnaire. Cette disposition ne confère pas expressément à la Commission une qualité pour agir qui permet de faire valoir le bien-fondé de sa décision en appel, ni ne limite expressément la thèse qu'elle peut défendre à la présentation d'arguments relatifs à la compétence ou à la norme de contrôle comme le fait la disposition en cause dans l'affaire *Quadrini* (voir par. 2).

[59] In accordance with the foregoing discussion of tribunal standing, where the statute does not clearly resolve the issue, the reviewing court must rely on its discretion to define the tribunal's role on appeal. While not exhaustive, I would find the following factors, identified by the courts and academic commentators cited above, are relevant in informing the court's exercise of this discretion:

(1) If an appeal or review were to be otherwise unopposed, a reviewing court may benefit by exercising its discretion to grant tribunal standing.

(2) If there are other parties available to oppose an appeal or review, and those parties have the necessary knowledge and expertise to fully make and respond to arguments on appeal or review, tribunal standing may be less important in ensuring just outcomes.

(3) Whether the tribunal adjudicates individual conflicts between two adversarial parties, or whether it instead serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest, bears on the degree to which impartiality concerns are raised. Such concerns may weigh more heavily where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding that is the subject of the appeal, while a proceeding in which the tribunal adopts a more regulatory role may not raise such concerns.

[60] Consideration of these factors in the context of this case leads me to conclude that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. First, the Board was the only respondent in the initial review of its decision. Thus, it had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Unlike some other provinces, Ontario has no designated utility consumer advocate, which left the Board — tasked by statute

[59] Au vu de cette analyse de la qualité pour agir d'un tribunal administratif, lorsque le texte législatif applicable n'est pas clair sur ce point, la cour de révision s'en remet à son pouvoir discrétionnaire pour délimiter les attributs du tribunal administratif en appel. Voici quelles sont, entre autres, les considérations — relevées par les juridictions et les auteurs précités — qui délimitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire :

(1) lorsque, autrement, l'appel ou la demande de contrôle serait non contesté, il peut être avantageux que la cour de révision exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de reconnaître la qualité pour agir du tribunal administratif;

(2) lorsque d'autres parties sont susceptibles de contester l'appel ou la demande de contrôle et qu'elles ont les connaissances et les compétences spécialisées nécessaires pour bien avancer une thèse ou la réfuter, la qualité pour agir du tribunal administratif peut revêtir une importance moindre pour l'obtention d'une issue juste;

(3) le fait que la fonction du tribunal administratif consiste soit à trancher des différends individuels opposant deux parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou enquêter ou à défendre l'intérêt public influe sur la mesure dans laquelle l'impartialité soulève des craintes ou non. Ces craintes peuvent jouer davantage lorsque le tribunal a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance visée par l'appel, et moins lorsque son rôle s'est révélé d'ordre plutôt réglementaire.

[60] Au vu de ces considérations, je conclus qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, la Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait donc d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision soit défendue au fond. Contrairement à d'autres provinces, l'Ontario n'a nommé aucun défenseur des droits des clients des services publics,

with acting to safeguard the public interest — with few alternatives but to participate as a party.

[61] Second, the Board is tasked with regulating the activities of utilities, including those in the electricity market. Its regulatory mandate is broad. Among its many roles: it licenses market participants, approves the development of new transmission and distribution facilities, and authorizes rates to be charged to consumers. In this case, the Board was exercising a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. This is unlike situations in which a tribunal may adjudicate disputes between two parties, in which case the interests of impartiality may weigh more heavily against full party standing.

[62] The nature of utilities regulation further argues in favour of full party status for the Board here, as concerns about the appearance of partiality are muted in this context. As noted by Doherty J.A., "[l]ike all regulated bodies, I am sure Enbridge wins some and loses some before the [Board]. I am confident that Enbridge fully understands the role of the regulator and appreciates that each application is decided on its own merits by the [Board]": *Enbridge*, at para. 28. Accordingly, I do not find that the Board's participation in the instant appeal was improper. It remains to consider whether the content of the Board's arguments was appropriate.

(2) Bootstrapping

[63] The issue of tribunal "bootstrapping" is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns what types of argument a tribunal may make, i.e.

si bien que la Commission — qui est légalement garante de l'intérêt public — n'avait pas vraiment d'autre avenue que celle de se constituer partie à l'instance.

[61] Deuxièmement, la Commission a pour mandat de réglementer les activités de services publics, y compris ceux qui appartiennent au domaine de l'électricité. Son mandat de réglementation est large. Au nombre de ses nombreuses fonctions, mentionnons l'octroi de permis aux participants du marché, l'approbation de nouvelles installations de transport et de distribution et l'autorisation des tarifs exigés des consommateurs. Dans la présente affaire, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Il s'agit d'une situation différente de celle où le tribunal administratif est habilité à trancher un différend entre deux parties, le souci d'impartialité pouvant alors militer davantage contre la qualité d'agir comme partie à part entière.

[62] L'objet de la réglementation est un autre élément qui milite en faveur de la pleine reconnaissance de la qualité pour agir de la Commission, puisque la crainte d'apparence de partialité est faible en l'espèce. Pour reprendre les propos du juge Doherty dans *Enbridge*, par. 28, [TRADUCTION] « [à] l'instar de tout organisme réglementé, je suis certain que [la Commission] donne parfois raison à Enbridge et lui donne parfois tort. J'ose croire qu'Enbridge comprend parfaitement le rôle de l'organisme de réglementation et sait que [la Commission] statue sur chaque demande en fonction des faits qui lui sont propres ». Je conclus donc que la participation de la Commission au pourvoi n'a rien d'inapproprié. Reste à savoir si les arguments de la Commission sont appropriés.

(2) L'autojustification

[63] La question de l'« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif (ci-après le « tribunal ») est en droit d'agir comme partie à l'appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la

jurisdictional or merits arguments, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments.

[64] As the term has been understood by the courts who have considered it in the context of tribunal standing, a tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal: see, e.g., *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93. Put differently, it has been stated that a tribunal may not "defen[d] its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review": *Goodis*, at para. 42.

[65] The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, "absent a power to vary its decision or rehear the matter, it has spoken finally on the matter and its job is done": *Quadrini*, at para. 16, citing *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. Under this principle, the court found that tribunals could not use judicial review as a chance to "amend, vary, qualify or supplement its reasons": *Quadrini*, at para. 16. In *Leon's Furniture*, Slatter J.A. reasoned that a tribunal could "offer interpretations of its reasons or conclusion, [but] cannot attempt to reconfigure those reasons, add arguments not previously given, or make submissions about matters of fact not already engaged by the record": para. 29.

[66] By contrast, in *Goodis*, Goudge J.A. found on behalf of a unanimous court that while the Commissioner had relied on an argument not expressly set out in her original decision, this argument was available for the Commissioner to make on appeal. Though he recognized that "[t]he importance of reasoned decision making may be undermined if, when attacked in court, a tribunal can simply offer different, better, or even contrary reasons to

qualité pour agir d'un tribunal c'est décider de ce qu'il peut faire valoir (p. ex. des prétentions relatives à sa compétence ou à la justesse de sa décision), alors que l'« autojustification » touche à la teneur des prétentions.

[64] Suivant le sens attribué à cette notion par les cours de justice qui l'ont examinée dans le contexte de la qualité pour agir, un tribunal « s'autojustifie » lorsqu'il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire (voir p. ex. *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2e) 93). Autrement dit, un tribunal ne pourrait [TRADUCTION] « défendre sa décision en invoquant un motif qui n'a pas été soulevé dans la décision faisant l'objet du contrôle » (*Goodis*, par. 42).

[65] Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu'il a tranché les questions dont il était saisi et qu'il a motivé sa décision, le tribunal ait statué définitivement et que son travail soit terminé, « à moins qu'il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d'entendre à nouveau l'affaire » (*Quadrini*, par. 16, citant *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848). Partant, la cour a conclu qu'un tribunal ne peut profiter d'un contrôle judiciaire pour « modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs » (*Quadrini*, par. 16). Dans l'arrêt *Leon's Furniture*, le juge Slatter affirme qu'un tribunal peut [TRADUCTION] « offrir différentes interprétations de ses motifs ou de sa conclusion, [mais] non tenter de remanier ses motifs, invoquer de nouveaux arguments ou se prononcer sur des questions de fait que ne soulève pas déjà le dossier » (par. 29).

[66] En revanche, le juge Goudge conclut, dans l'arrêt *Goodis*, avec l'accord de tous ses collègues, que même si la commissaire invoque un argument qui ne figure pas expressément dans sa décision initiale, elle peut le soulever en appel. Il reconnaît que [TRADUCTION] « [l']importance de décisions bien étayées pourrait être compromise si un tribunal pouvait simplement offrir, à l'appui de sa décision attaquée devant une cour de justice,

support its decision" (para. 42), Goudge J.A. ultimately found that the Commissioner was permitted to raise a new argument on judicial review. The new argument presented was "not inconsistent with the reason offered in the decision. Indeed it could be said to be implicit in it": para. 55. "It was therefore proper for the Commissioner to be permitted to raise this argument before the Divisional Court and equally proper for the court to decide on that basis": para. 58.

[67] There is merit in both positions on the issue of bootstrapping. On the one hand, a permissive stance toward new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides: Semple, at p. 315. This remains true even if those arguments were not included in the tribunal's original reasons. On the other hand, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. There is also the possibility that a tribunal, surprising the parties with new arguments in an appeal or judicial review after its initial decision, may lead the parties to see the process as unfair. This may be particularly true where a tribunal is tasked with adjudicating matters between two private litigants, as the introduction of new arguments by the tribunal on appeal may give the appearance that it is "ganging up" on one party. As discussed, however, it may be less appropriate in general for a tribunal sitting in this type of role to participate as a party on appeal.

[68] I am not persuaded that the introduction of arguments by a tribunal on appeal that interpret or were implicit but not expressly articulated in its original decision offends the principle of finality. Similarly, it does not offend finality to permit a tribunal to explain its established policies and practices to the reviewing court, even if those were not described in the reasons under review. Tribunals need not repeat explanations of such practices in every decision merely to guard against charges of bootstrapping should they be called upon to explain them on appeal or review. A tribunal may also

des motifs différents, plus convaincants, voire opposés » (par. 42), mais il conclut finalement que la commissaire peut présenter un nouvel argument dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Le nouvel argument n'est toutefois « pas incompatible avec les motifs formulés dans la décision, car on peut en effet affirmer qu'il en fait implicitement partie » (par. 55). « La commissaire pouvait donc soulever l'argument devant la Cour divisionnaire, et celle-ci pouvait en tenir compte pour se prononcer » (par. 58).

[67] Les deux thèses avancées sur l'autojustification se défendent. D'une part, il est dans l'intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, car la cour de révision est alors saisie des arguments les plus convaincants à l'appui de chacune des thèses (Semple, p. 315). Cela demeure vrai même si ces arguments ne figurent pas dans la décision initiale. D'autre part, autoriser l'autojustification risque de compromettre l'importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel ou dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision initiale peut aussi amener les parties à conclure que le processus n'est pas équitable. Il peut surtout en être ainsi lorsque le tribunal est appelé à trancher des différends opposant deux personnes privées, puisque la présentation de nouveaux arguments en appel peut donner l'impression que le tribunal « se ligue » contre l'une des parties. Or, je le rappelle, il ne convient généralement pas que le tribunal doté d'un tel mandat participe en tant que partie à l'appel.

[68] Je ne suis pas convaincu que la formulation en appel de nouveaux arguments qui interprètent la décision initiale ou qui l'étayaient implicitement, mais non expressément, va à l'encontre du principe du caractère définitif. De même, il n'est pas contraire à ce principe de permettre au tribunal d'expliquer à la cour de révision quelles sont ses politiques et pratiques établies, même lorsque les motifs contestés n'en font pas mention. Le tribunal n'a pas à les expliquer systématiquement dans chaque décision à la seule fin de se prémunir contre une allégation d'autojustification advenant qu'il

respond to arguments raised by a counterparty. A tribunal raising arguments of these types on review of its decision does so in order to uphold the initial decision; it is not reopening the case and issuing a new or modified decision. The result of the original decision remains the same even if a tribunal seeks to uphold that effect by providing an interpretation of it or on grounds implicit in the original decision.

[69] I am not, however, of the opinion that tribunals should have the unfettered ability to raise entirely new arguments on judicial review. To do so may raise concerns about the appearance of unfairness and the need for tribunal decisions to be well reasoned in the first instance. I would find that the proper balancing of these interests against the reviewing courts' interests in hearing the strongest possible arguments in favour of each side of a dispute is struck when tribunals do retain the ability to offer interpretations of their reasons or conclusions and to make arguments implicit within their original reasons: see *Leon's Furniture*, at para. 29; *Goodis*, at para. 55.

[70] In this case, I do not find that the Board impermissibly stepped beyond the bounds of its original decision in its arguments before this Court. In its reply factum, the Board pointed out — correctly, in my view — that its submissions before this Court simply highlight what is apparent on the face of the record, or respond to arguments raised by the respondents.

[71] I would, however, urge the Board, and tribunal parties in general, to be cognizant of the tone they adopt on review of their decisions. As Goudge J.A. noted in *Goodis*:

> . . . if an administrative tribunal seeks to make submissions on a judicial review of its decision, it [should] pay careful attention to the tone with which it does so. Although this is not a discrete basis upon which its standing might be limited, there is no doubt that the tone

soit appelé à les préciser en appel ou en contrôle judiciaire. Il peut aussi répondre aux arguments de la partie adverse dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision car il le fait dans le but de faire confirmer sa décision initiale, non de rouvrir le dossier et de rendre une nouvelle décision ou de modifier la décision initiale. L'effet de la décision initiale demeure inchangé même lorsque le tribunal demande sa confirmation en offrant une interprétation de cette décision ou en invoquant des motifs qui la sous-tendent implicitement.

[69] Cependant, je ne crois pas qu'un tribunal devrait avoir la possibilité inconditionnelle de présenter une thèse entièrement nouvelle dans le cadre d'un contrôle judiciaire, car lui reconnaître cette faculté pourrait l'exposer à des allégations d'iniquité et nuire au prononcé de décisions bien motivées au départ. Je suis d'avis qu'il y a un juste équilibre entre ces considérations et celles voulant que la cour de révision entende les arguments les plus convaincants de chacune des parties lorsqu'il est permis au tribunal d'offrir différentes interprétations de ses motifs ou de ses conclusions ou de présenter des arguments qui sous-tendent implicitement ses motifs initiaux (voir *Leon's Furniture*, par. 29; *Goodis*, par. 55).

[70] Je ne crois pas que, dans la présente affaire, la Commission a indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant notre Cour. Dans son mémoire en réplique, la Commission signale — à juste titre, selon moi — que ses observations mettent simplement en évidence ce qui ressort du dossier ou répondent aux arguments des intimées.

[71] J'exhorte toutefois la Commission et, de façon générale, tout tribunal qui se constitue partie à une instance à se soucier du ton qu'il adopte lors du contrôle judiciaire de sa décision. Comme le fait remarquer le juge Goudge dans l'arrêt *Goodis*,

> [TRADUCTION] le tribunal administratif qui veut faire valoir son point de vue lors du contrôle judiciaire de sa décision [doit] porte[r] une attention particulière au ton qu'il adopte. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un motif précis pour lequel sa qualité pourrait être restreinte, il ne

of the proposed submissions provides the background for the determination of that issue. A tribunal that seeks to resist a judicial review application will be of assistance to the court to the degree its submissions are characterized by the helpful elucidation of the issues, informed by its specialized position, rather than by the aggressive partisanship of an adversary. [para. 61]

[72] In this case, the Board generally acted in such a way as to present helpful argument in an adversarial but respectful manner. However, I would sound a note of caution about the Board's assertion that the imposition of the prudent investment test "would in all likelihood not change the result" if the decision were remitted for reconsideration (A.F., at para. 99). This type of statement may, if carried too far, raise concerns about the principle of impartiality such that a court would be justified in exercising its discretion to limit tribunal standing so as to safeguard this principle.

B. *Standard of Review*

[73] The parties do not dispute that reasonableness is the appropriate standard of review for the Board's actions in applying its expertise to set rates and approve payment amounts under the *Ontario Energy Board Act, 1998*. I agree. In addition, to the extent that the resolution of this appeal turns on the interpretation of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, the Board's home statute, a standard of reasonableness presumptively applies: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 35. Nothing in this case suggests the presumption should be rebutted.

[74] This appeal involves two distinct uses of the term "reasonable". One concerns the standard of review: on appeal, this Court is charged with evaluating the "justification, transparency and intelligibility" of the Board's reasoning, and "whether the

fait aucun doute que le ton des observations proposées offre une toile de fond à cet égard. Le tribunal qui désire contester une demande de contrôle judiciaire sera utile à la cour dans la mesure où ses observations permettront d'éclaircir les questions et où elles seront fondées sur ses connaissances spécialisées, au lieu d'être empreintes d'un parti pris agressif contre la partie adverse. [par. 61]

[72] En l'espèce, la Commission a généralement présenté des arguments utiles dans le cadre d'un débat contradictoire, mais respectueux. Une mise en garde s'impose toutefois selon moi en ce qui concerne l'affirmation de la Commission selon laquelle l'application du critère de l'investissement prudent [TRADUCTION] « ne changerait vraisemblablement pas l'issue de l'affaire » si la décision lui était renvoyée pour réexamen (m.a., par. 99). Une telle affirmation peut, si elle est poussée trop loin, faire douter de l'impartialité du tribunal au point où une cour de justice serait justifiée d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de limiter la qualité pour agir du tribunal de manière à préserver son impartialité.

B. *Norme de contrôle*

[73] Les parties conviennent que la norme de contrôle qui s'applique aux actes de la Commission lorsqu'elle fait appel à son expertise pour fixer les tarifs et approuver des paiements sur le fondement de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* est celle de la décision raisonnable. Je suis d'accord. En outre, dans la mesure où l'issue du pourvoi repose sur l'interprétation de cette loi — la loi constitutive de la Commission —, l'application de la norme de la décision raisonnable doit être présumée (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35). Rien ne donne à penser en l'espèce que la présomption soit réfutée.

[74] Le pourvoi fait intervenir deux notions distinctes de ce qui est « raisonnable ». L'une est liée à la norme de contrôle : en appel, la Cour doit apprécier la « justification [. . .], [. . .] la transparence et [. . .] l'intelligibilité » du raisonnement de la

decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, at para. 47). The other is statutory: the Board's rate-setting powers are to be used to ensure that, in its view, a just and reasonable balance is struck between utility and consumer interests. These reasons will attempt to keep the two uses of the term distinct.

C. *Choice of Methodology Under the Ontario Energy Board Act, 1998*

[75] The question of whether the Board's decision to disallow recovery of certain costs was reasonable turns on how that decision relates to the Board's statutory and regulatory powers to approve payments to utilities and to have these payments reflected in the rates paid by consumers. The Board's general rate- and payment-setting powers are described above under the "Regulatory Framework" heading.

[76] The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less.

[77] The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not, however, either in s. 78.1 or elsewhere, prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. Indeed, s. 6(1) of O. Reg. 53/05 expressly permits the Board, subject to certain exceptions set out in s. 6(2), to "establish the form, methodology, assumptions and calculations used in making an order that determines payment amounts for the purpose of section 78.1 of the Act".

Commission et se demander si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). L'autre est d'origine législative : la Commission doit utiliser son pouvoir de fixation des tarifs de manière à établir un équilibre qu'elle considère juste et raisonnable entre les intérêts du service public et ceux des consommateurs. Je m'efforce ci-après de respecter cette distinction.

C. *Choix de la méthode suivant la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*

[75] La question de savoir si le refus de la Commission d'approuver le recouvrement de certaines dépenses est raisonnable ou non dépend du lien de ce refus avec les pouvoirs légaux et réglementaires de la Commission d'approuver des paiements au service public et de répercuter ces paiements sur les tarifs exigés des consommateurs. Les pouvoirs généraux de la Commission en matière de fixation des tarifs et des paiements sont énoncés précédemment à la rubrique « Cadre réglementaire ».

[76] L'approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu'un service public peut recouvrer rend compte de l'équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l'investissement dans une infrastructure robuste et protéger l'intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l'équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins.

[77] Or, la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* ne prévoit ni à l'art. 78.1 ni à quelque autre article la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et des consommateurs lorsqu'elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Certes, sous réserve de certaines exceptions prévues au par. 6(2), le par. 6(1) du règlement 53/05 permet expressément à la Commission de [TRADUCTION] « définir la forme, la méthode, les hypothèses et les calculs utilisés pour rendre une ordonnance qui établit le montant du paiement aux fins de l'article 78.1 de la Loi ».

[78] As a contrasting example, para. 4.1 of s. 6(2) of O. Reg. 53/05 establishes a specific methodology for use when the Board reviews "costs incurred and firm financial commitments made in the course of planning and preparation for the development of proposed new nuclear generation facilities". When reviewing such costs, the Board must be satisfied that "the costs were prudently incurred" and that "the financial commitments were prudently made": para. 4.1 of s. 6(2). The provision thus establishes a specific context in which the Board's analysis is focused on the prudence of the decision to incur or commit to certain costs. The absence of such language in the more general s. 6(1) provides further reason to read the regulation as providing broad methodological discretion to the Board in making orders for payment amounts where the specific provisions of s. 6(2) do not apply.

[78] En revanche, la disposition 4.1 du par. 6(2) du règlement 53/05 prescrit le recours à une méthode particulière lorsque la Commission examine [TRADUCTION] « les dépenses faites et les engagements financiers fermes pris dans le cadre de la planification et de la préparation relatives à la réalisation d'installations nucléaires projetées ». La Commission doit être convaincue que « les dépenses ont été faites de manière prudente » et que « les engagements financiers ont été pris de manière prudente » (la disposition 4.1 du par. 6(2)). La disposition établit donc un cadre précis où l'analyse de la Commission est axée sur la prudence de la décision de faire certaines dépenses ou de convenir de certaines dépenses. L'absence d'un libellé en ce sens dans la disposition générale qu'est le par. 6(1) constitue un autre motif de considérer que le règlement confère à la Commission un large pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer pour ordonner un paiement lorsque les dispositions particulières du par. 6(2) ne s'appliquent pas.

[79] Regarding whether a presumption of prudence must be applied to OPG's decisions to incur costs, neither the *Ontario Energy Board Act, 1998* nor O. Reg. 53/05 expressly establishes such a presumption. Indeed, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable: s. 78.1(6) and (7). It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent.

[79] Pour ce qui concerne la question de savoir si la présomption de prudence doit s'appliquer aux décisions d'OPG de faire des dépenses, ni la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, ni le règlement 53/05 n'établissent expressément une telle présomption. D'ailleurs, suivant cette loi, il incombe au service public requérant d'établir que les paiements qu'il demande à la Commission d'approuver sont justes et raisonnables (par. 78.1(6) et (7)). Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision de faire des dépenses est prudente.

[80] Justice Abella concludes that the Board's review of OPG's costs should have consisted of "an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable": para. 150. Such an approach is contrary to the statutory scheme. While the Board has considerable methodological discretion, it does not have the freedom to displace the burden of proof established by s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*: ". . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section". Of course, this does not imply that the applicant must systematically prove that every single cost is just

[80] La juge Abella conclut que l'examen des dépenses d'OPG par la Commission aurait dû consister à « contrôl[er] la prudence des dépenses après coup et [à] appliqu[er] la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables » (par. 150). Or, une telle approche est contraire au régime législatif. La Commission jouit certes d'une grande marge de manœuvre quant au choix d'une méthode, mais elle n'a pas la faculté d'inverser le fardeau de la preuve établi au par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du

and reasonable. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — it just cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

[81] In judicially reviewing a decision of the Board to allow or disallow payments to a utility, the court's role is to assess whether the Board reasonably determined that a certain payment amount was "just and reasonable" for both the utility and the consumers. Such an approach is consistent with this Court's rate-setting jurisprudence in other regulatory domains in which the regulator is given methodological discretion, where it has been observed that "[t]he obligation to act is a question of law, but the choice of the method to be adopted is a question of discretion with which, under the statute, no Court of law may interfere": *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764, at para. 40 (concerning telecommunication rate-setting), quoting *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (S.C.C.), at p. 13 (concerning railway freight rates). Of course, today this statement must be understood to permit intervention by a court where the exercise of discretion rendered a decision unreasonable. Accordingly, it remains to determine whether the Board's analytical approach to disallowing the costs at issue in this case rendered the Board's decision unreasonable under the "just and reasonable" standard.

D. *Characterization of Costs at Issue*

[82] Forecast costs are costs which the utility has not yet paid, and over which the utility still retains discretion as to whether the disbursement will be

présent article ». Il ne s'ensuit pas, bien sûr, que le requérant doit systématiquement prouver le caractère juste et raisonnable de chacune de ses dépenses, individuellement. La Commission jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'arrêter les méthodes à employer dans l'examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu'établit le régime législatif.

[81] La cour de justice appelée à contrôler la décision de la Commission d'approuver ou non des paiements à un service public doit se demander si la conclusion de la Commission selon laquelle un paiement d'un certain montant est « juste et raisonnable » tant pour le service public que pour le consommateur est raisonnable ou non. Cette approche concorde avec les décisions de notre Cour sur l'établissement de tarifs dans d'autres secteurs réglementés où l'organisme de réglementation dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de recourir à une méthode ou à une autre. Dans ces décisions, la Cour signale que « [l]'obligation d'agir est une question de droit, mais le choix de la méthode est une question relevant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à l'égard de laquelle, selon le texte de loi, aucun tribunal judiciaire ne peut intervenir » (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, par. 40 (tarification des télécommunications), citant *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (C.S.C.), p. 13 (tarification du transport ferroviaire des marchandises)). Certes, de nos jours, il faut voir dans ces propos la reconnaissance du pouvoir d'une cour de justice d'intervenir lorsqu'elle estime que l'exercice du pouvoir discrétionnaire a débouché sur une décision déraisonnable. Reste donc à décider si la méthode d'analyse retenue par la Commission pour refuser d'approuver les dépenses en l'espèce a rendu sa décision déraisonnable selon la norme du paiement « juste et raisonnable ».

D. *Qualification des dépenses en cause*

[82] Les dépenses prévues sont celles que le service public n'a pas encore acquittées et qu'un pouvoir discrétionnaire lui permet de renoncer à faire.

made. A disallowance of such costs presents a utility with a choice: it may change its plans and avoid the disallowed costs, or it may incur the costs regardless of the disallowance with the knowledge that the costs will ultimately be borne by the utility's shareholders rather than its ratepayers. By contrast, committed costs are those for which, if a regulatory board disallows recovery of the costs in approved payments, the utility and its shareholders will have no choice but to bear the burden of those costs themselves. This result may occur because the utility has already spent the funds, or because the utility entered into a binding commitment or was subject to other legal obligations that leave it with no discretion as to whether to make the payment in the future.

Lorsque leur approbation est refusée, le service public peut soit modifier ses plans et renoncer aux dépenses, soit les faire malgré le refus étant entendu qu'elles seront assumées par les actionnaires plutôt que par les consommateurs. À l'opposé, les dépenses convenues sont celles que ses actionnaires et lui n'auront d'autre choix que d'assumer si l'organisme de réglementation refuse de permettre leur recouvrement et d'approuver les paiements sollicités. Cela peut advenir lorsque le service public a déjà déboursé la somme en cause ou qu'il a pris un engagement contraignant ou était assujetti à d'autres obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas acquitter la somme ultérieurement.

[83] There is disagreement between the parties as to how the costs disallowed by the Board in this matter should be characterized. The Board asserts that compensation costs for the test period are forecast insofar as they have not yet been disbursed, while OPG asserts that the costs should be characterized as committed, because OPG is under a contractual obligation to pay those amounts when they become due. This disagreement is important because a "no hind-sight" prudence review, which is discussed in detail below, has developed in the context of "committed" costs. Indeed, it makes no sense to apply such a test where a utility still retains discretion over whether the costs will ultimately be incurred; the decision to commit the utility to such costs has not yet been made. Accordingly, where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are "forecast" or "committed" may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator's choice of methodology.

[83] Les parties ne s'entendent pas sur la qualification des dépenses que la Commission a refusé d'approuver. Selon cette dernière, les dépenses de rémunération pour la période de référence sont des dépenses prévues dans la mesure où elles n'ont pas encore été acquittées. OPG soutient plutôt qu'il s'agit de dépenses convenues puisqu'elle est tenue par contrat de verser les sommes en cause au moment où elles deviennent exigibles. Ce désaccord est important car le contrôle de la prudence « sans recul », sur lequel je reviendrai plus en détail, a vu le jour dans le contexte de dépenses « convenues ». Il est en effet absurde d'appliquer ce critère lorsque le service public peut encore décider, en fin de compte, de faire ou non les dépenses; la décision de convenir de ces dépenses n'a pas encore été prise. Par conséquent, lorsque l'organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue.

[84] In this case, at least some of the compensation costs that the Board found to be excessive were driven by collective agreements to which OPG had committed before the application at issue, and which established compensation costs that were, in aggregate, above the 75th percentile for comparable positions at other utilities. The collective agreements left OPG with limited flexibility

[84] En l'espèce, au moins une partie des dépenses de rémunération jugées excessives par la Commission était imputable à des conventions collectives qu'OPG avait conclues avant la présentation de sa demande et qui faisaient en sorte que sa masse salariale globale dépasse le 75e percentile pour des emplois comparables dans d'autres services publics. Les conventions collectives laissaient

regarding overall compensation rates or staffing levels — OPG was required to abide by wage and staffing levels established by collective agreements, and retained flexibility only over terms outside the bounds of those agreements — and thus those portions of OPG's compensation rates and staffing levels that were dictated by the terms of the collective agreements were committed costs.

[85] However, the Board found that OPG's compensation costs for the test period were not entirely driven by the collective agreements, and thus were not entirely committed, because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of projected attrition of a mature workforce. The Board Decision did not, however, include detailed forecasts regarding exactly how much of the $145 million in disallowed compensation costs could be recovered through natural reduction in employee numbers or other adjustments, and how much would necessarily be borne by the utility and its shareholder. Accordingly, the disallowed costs at issue must be understood as being at least partially committed. It is unreasonable to characterize them as entirely forecast in view of the constraints placed on OPG by the collective agreements.

[86] Having established that the disallowed costs are at least partially committed, it is necessary to consider whether the Board acted reasonably in not applying a no-hindsight prudent investment test in assessing those costs. Accordingly, I now turn to the jurisprudential history and methodological details of the prudent investment test.

E. *The Prudent Investment Test*

[87] In order to assess whether the Board's methodology was reasonable in this case, it is necessary to provide some background on the prudent investment test (sometimes referred to as "prudence review" or the "prudence test") in order to identify its origins, place it in context, and explore how it has

peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, OPG devait respecter ceux établis par les conventions collectives et elle ne jouissait d'une marge de manœuvre que pour les conditions qui n'étaient pas ainsi régies. Par conséquent, les dépenses liées aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation imposés par les conventions collectives étaient des dépenses convenues.

[85] La Commission conclut cependant que les dépenses de rémunération pour la période de référence ne sont pas toutes déterminées par les conventions collectives et qu'elles ne sont donc pas toutes convenues, car OPG dispose d'une certaine marge de manœuvre pour gérer globalement les niveaux de dotation en fonction du départ prévu d'employés d'âge mûr. Toutefois, la décision de la Commission ne précise pas quel pourcentage exact des 145 millions de dollars refusés au chapitre de la rémunération pourrait être recouvré grâce à la réduction naturelle du nombre d'employés ou à d'autres ajustements, ni quel pourcentage serait nécessairement assumé par le service public et son actionnaire. Par conséquent, les dépenses refusées en l'espèce doivent être considérées comme des dépenses convenues, du moins en partie. Il est déraisonnable d'y voir en totalité des dépenses prévues étant donné l'effet contraignant des conventions collectives sur OPG.

[86] Après avoir établi que les dépenses refusées sont, du moins partiellement, des dépenses convenues, il faut déterminer si la Commission a agi de façon raisonnable en appliquant le critère de l'investissement prudent sans exclure le recul. J'examine donc maintenant l'historique jurisprudentiel du critère de l'investissement prudent et les données méthodologiques y afférentes.

E. *Le critère de l'investissement prudent*

[87] Décider si la méthode de la Commission était raisonnable en l'espèce exige de se pencher sur l'historique du critère de l'investissement prudent (parfois appelé « contrôle de la prudence » ou « critère de la prudence ») pour déterminer ses origines, le situer dans le contexte et savoir quelle portée lui

been understood by utilities, regulators, and legislators.

(1) American Jurisprudence

[88] American jurisprudence has played a significant role in the history of the prudent investment test in utilities regulation. In discussing this history, I would first reiterate this Court's observation that "[w]hile the American jurisprudence and texts in this area should be considered with caution given that Canada and the United States have very different political and constitutional-legal regimes, they do shed some light on the issue": *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 54.

[89] The origins of the prudent investment test in the context of utilities regulation may be traced to Justice Brandeis of the Supreme Court of the United States, who wrote a concurring opinion in 1923 to observe that utilities should receive deference in seeking to recover "investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable": *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn.1.

[90] In the decades that followed, American utility regulators tasked with reviewing past-incurred utility costs generally employed one of two standards: the "used and useful" test or the "prudent investment" test (J. Kahn, "Keep *Hope* Alive: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs" (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, at p. 49). These tests took different approaches to determining what costs could justly and reasonably be passed on to ratepayers. The used and useful test allowed utilities to earn returns only on those investments that were actually used and useful to the utility's operations, on the principle that ratepayers should not be compelled to pay for investments that do not benefit them.

ont attribué les services publics, les organismes de réglementation et les rédacteurs législatifs.

(1) Jurisprudence américaine

[88] La jurisprudence américaine a joué un rôle important dans l'application du critère de l'investissement prudent aux services publics réglementés. Rappelons d'abord l'observation de notre Cour selon laquelle, « [b]ien qu'il faille aborder avec circonspection la jurisprudence et la doctrine américaines dans ce domaine — les régimes politiques des États-Unis et du Canada étant fort différents, tout comme leurs régimes de droit constitutionnel —, elles éclairent la question » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 54).

[89] L'application du critère de l'investissement prudent aux services publics réglementés s'origine de l'opinion concordante du juge Brandeis, de la Cour suprême des États-Unis, datant de 1923 et selon laquelle les services publics ont droit à la déférence lorsqu'ils cherchent à recouvrer [TRADUCTION] « un investissement qui, normalement, serait considéré comme raisonnable » (*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1).

[90] Dans les décennies qui ont suivi, les organismes de réglementation américains chargés de l'examen de dépenses déjà faites par les services publics ont généralement appliqué soit le critère axé sur [TRADUCTION] « l'emploi et l'utilité », soit le critère de « l'investissement prudent » (J. Kahn, « Keep *Hope* Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, p. 49). À chacun de ces critères correspond une approche différente pour déterminer quelles dépenses peuvent équitablement et raisonnablement être refilées aux consommateurs. Le critère de l'emploi et de l'utilité permet au service public d'obtenir un rendement, mais seulement sur l'investissement qui est réellement employé et qui se révèle utile à l'exploitation de l'entreprise, étant entendu que les consommateurs ne doivent pas être tenus de payer pour un investissement dont ils ne bénéficient pas.

[91] By contrast, the prudent investment test followed Justice Brandeis's preferred approach by allowing for recovery of costs provided they were not imprudent based on what was known at the time the investment or expense was incurred: Kahn, at pp. 49-50. Though it may seem problematic from the perspective of consumer interests to adopt the prudent investment test — a test that allows for payments related to investments that may not be used or useful — it gives regulators a tool to soften the potentially harsh effects of the used and useful test, which may place onerous burdens on utilities. Disallowing recovery of the cost of failed investments that appeared reasonable at the time, for example, may imperil the financial health of utilities, and may chill the incentive to make such investments in the first place. This effect may then have negative implications for consumers, whose long-run interests will be best served by a dynamically efficient and viable electricity industry. Thus, the prudent investment test may be employed by regulators to strike the appropriate balance between consumer and utility interests: see Kahn, at pp. 53-54.

[92] The states differed in their approaches to setting the statutory foundation for utility regulation. Regulators in some states were free to apply the prudent investment test, while other states enacted statutory provisions disallowing compensation in respect of capital investments that were not "used and useful in service to the public": *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), at p. 302. Notably, when asked in *Duquesne* to consider whether "just and reasonable" payments to utilities required, as a constitutional matter, that the prudent investment test be applied to past-incurred costs, the U.S. Supreme Court held that "[t]he designation of a single theory of ratemaking as a constitutional requirement would unnecessarily foreclose alternatives which could benefit both consumers and investors": p. 316.

[91] Au critère de l'investissement prudent correspond l'approche retenue par le juge Brandeis et selon laquelle des dépenses peuvent être recouvrées si elles ne sont pas imprudentes compte tenu de ce qu'on sait au moment où est fait l'investissement ou la dépense (Kahn, p. 49-50). Bien qu'il puisse sembler problématique du point de vue de la protection des intérêts des consommateurs d'adopter le critère de l'investissement prudent — dans la mesure où il autorise un paiement pour un investissement qui n'a été ni employé ni utile —, ce critère permet aux organismes de réglementation d'atténuer les possibles effets draconiens du critère de l'emploi et de l'utilité, lequel impose un lourd fardeau au service public. Par exemple, refuser le recouvrement d'un mauvais investissement qui paraissait raisonnable au moment où il a été fait risque de compromettre la santé financière du service public et d'avoir un effet dissuasif sur l'investissement ultérieur de capitaux par ce dernier. Pareil résultat peut ensuite entraîner des conséquences négatives pour les consommateurs, dont les intérêts à long terme sont mieux servis si le secteur de l'électricité est à la fois dynamique, efficace et viable. Par conséquent, un organisme de réglementation peut recourir au critère de l'investissement prudent afin d'établir un juste équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux du service public (voir Kahn, p. 53-54).

[92] Les États ont eu recours à des approches différentes pour établir le fondement légal de la réglementation des services publics. Certains ont permis aux organismes de réglementation d'appliquer le critère de l'investissement prudent, alors que d'autres ont légiféré pour écarter le recouvrement de capitaux investis qui n'étaient [TRADUCTION] « ni employés ni utiles au public » (*Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), p. 302). Fait à signaler, dans cette affaire où on lui demandait si des paiements « justes et raisonnables » à un service public nécessitaient, sur le plan constitutionnel, que le critère de l'investissement prudent s'applique aux dépenses déjà faites, la Cour suprême des É.-U. a conclu que « [l']élévation d'une seule méthode de tarification au rang de norme constitutionnelle écarterait inutilement d'autres avenues dont pourraient bénéficier à la fois consommateurs et investisseurs » (p. 316).

[93] American courts have also recognized that there may exist some contexts in which certain features of the prudent investment test may be less justifiable. For example, the Supreme Court of Utah considered whether a presumption of reasonableness was justified when reviewing costs passed to a utility by an unregulated affiliate entity, and concluded that it was not appropriate:

> . . . we do not think an affiliate expense should carry a presumption of reasonableness. While the pressures of a competitive market might allow us to assume, in the absence of a showing to the contrary, that nonaffiliate expenses are reasonable, the same cannot be said of affiliate expenses not incurred in an arm's length transaction.

(*U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), at p. 274)

[94] Treatment of the prudent investment test in American jurisprudence thus indicates that the test has been employed as a tool that may be useful in arriving at just and reasonable outcomes, rather than a mandatory feature of utilities regulation that must be applied regardless of whether there is statutory language to that effect.

(2) Canadian Jurisprudence

[95] Following its emergence in American jurisprudence, several Canadian utility regulators and courts have also considered the role of prudence review and, in some cases, applied a form of the prudent investment test. I provide a review of some of these cases here not in an attempt to exhaustively catalogue all uses of the test, but rather to set out the way in which the test has been invoked in various contexts.

[96] In *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R. 837, Martland J. observed that the statute at issue in that case directed that the regulator, in fixing rates,

[93] Les cours de justice américaines ont aussi reconnu que, dans certains contextes, des aspects du critère de l'investissement prudent peuvent se révéler moins justifiables. Par exemple, saisie du contrôle judiciaire de coûts transférés à un service public par une entreprise affiliée non réglementée, la Cour suprême de l'Utah s'est demandé s'il était justifié de présumer que les coûts étaient raisonnables et elle a conclu par la négative :

> [TRADUCTION] . . . nous ne pensons pas que les dépenses de l'affiliée devraient être présumées raisonnables. Bien que la pression exercée par un marché concurrentiel puisse nous permettre de présumer, faute d'une preuve contraire, que les dépenses d'une entreprise non affiliée sont raisonnables, on ne peut en dire autant des dépenses d'une affiliée qui ne sont pas faites dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance.

(*U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), p. 274)

[94] Il appert donc de la jurisprudence américaine que le critère de l'investissement prudent s'est révélé utile pour arriver à un résultat juste et raisonnable, mais qu'il ne saurait constituer un élément obligatoire de la réglementation des services publics dont l'application s'impose même lorsqu'aucune disposition législative ne le prévoit.

(2) Jurisprudence canadienne

[95] Sous l'impulsion de la jurisprudence américaine, plusieurs organismes de réglementation et cours de justice du Canada se sont aussi penchés sur le rôle du contrôle de la prudence et ont parfois appliqué une variante du critère de l'investissement prudent. Je passerai en revue certaines de leurs décisions dans le but non pas de répertorier toutes les applications du critère, mais bien de faire état de la manière dont on l'a appliqué dans différents contextes.

[96] Dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837, le juge Martland relève que, suivant la loi en cause, l'organisme de réglementation est tenu à ce qui suit lorsqu'il fixe des tarifs :

(*a*) . . . shall consider all matters which it deems proper as affecting the rate: [and]

(*b*) . . . shall have due regard, among other things, to the protection of the public from rates that are excessive as being more than a fair and reasonable charge for services of the nature and quality furnished by the public utility; and to giving to the public utility a fair and reasonable return upon the appraised value of the property of the public utility used, or prudently and reasonably acquired, to enable the public utility to furnish the service. [p. 852]

(Quoting *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277, s. 16(1)(*b*) (repealed S.B.C. 1973, c. 29, s. 187).)

The consequence of this statutory language, Martland J. held, was that the regulator, "when dealing with a rate case, has unlimited discretion as to the matters which it may consider as affecting the rate, but that it must, when actually setting the rate, meet the two requirements specifically mentioned in clause (*b*)": p. 856. That is, the regulator, under this statute, must ensure that the public pays only fair and reasonable charges, and that the utility secures a fair and reasonable return upon its property used *or prudently and reasonably acquired*. This express statutory protection for the recovery of prudently made property acquisition costs thus provides an example of statutory language under which this Court found a non-discretionary obligation to provide a fair return to utilities for capital expenditures that were either used or prudently acquired.

[97] In 2005, the Nova Scotia Utility and Review Board ("NSUARB") considered and adopted a definition of the prudent investment test articulated by the Illinois Commerce Commission:

. . . prudence is that standard of care which a reasonable person would be expected to exercise under the same circumstances encountered by utility management at the time decisions had to be made. . . . Hindsight is not applied in assessing prudence. . . . A utility's decision is

[TRADUCTION]

(*a*) . . . considérer tout élément qu'il juge susceptible d'influer sur les tarifs; [et]

(*b*) . . . tenir dûment compte, notamment, de la protection du public contre les tarifs excessifs qui excèdent ce qui est juste et raisonnable en contrepartie du service de la nature et de la qualité de celui fourni et de l'obtention par le service public d'un rendement juste et raisonnable sur les biens qu'il affecte à la prestation du service ou qu'il acquiert à cette fin de manière prudente et raisonnable, selon leur valeur d'expertise. [p. 852]

(Citant *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 227, al. 16(1)*b*) (abrogé S.B.C. 1973, c. 29, art. 187).)

Le juge Martland conclut de ce libellé que l'organisme de réglementation [TRADUCTION] « appelé à se prononcer sur la fixation de tarifs jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu quant aux éléments qu'il juge susceptibles d'influer sur les tarifs, mais qu'il doit, lorsqu'il établit la tarification, satisfaire aux deux exigences expressément prévues à l'al. (*b*) » (p. 856). Ainsi, l'organisme de réglementation est tenu par cette loi de faire en sorte que le public ne paie que ce qui est juste et raisonnable et que le service public obtienne un rendement juste et raisonnable sur la valeur des biens qu'il a utilisés *ou acquis de manière prudente et raisonnable*. Cette protection légale expresse du recouvrement du coût des biens acquis avec prudence offre un exemple de libellé législatif sur le fondement duquel notre Cour a conclu à l'existence d'une obligation non discrétionnaire d'assurer au service public un rendement juste sur les immobilisations qu'il a utilisées ou acquises avec prudence.

[97] En 2005, la Nova Scotia Utility and Review Board (« NSUARB ») a examiné puis adopté la définition du critère de l'investissement prudent proposée par l'Illinois Commerce Commission :

[TRADUCTION] . . . la prudence est la norme de diligence qu'une personne raisonnable aurait respectée dans la situation rencontrée par la direction du service public au moment où elle a dû prendre les décisions. [. . .] Le recul est exclu lorsqu'il s'agit d'apprécier la prudence. [. . .]

prudent if it was within the range of decisions reasonable persons might have made. . . . The prudence standard recognizes that reasonable persons can have honest differences of opinion without one or the other necessarily being imprudent.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 ("*Nova Scotia Power 2005*"), at para. 84 (CanLII))

The NSUARB then wrote that "[f]ollowing a review of the cases, the Board finds that the definition of imprudence as set out by the Illinois Commerce Commission is a reasonable test to be applied in Nova Scotia": para. 90. The NSUARB then considered, among other things, whether the utility's recent fuel procurement strategy had been prudent, and found that it had not: para. 94. It did not, however, indicate that it believed itself to be compelled to apply the prudent investment test.

[98] The NSUARB reaffirmed its endorsement of the prudent investment test in 2012: *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 ("*Nova Scotia Power 2012*"), at paras. 143-46 (CanLII). In that case, the utility whose submissions were under review "confirmed that from its perspective this is the test the Board should apply": para. 146. The NSUARB then applied the prudence test in evaluating whether several of the utility's operational decisions were prudent, and found that some were not: para. 188.

[99] In 2006, the Ontario Court of Appeal considered the meaning of the prudent investment test in *Enbridge*. This case is of particular interest for two reasons. First, the Ontario Court of Appeal endorsed in its reasons a specific formulation of the prudent investment test framework:

– Decisions made by the utility's management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.

La décision du service public est prudente si elle fait partie des décisions qu'une personne raisonnable aurait pu prendre. [. . .] La norme de la prudence reconnaît que des personnes raisonnables peuvent sincèrement différer d'opinions sans pour autant que l'une ou l'autre soit imprudente.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (« *Nova Scotia Power 2005* »), par. 84 (CanLII))

La NSUARB conclut alors que, [TRADUCTION] « [a]près examen de la jurisprudence, [. . .] la définition d'imprudence proposée par l'Illinois Commerce Commission constitue un critère raisonnable susceptible d'application en Nouvelle-Écosse » (par. 90). Elle se demande notamment si la stratégie récente d'achat de carburant du service public a été prudente, et elle répond par la négative (par. 94). Elle ne se dit cependant pas tenue d'appliquer le critère de l'investissement prudent.

[98] En 2012, la NSUARB a renouvelé son adhésion au critère de l'investissement prudent (*Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (« *Nova Scotia Power 2012* »), par. 143-146 (CanLII)). Dans cette affaire, le service public dont les arguments faisaient l'objet de l'examen [TRADUCTION] « a confirmé que, selon lui, il s'agit du critère que la commission devrait appliquer » (par. 146). La NSUARB a ensuite appliqué le critère de la prudence pour décider si plusieurs décisions opérationnelles du service public avaient été prudentes ou non, et elle a conclu que certaines d'entre elles ne l'avaient pas été (par. 188).

[99] En 2006, dans l'arrêt *Enbridge*, la Cour d'appel de l'Ontario se penche sur la teneur du critère de l'investissement prudent. Cet arrêt revêt un intérêt particulier pour deux raisons. Premièrement, la Cour d'appel y circonscrit précisément l'application du critère :

[TRADUCTION]

– La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.

– To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.

– Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.

– Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time. [para. 10]

[100] Second, the Court of Appeal in *Enbridge* made certain statements that suggest that the prudent investment test was a necessary approach to reviewing committed costs. Specifically, it noted that in deciding whether Enbridge's requested rate increase was just and reasonable,

the [Board] was required to balance the competing interests of Enbridge and its consumers. That balancing process is achieved by the application of what is known in the utility rate regulation field as the "prudence" test. Enbridge was entitled to recover its costs by way of a rate increase only if those costs were "prudently" incurred. [para. 8]

The Court of Appeal also noted that the Board had applied the "proper test": para. 18. These statements tend to suggest that the Court of Appeal was of the opinion that prudence review is an inherent and necessary part of ensuring just and reasonable payments.

[101] However, the question of whether the prudence test was a required feature of just-and-reasonable analysis in this context was not squarely before the Court of Appeal in *Enbridge*. Rather, the parties in that case "were in substantial agreement on the general approach the Board should take to reviewing the prudence of a utility's decision" (para. 10), and the question at issue was whether

– Pour qu'elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu'aurait dû connaître le service public au moment où il l'a prise.

– Le recul est exclu de l'appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.

– La prudence est appréciée dans le cadre d'une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision. [par. 10]

[100] Deuxièmement, elle donne plusieurs fois à entendre que le recours au critère de l'investissement prudent est nécessaire pour se prononcer sur les dépenses convenues. Plus précisément, elle signale que pour décider du caractère juste et raisonnable de l'augmentation des tarifs demandée par Enbridge,

[TRADUCTION] la [Commission] était tenue de soupeser les intérêts opposés d'Enbridge et des consommateurs. Pour ce faire, elle devait appliquer ce qu'on appelle dans le domaine de la réglementation des tarifs des services publics le critère de la « prudence ». Enbridge était en droit de recouvrer ses coûts au moyen d'une augmentation de ses tarifs, mais seulement si la décision derrière ces coûts était « prudente ». [par. 8]

La Cour d'appel ajoute que la Commission a appliqué le [TRADUCTION] « bon critère » (par. 18). Ces affirmations tendent à indiquer que, selon la Cour d'appel, le contrôle de la prudence est fondamental et nécessaire afin que les paiements soient justes et raisonnables.

[101] Or, dans cette affaire, la Cour d'appel n'était pas directement saisie de la question de savoir si, dans ce contexte, l'application du critère de la prudence était nécessaire à l'appréciation du caractère juste et raisonnable des paiements. En fait, les parties s'entendaient [TRADUCTION] « pour l'essentiel sur la démarche qui devait être celle de la Commission pour apprécier la prudence d'une décision d'un

the Board had reasonably applied that agreed-upon approach. In this sense, *Enbridge* is similar to *Nova Scotia Power 2012*: both cases involved the application of prudence analysis in contexts where there was no dispute over whether an alternative methodology could reasonably have been applied.

(3) Conclusion Regarding the Prudent Investment Test

[102] The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. While there exist different articulations of prudence review, *Enbridge* presents one express statement of how a regulatory board might structure its review to assess the prudence of utility expenditures at the time they were incurred or committed. A no-hindsight prudence review has most frequently been applied in the context of capital costs, but *Enbridge* and *Nova Scotia Power* (both *2005* and *2012*) provide examples of its application to decisions regarding operating costs as well. I see no reason in principle why a regulatory board should be barred from applying the prudence test to operating costs.

[103] However, I do not find support in the statutory scheme or the relevant jurisprudence for the notion that the Board should be *required* as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998*, to apply the prudence test as outlined in *Enbridge* such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Nor is the creation of such an obligation by this Court justified. As discussed above, where a statute requires only that the regulator set "just and reasonable" payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility's proposed payment

service public » (par. 10). La question en litige était celle de savoir si la Commission avait eu recours à cette démarche de manière raisonnable. En ce sens, l'affaire *Enbridge* s'apparente à *Nova Scotia Power 2012* : les deux concernent l'application du critère de la prudence lorsqu'aucune des parties ne soutient qu'une autre démarche aurait pu raisonnablement s'appliquer.

(3) Conclusion sur le critère de l'investissement prudent

[102] Le critère de l'investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d'apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Il existe certes des formulations différentes du contrôle de la prudence, mais l'arrêt *Enbridge* précise en détail quelle peut être la démarche d'un organisme de réglementation appelé à décider si, au moment où le service public les a faites ou en a convenu, les dépenses étaient prudentes ou non. Le plus souvent, le contrôle de la prudence excluant le recul s'applique aux coûts en capital, mais l'arrêt *Enbridge* et les décisions *Nova Scotia Power* (*2005* et *2012*) montrent qu'il s'applique aussi aux dépenses d'exploitation. Je ne vois aucune raison de principe d'interdire à un organisme de réglementation d'appliquer le critère de la prudence aux dépenses d'exploitation.

[103] Toutefois, aucun élément du régime législatif ou de la jurisprudence applicable ne me paraît appuyer l'idée que la Commission devrait être *tenue* en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, d'appliquer le critère de la prudence énoncé dans l'arrêt *Enbridge*, de sorte que la seule décision de ne pas l'appliquer pour apprécier la prudence de dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Notre Cour n'est pas non plus justifiée de créer pareille obligation. Je le répète, lorsqu'un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* en Ontario — exige seulement qu'il fixe des paiements « justes et raisonnables », l'organisme de réglementation peut avoir recours à divers

amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts: O. Reg. 53/05, s. 6(1).

[104] To summarize, it is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. As noted above, applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost. I emphasize, however, that this decision should not be read to give regulators *carte blanche* to disallow a utility's committed costs at will. Prudence review of committed costs may in many cases be a sound way of ensuring that utilities are treated fairly and remain able to secure required levels of investment capital. As will be explained, particularly with regard to committed capital costs, prudence review will often provide a reasonable means of striking the balance of fairness between consumers and utilities.

[105] This conclusion regarding the Board's ability to select its methodology rests on the particulars of the statutory scheme under which the Board operates. There exist other statutory schemes in which regulators are expressly required to compensate utilities for certain costs prudently incurred: see *British Columbia Electric Railway Co*. Under such a framework, the regulator's methodological discretion may be more constrained.

moyens d'analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements (règlement 53/05, par. 6(1)).

[104] En résumé, il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Comme nous l'avons vu, présumer la prudence serait incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec le recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses. Je précise toutefois que la présente décision ne doit pas être interprétée de façon à permettre aux organismes de réglementation de refuser à leur guise d'approuver des dépenses convenues. Le contrôle de la prudence de dépenses convenues peut, dans bien des cas, constituer un bon moyen de faire en sorte que les services publics soient traités équitablement et demeurent aptes à obtenir les investissements de capitaux requis. Comme je l'explique plus loin, en ce qui a trait plus particulièrement aux coûts en capital convenus, le contrôle de la prudence offre le plus souvent un moyen raisonnable d'établir un équilibre entre les intérêts du consommateur et ceux du service public.

[105] Cette conclusion sur le pouvoir de la Commission de décider de sa démarche découle du régime législatif qui régit son fonctionnement. D'autres régimes législatifs prévoient expressément que l'organisme de réglementation en cause est tenu d'indemniser le service public de certaines dépenses découlant de décisions prudentes (voir l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co.*). Selon ces autres cadres législatifs, le pouvoir discrétionnaire qui permet à l'organisme de réglementation de décider de sa démarche peut être plus restreint.

(4) Application to the Board's Decision

[106] In this case, the Board disallowed a total of $145 million in compensation costs associated with OPG's nuclear operations, over two years. As discussed above, these costs are best understood as at least partly committed. In view of the nature of these particular costs and the circumstances in which they became committed, I do not find that the Board acted unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs.

[107] First, the costs at issue are operating costs, rather than capital costs. Capital costs, particularly those pertaining to areas such as capacity expansion or upgrades to existing facilities, often entail some amount of risk, and may not always be strictly necessary to the short-term ongoing production of the utility. Nevertheless, such costs may often be a wise investment in the utility's future health and viability. As such, prudence review, including a no-hindsight approach (with or without a presumption of prudence, depending on the applicable statutory context), may play a particularly important role in ensuring that utilities are not discouraged from making the optimal level of investment in the development of their facilities.

[108] Operating costs, like those at issue here, are different in kind from capital costs. There is little danger in this case that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. It is true that a decision such as the Board's in this case may have the effect of making OPG more hesitant about committing to relatively high compensation costs, but that was precisely the intended effect of the Board's decision.

(4) Application à la décision de la Commission

[106] En l'espèce, la Commission refuse à OPG le recouvrement au total de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération dans le secteur nucléaire, sur deux ans. Rappelons qu'il faut considérer que ces dépenses constituent, du moins en partie, des dépenses convenues. Compte tenu de la nature de ces dépenses en particulier et des circonstances dans lesquelles le service public en a convenu, je ne saurais conclure que la Commission a agi déraisonnablement en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG à leur égard.

[107] Premièrement, il s'agit de dépenses d'exploitation, et non de coûts en capital. Les coûts en capital, en particulier ceux qui se rapportent par exemple à l'accroissement de la capacité ou à l'amélioration des installations actuelles, comportent souvent un risque et peuvent ne pas être nécessaires, à strictement parler, à la production à court terme du service public. Ces coûts peuvent néanmoins constituer un investissement judicieux pour le bon fonctionnement et la viabilité ultérieurs de ce dernier. Dès lors, le contrôle de la prudence, qui exclut le recul (et présume ou non la prudence, selon les dispositions législatives applicables), peut jouer un rôle particulièrement important pour faire en sorte que le service public ne soit pas dissuadé d'investir de manière optimale dans le développement de ses installations.

[108] Les dépenses d'exploitation, comme celles visées en l'espèce, diffèrent des coûts en capital. Il est peu probable que le refus de les approuver dissuade OPG d'en faire à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles qui ont été refusées sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Certes, une décision comme celle rendue par la Commission en l'espèce peut faire hésiter OPG à convenir de dépenses relativement élevées au chapitre de la rémunération, mais tel était précisément l'effet voulu par la Commission.

[109] Second, the costs at issue arise in the context of an ongoing, "repeat-player" relationship between OPG and its employees. Prudence review has its origins in the examination of decisions to pursue particular investments, such as a decision to invest in capacity expansion; these are often one-time decisions made in view of a particular set of circumstances known or assumed at the time the decision was made.

[110] By contrast, OPG's committed compensation costs arise in the context of an ongoing relationship in which OPG will have to negotiate compensation costs with the same parties in the future. Such a context supports the reasonableness of a regulator's decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. Prudence review is simply less relevant when the Board's focus is not solely on compensating for past commitments, but on regulating costs to be incurred in the future as well. As will be discussed further, the Board's ultimate disallowance was not targeted exclusively at committed costs, but rather was made with respect to the total compensation costs it evaluated in aggregate. Though the Board acknowledged that OPG may not have had the discretion to reduce spending by the entire amount of the disallowance, the disallowance was animated by the Board's efforts to get OPG's ongoing compensation costs under control.

[111] Having already given OPG a warning that the Board found its operational costs to be of concern (see Board 2008-2009 Decision, at pp. 28-32), it was not unreasonable for the Board to be more forceful in considering compensation costs to ensure effective regulation of such costs going forward. The Board's statement that its disallowance was intended "to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance" (Board Decision, at para. 350) shows that it had the ongoing effects of its disallowance squarely in mind in issuing its decision in this case.

[109] Deuxièmement, les dépenses en cause découlent d'une relation continue entre OPG et ses employés. Le contrôle de la prudence tire son origine de l'examen de décisions d'effectuer certains investissements, notamment pour accroître la capacité; il s'agit souvent de décisions isolées prises à la lumière d'un ensemble de données alors connues ou supposées.

[110] À l'opposé de celles issues de telles décisions, les dépenses de rémunération convenues d'OPG découlent d'une relation continue dans le cadre de laquelle OPG devra négocier ultérieurement les barèmes de rémunération avec les mêmes parties. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l'organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu'il juge pertinente aux fins d'établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s'en tenir à une approche excluant le recul. Le contrôle de la prudence se révèle tout simplement moins indiqué lorsque la Commission n'entend pas seulement indemniser le service public des engagements déjà pris, mais aussi réguler les dépenses qui seront faites dans l'avenir. En fin de compte, le refus de la Commission ne vise pas que des dépenses convenues, mais bien la totalité des dépenses de rémunération considérées globalement. Même si la Commission reconnaît qu'OPG n'avait peut-être pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant de réduire ses dépenses à raison du montant total refusé, le refus de la Commission vise à inciter OPG à la maîtrise constante de ses dépenses de rémunération.

[111] Après que la Commission eut signifié à OPG que ses dépenses d'exploitation lui paraissaient préoccupantes (voir la décision 2008-2009 de la Commission, p. 28-32), il n'était pas déraisonnable qu'elle se montre plus stricte dans l'examen des dépenses de rémunération du service public afin d'en assurer la régulation réelle à l'avenir. Le fait que la Commission dit refuser l'approbation [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350) montre qu'elle a bel et bien conscience des répercussions actuelles de son refus.

[112] The reasonableness of the Board's decision to disallow $145 million in compensation costs is supported by the Board's recognition of the fact that OPG was bound to a certain extent by the collective agreements in making staffing decisions and setting compensation rates, and its consideration of this factor in setting the total disallowance: Board Decision, at para. 350. The Board's methodological flexibility ensures that its decision need not be "all or nothing". Where appropriate, to the extent that the utility was unable to reduce its costs, the total burden of such costs may be moderated or shared as between the utility's shareholders and the consumers. The Board's moderation in this case shows that, in choosing to disallow costs without applying a formal no-hindsight prudence review, it remained mindful of the need to ensure that any disallowance was not unfair to OPG and certainly did not impair the viability of the utility.

[112] Le caractère raisonnable du refus de la Commission d'approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération tient à ce qu'elle reconnaît qu'OPG était liée dans une certaine mesure par les conventions collectives dans sa prise de décisions en matière de personnel et dans la fixation des barèmes de rémunération, et à ce qu'elle en tient compte pour déterminer la somme totale refusée (décision de la Commission, par. 350). La souplesse méthodologique dont bénéficie la Commission lui permet d'éviter les extrêmes. Lorsque le service public ne peut réduire ses dépenses, la prise en charge de celles-ci peut, si le dossier s'y prête, être modérée ou répartie entre les actionnaires du service public et les consommateurs. La modération opérée par la Commission en l'espèce montre que, en refusant d'approuver les dépenses sans recourir formellement à un contrôle de la prudence excluant le recul, elle ne perd pas de vue la nécessité de veiller à ce que tout refus ne soit pas injuste envers OPG ni, assurément, à ce qu'il ne nuise pas à sa viabilité.

[113] Justice Abella, in her dissent, acknowledges that the Board has the power under prudence review to disallow committed costs in at least some circumstances: para. 152. However, she speculates that any such disallowance could "imperil the assurance of reliable electricity service": para. 156. A large or indiscriminate disallowance might create such peril, but it is also possible for the Board to do as it did here, and temper its disallowance to recognize the realities facing the utility.

[113] Dans ses motifs de dissidence, la juge Abella reconnaît que, lors du contrôle de la prudence, la Commission peut, du moins dans certaines circonstances, refuser des dépenses convenues (par. 152). Elle dit toutefois craindre qu'un tel refus puisse « mettre en péril la garantie d'un service d'électricité fiable » (par. 156). Le refus d'une somme importante ou opposé sans discernement pourrait exposer à un tel risque, mais il se peut aussi que l'organisme de réglementation fasse ce que la Commission fait en l'espèce, c'est-à-dire modérer son refus en tenant compte des réalités auxquelles fait face le service public.

[114] There is no dispute that collective agreements are "immutable" between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The existence both of collective bargaining for utility employees and of the Board's power to fix payment amounts covering compensation costs indicates neither regime can trump the other. The Board cannot interfere with the collective agreement by ordering that a utility break its

[114] Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d'un service public. La coexistence du droit à la négociation collective des employés du service public et du pouvoir de la Commission de fixer le montant des paiements pour les dépenses de rémunération indique que ni l'un ni l'autre n'a

obligations thereunder, but nor can the collective agreement supersede the Board's duty to ensure a just and reasonable balance between utility and consumer interests.

[115] Justice Abella says that the Board's review of committed costs using hindsight evidence appears to contradict statements made earlier in its decision. The Board wrote that it would use all relevant evidence in assessing forecast costs but that it would limit itself to a no-hindsight approach in reviewing costs that OPG could not "take action to reduce": Board Decision, at para. 75. In my view, these statements can be read as setting out a reasonable approach for analyzing costs that could reliably be fit into forecast or committed categories. However, not all costs are amenable to such clean categorization by the Board in assessing payment amounts for a test period.

[116] With regard to the compensation costs at issue here, the Board declined to split the total cost disallowance into forecast and committed components in conducting its analysis. As Hoy J. observed, "[g]iven the complexity of OPG's business, and respecting its management's autonomy, [the Board] did not try to quantify precisely the amount by which OPG could reduce its forecast compensation costs within the framework of the existing collective bargaining agreements": Div. Ct. reasons, at para. 53. That is, the Board did not split all compensation costs into either "forecast" or "committed", but analyzed the disallowance of compensation costs as a mix of forecast and committed expenditures over which management retained some, but not total, control.

préséance. La Commission ne peut empiéter sur les conventions collectives en ordonnant au service public de manquer aux obligations qu'elles lui imposent, mais les conventions collectives ne priment pas l'obligation de la Commission d'assurer un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs.

[115] La juge Abella affirme que l'examen des dépenses convenues auquel se livre la Commission à partir d'éléments de recul paraît contredire ce que l'organisme affirme précédemment dans sa décision. La Commission écrit en effet qu'elle prendra en compte tout élément de preuve pertinent pour apprécier les dépenses prévues, mais qu'elle s'en tiendra à un examen sans recul pour ce qui concerne les dépenses à l'égard desquelles OPG [TRADUCTION] « ne pouvait prendre de mesures de réduction » (décision de la Commission, par. 75). À mon sens, on peut en conclure qu'elle recourt à une démarche raisonnable pour l'analyse de dépenses que l'on peut assimiler avec assurance soit à des dépenses prévues, soit à des dépenses convenues. Cependant, toutes les dépenses ne sont pas susceptibles d'une distinction aussi nette par la Commission lorsqu'il s'agit d'apprécier le montant des paiements pour une période de référence.

[116] En ce qui a trait aux dépenses de rémunération en cause, la Commission refuse de préciser quelle partie de la somme totale refusée correspond à des dépenses prévues et quelle partie correspond à des dépenses convenues pour les besoins de son analyse. Le juge Hoy fait observer que, [TRADUCTION] « [v]u la complexité de l'activité d'OPG et l'autonomie de gestion dont elle jouit, [la Commission] n'a pas tenté de déterminer avec précision le montant dont les dépenses de rémunération prévues d'OPG auraient pu être réduites dans le contexte des conventions collectives en vigueur » (motifs de la C. div., par. 53). En somme, la Commission ne départage pas les dépenses de rémunération totales entre celles qui sont « prévues » et celles qui sont « convenues ». Elle considère plutôt que les dépenses de rémunération refusées se composent à la fois de dépenses prévues et de dépenses convenues sur lesquelles la direction conservait une certaine maîtrise, mais non une maîtrise totale.

[117] It was not unreasonable for the Board to proceed on the basis that predicting staff attrition rates is an inherently uncertain exercise, and that it is not equipped to micromanage business decisions within the purview of OPG management. These considerations mean that any attempt to predict the exact degree to which OPG would be able to reduce compensation costs (in other words, what share of the costs were forecast) would be fraught with uncertainty. Accordingly, it was not unreasonable for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach is not inconsistent with the Board's discussion at paras. 73-75, but rather represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into the categories discussed in that passage.

[118] Justice Abella emphasizes throughout her reasons that the costs established by the collective agreements were not adjustable. I do not dispute this point. However, to the extent that she relies on the observation that the collective agreements "made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels" of the unionized workforce (para. 149 (emphasis in original)), one might conclude that the Board was in some way trying to interfere with OPG's obligations under its collective agreements. It is important not to lose sight of the fact that the Board decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees.

[119] Finally, her observation that the Canadian Nuclear Safety Commission ("CNSC") "has . . . imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations" (para. 127) is irrelevant to the issues raised in this case. While the regime put in place by the CNSC surely imposes operational and staffing restraints on nuclear utilities (see OPG record, at

[117] Il n'est pas déraisonnable que la Commission considère que la prévision du taux d'attrition du personnel constitue en soi une entreprise incertaine et qu'elle n'est pas en mesure de microgérer les décisions d'affaires qui relèvent des dirigeants d'OPG. Dès lors, toute tentative de prédire la mesure exacte dans laquelle OPG pourrait abaisser ses dépenses de rémunération (autrement dit, quelle partie de ces dépenses est prévue) serait empreinte d'incertitude. Il n'est donc pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche est compatible avec l'analyse de la Commission figurant aux par. 73-75 de sa décision et correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans cette analyse.

[118] Tout au long de ses motifs, la juge Abella rappelle que les dépenses découlant des conventions collectives ne peuvent être rajustées. Je n'en disconviens pas. Cependant, lorsqu'elle opine que les conventions collectives « rend[ent] *illégale* la modification par le service public [. . .] des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation » à l'égard de son personnel syndiqué (par. 149 (en italique dans l'original)), d'aucuns pourraient en conclure que la Commission tente de quelque manière de s'immiscer dans l'exécution des obligations d'OPG suivant les conventions collectives. Il importe de ne pas oublier que la Commission n'entend pas, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés.

[119] Enfin, la remarque de ma collègue selon laquelle la Commission canadienne de sûreté nucléaire (« CCSN ») « [a] impos[é] [. . .] des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires » (par. 127) importe peu quant aux questions soulevées en l'espèce. Bien que le régime établi par la CCSN impose sûrement des conditions

pp. 43-46), there is nothing in the Board's reasons, and no argument presented before this Court, suggesting that the Board's disallowance will result in a violation of the provisions of the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9.

[120] I have noted above that it is essential for a utility to earn its cost of capital in the long run. The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended "to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance" (Board Decision, at para. 350). Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

VI. Conclusion

[121] I do not find that the Board acted improperly in pursuing this matter on appeal; nor do I find that it acted unreasonably in disallowing the compensation costs at issue. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

The following are the reasons delivered by

[122] Abella J. (dissenting) — The Ontario Energy Board was established in 1960 to set rates for the sale and storage of natural gas and to approve pipeline construction projects. Over time, its powers and responsibilities evolved. In 1973, the Board became responsible for reviewing and reporting to the Minister of Energy on electricity rates. During this period, Ontario's electricity market was lightly regulated, dominated by the government-owned

d'exploitation et de dotation aux installations nucléaires (voir dossier OPG, p. 43-46), nul élément des motifs de la Commission et nulle plaidoirie devant notre Cour n'indiquent que le refus de la Commission entraînera le non-respect des dispositions de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.

[120] Je rappelle qu'il est essentiel qu'un service public obtienne à long terme l'équivalent du coût du capital. Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il vise à [TRADUCTION] « signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350). L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

VI. Conclusion

[121] Je conclus que la Commission n'a pas agi de manière inappropriée en se pourvoyant en tant que partie en appel; elle n'a pas non plus agi déraisonnablement en refusant d'approuver les dépenses de rémunération en cause. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir celle de la Commission.

Version française des motifs rendus par

[122] La juge Abella (dissidente) — La Commission de l'énergie de l'Ontario a été mise sur pied en 1960. Son mandat était alors d'établir les tarifs applicables à la vente et au stockage de gaz naturel et d'autoriser les projets de construction de pipelines. Au fil du temps, ses compétences et ses fonctions ont évolué. En 1973, le législateur lui a confié la responsabilité d'examiner les tarifs d'électricité puis de faire rapport au ministre de l'Énergie. Pendant cette

Ontario Hydro, which owned power generation assets responsible for about 90 per cent of electricity production in the province: Ron W. Clark, Scott A. Stoll and Fred D. Cass, *Ontario Energy Law: Electricity* (2012), at p. 134; *2011 Annual Report* of the Office of the Auditor General of Ontario, at pp. 5 and 67.

[123] A series of legislative measures in the late 1990s were adopted to transform the electricity industry into a market-based one driven by competition. Ontario Hydro was unbundled into five entities. One of them was Ontario Power Generation Inc., which was given responsibility for controlling the power generation assets of the former Ontario Hydro. It was set up as a commercial corporation with one shareholder — the Province of Ontario: Clark, Stoll and Cass, at pp. 5-7 and 134.

[124] As of April 1, 2008, the Board was given the authority by statute to set payments for the electricity generated by a prescribed list of assets held by Ontario Power Generation: *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(2); O. Reg. 53/05, *Payments Under Section 78.1 of the Act*, s. 3. Under the legislative scheme, Ontario Power Generation is required to apply to the Board for the approval of "just and reasonable" payment amounts: *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1(5). The Board sets its own methodology to determine what "just and reasonable" payment amounts are, guided by the statutory objectives to maintain a "financially viable electricity industry" and to "protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service": O. Reg. 53/05, s. 6(1); *Ontario Energy Board Act, 1998*, paras. 1 and 2 of s. 1(1).

[125] Ontario Power Generation remains the province's largest electricity generator. It was unionized by the Ontario Hydro Employees' Union (the predecessor to the Power Workers' Union) in

période, en Ontario, le marché de l'électricité était peu réglementé. Il était dominé par la société d'État Ontario Hydro, qui possédait des installations de production d'énergie fournissant plus de 90 p. 100 de l'électricité dans la province (Ron W. Clark, Scott A. Stoll et Fred D. Cass, *Ontario Energy Law : Electricity* (2012), p. 134; *Rapport annuel 2011*, Bureau du vérificateur général de l'Ontario, p. 1 et 72).

[123] À la fin des années 1990, une série de mesures législatives a été adoptée en vue d'axer le secteur de l'électricité sur le marché et de le soumettre à la concurrence. Ontario Hydro a été scindée en cinq entités. L'une d'elles, Ontario Power Generation Inc., s'est vu confier l'actif de production d'électricité de l'ancienne société Ontario Hydro. Elle a été constituée en société commerciale dont le seul actionnaire est la province d'Ontario (Clark, Stoll et Cass, p. 5-7 et 134).

[124] Depuis le 1er avril 2008, la Commission est légalement investie du pouvoir de fixer les paiements pour l'électricité produite par les installations prescrites que possède Ontario Power Generation (*Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, par. 78.1(2); règlement 53/05 de l'Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 », art. 3). Suivant le régime législatif, Ontario Power Generation est tenue de faire une demande à la Commission pour obtenir l'approbation de paiements « justes et raisonnables » (*Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, par. 78.1(5)). La Commission établit sa propre méthode pour déterminer ce qui constitue des paiements « justes et raisonnables » au regard des objectifs législatifs qui consistent à maintenir une « industrie de l'électricité financièrement viable » et à « protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité » (règlement 53/05, par. 6(1); *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, dispositions 1 et 2 du par. 1(1).

[125] Ontario Power Generation demeure le plus grand producteur d'électricité de la province. L'Ontario Hydro Employees' Union (auquel a succédé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur

the 1950s, and by the Society of Energy Professionals in 1992: Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (online), at s. 6.2. Today, Ontario Power Generation employs approximately 10,000 people in its regulated businesses, 90 per cent of whom are unionized. Two thirds of these unionized employees are represented by the Power Workers' Union, and the rest by the Society of Energy Professionals.

[126] Both the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals had collective agreements with Ontario Hydro before Ontario Power Generation was established. As a successor company to Ontario Hydro, Ontario Power Generation inherited the full range of these labour relations obligations: Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 69. Ontario Power Generation's collective agreements with its unions prevent the utility from unilaterally reducing staffing or compensation levels.

[127] The Canadian Nuclear Safety Commission, an independent federal government agency responsible for ensuring compliance with the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9, has also imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations.

[128] On May 26, 2010, Ontario Power Generation applied to the Board for a total revenue requirement of $6,909.6 million, including $2,783.9 million in compensation costs — wages, benefits, pension servicing, and annual incentives — to cover the period from January 1, 2011 to December 31, 2012: EB-2010-0008, at pp. 8, 49 and 80.

[129] In its decision, the Board explained that it would use "two types of examination" to assess the utility's expenditures. When evaluating forecast costs — costs that the utility has estimated for

énergétique) a été accrédité comme agent négociateur auprès de l'entreprise dans les années 1950, alors que Society of Energy Professionals l'a été à son tour en 1992 (Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (en ligne), art. 6.2). Le personnel d'Ontario Power Generation affecté à ses activités réglementées se compose aujourd'hui d'environ 10 000 personnes, dont 90 p. 100 sont syndiquées. Deux tiers de ces employés syndiqués sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, un tiers par Society of Energy Professionals.

[126] Le syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals avaient tous deux conclu des conventions collectives avec Ontario Hydro avant la création d'Ontario Power Generation. Lorsqu'elle a succédé à Ontario Hydro, Ontario Power Generation a hérité de la totalité des obligations issues de ces conventions (*Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 69), qui la lient et l'empêchent de réduire unilatéralement les niveaux de dotation ou les barèmes de rémunération.

[127] La Commission canadienne de sûreté nucléaire, un organisme fédéral indépendant chargé de faire respecter la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9, impose également des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires.

[128] Le 26 mai 2010, Ontario Power Generation a demandé à la Commission d'approuver des recettes nécessaires se chiffrant à 6 909,6 millions de dollars pour la période allant du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2012, dont 2 783,9 millions devaient être affectés à la rémunération du personnel — salaires, avantages sociaux, prestations de retraite et incitatifs annuels (EB-2010-0008, p. 8, 49 et 80).

[129] Dans sa décision, la Commission dit soumettre à [TRADUCTION] « deux types d'examen » les dépenses du service public. En ce qui concerne les dépenses prévues — par le service public, pour une

a future period and which can still be reduced or avoided — the Board said that Ontario Power Generation bears the burden of showing that these costs are reasonable. On the other hand, when the Board would be evaluating costs for which "[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce", otherwise known as committed costs, it said that it would undertake "an after-the-fact prudence review . . . conducted in the manner which includes a presumption of prudence", that is, a presumption that the utility's expenditures are reasonable: p. 19.

[130] The Board made no distinction between those compensation costs that were reducible and those that were not. Instead, it subjected all compensation costs to the kind of assessment it uses for reducible, forecast costs and disallowed $145 million because it concluded that the utility's compensation rates and staffing levels were too high.

[131] On appeal, a majority of the Divisional Court upheld the Board's order. In dissenting reasons, Aitken J. concluded that the Board's decision was unreasonable because it did not apply the proper approach to the compensation costs which were, as a result of legally binding collective agreements, fixed and not adjustable. Instead, the Board "lumped" all compensation costs together and made no distinction between those that were the result of binding contractual obligations and those that were not. As she said:

First, I consider any limitation on [Ontario Power Generation's] ability to manage nuclear compensation costs on a go-forward basis, due to binding collective agreements in effect prior to the application and the test period, to be costs previously incurred and subject to an after-the-fact, two-step, prudence review. Second, I conclude that, in considering [Ontario Power Generation's] nuclear compensation costs, as set out in its application, the [Board] in its analysis (though not necessarily in its final number) was required to differentiate between such earlier incurred liabilities and other aspects of the nuclear compensation cost package that were truly projected and

période ultérieure et qu'il est toujours possible de réduire ou d'éviter —, la Commission soutient qu'il incombe à Ontario Power Generation de démontrer leur caractère raisonnable. En revanche, pour ce qui est des dépenses à l'égard desquelles « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction », à savoir les dépenses convenues, la Commission dit qu'elle effectuera « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l'application d'une présomption de prudence », c'est-à-dire une présomption selon laquelle les dépenses du service public sont raisonnables (p. 19).

[130] La Commission ne fait aucune distinction entre les dépenses de rémunération qui sont réductibles et celles qui ne le sont pas. Elle soumet plutôt toutes les dépenses de rémunération à l'appréciation qu'elle réserve aux dépenses prévues réductibles et elle refuse d'approuver les paiements demandés à raison de 145 millions de dollars au motif que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation sont trop élevés.

[131] En appel, les juges majoritaires de la Cour divisionnaire confirment l'ordonnance de la Commission. Dans ses motifs dissidents, la juge Aitken conclut que la décision de la Commission est déraisonnable, car elle n'applique pas la bonne approche aux dépenses de rémunération, lesquelles constituent, par l'effet de conventions collectives contraignantes en droit, des dépenses fixes et non ajustables. Selon elle, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » plutôt toutes les dépenses de rémunération et ne fait aucune distinction entre celles qui découlent d'obligations contractuelles obligatoires et celles qui n'en découlent pas. Comme elle l'affirme :

[TRADUCTION] Premièrement, j'estime que les dépenses de rémunération du secteur nucléaire [d'Ontario Power Generation], pour une période ultérieure, assujetties à une contrainte en raison de conventions collectives qui s'appliquaient avant la demande et la période de référence, constituent des dépenses déjà faites qui doivent faire l'objet d'un contrôle de la prudence après coup, en deux étapes. Deuxièmement, dans l'analyse (mais pas nécessairement dans l'appréciation finale) des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont fait état la demande, la [Commission] était tenue de faire une distinction entre les dépenses déjà effectuées et d'autres

not predetermined. Third, in my view, the [Board] was required to undergo a prudence review in regard to those aspects of the nuclear compensation package that arose under binding contracts entered prior to the application and the test period. In regard to the balance of factors making up the nuclear compensation package, the [Board] was free to determine, based on all available evidence, whether such factors were reasonable. Fourth, had a prudence review been undertaken, there was evidence upon which the [Board] could reasonably have decided that the presumption of prudence had been rebutted in regard to those cost factors mandated in the collective agreements. Unfortunately, I cannot find anywhere in the Decision of the [Board] where such an analysis was undertaken. The [Board] lumped all nuclear compensation costs together. It dealt with them as if they all emanated from the same type of factors and none reflected contractual obligations to which the [Ontario Power Generation] was bound due to a collective agreement entered prior to the application and the test period. Finally, I conclude that, when the [Board] was considering the reasonableness of the nuclear compensation package, it erred in considering evidence that came into existence after the date on which the collective agreements were entered when it assessed the reasonableness of the rates of pay and other binding provisions in the collective agreements. [para. 75]

réellement prévues, mais non préétablies. Troisièmement, à mon avis, la [Commission] devait soumettre à un contrôle de la prudence la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire qui découlait de contrats obligatoires conclus avant la demande et la période de référence. Pour ce qui est des autres facteurs présidant à la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] pouvait, en se fondant sur toute la preuve disponible, décider s'ils étaient raisonnables ou non. Quatrièmement, si un contrôle de la prudence avait été effectué, des éléments de preuve auraient pu raisonnablement permettre à la [Commission] de conclure à la réfutation de la présomption de prudence en ce qui a trait aux éléments issus des conventions collectives qui influaient sur les dépenses. Malheureusement, je constate que nulle part dans sa décision la [Commission] ne se livre à une telle analyse. Elle regroupe sans distinctions toutes les dépenses de rémunération du secteur nucléaire. Elle considère qu'elles ont toutes la même origine et qu'aucune ne découle d'obligations contractuelles auxquelles [Ontario Power Generation] était tenue par une convention collective conclue avant la demande et la période de référence. Enfin, j'estime que, lorsqu'elle se penche sur le caractère raisonnable de la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] commet l'erreur de tenir compte d'éléments de preuve ayant vu le jour après la conclusion des conventions collectives pour apprécier le caractère raisonnable des barèmes de rémunération et d'autres dispositions contraignantes des conventions collectives. [par. 75]

[132] The Court of Appeal unanimously agreed with Aitken J.'s conclusion, finding that "the compensation costs at issue before the [Board] were committed costs" which should therefore have been assessed using a presumption of prudence. As they both acknowledged, it was open to the Board to find that the presumption had been rebutted in connection with the binding contractual obligations, but the Board acted unreasonably in failing to take the immutable nature of the fixed costs into consideration.

[132] La Cour d'appel souscrit à l'unanimité à la conclusion de la juge Aitken et statue que [TRADUCTION] « les dépenses de rémunération en cause devant la [Commission] étaient des dépenses convenues » qu'il aurait donc fallu apprécier en présumant leur prudence. Elles reconnaissent toutes deux qu'il était loisible à la Commission de conclure que la présomption était réfutée en ce qui concerne les obligations contractuelles obligatoires, mais qu'elle a agi déraisonnablement en ne tenant pas compte de la nature immuable des coûts fixes.

[133] I agree. The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. Ontario Power Generation's compensation costs

[133] Je suis d'accord. Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les dépenses de rémunération

were therefore overwhelmingly predetermined and could not be adjusted by the utility during the relevant period. These are precisely the type of costs that the Board referred to in its decision as costs for which "[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce" and which must be subjected to "a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence": para. 75.

[134] In my respectful view, failing to acknowledge the legally binding, non-reducible nature of the cost commitments reflected in the collective agreements and apply the review the Board itself said should apply to such costs, rendered its decision unreasonable.

Analysis

[135] Pursuant to s. 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, upon application from Ontario Power Generation, the Board is required to determine "just and reasonable" payment amounts to the utility. In the utility regulation context, the phrase "just and reasonable" reflects the aim of "navigating the straits" between overcharging a utility's customers and underpaying the utility for the public service it provides: *Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), at p. 481; see also *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, at pp. 192-93.

[136] The methodology adopted by the Board to determine "just and reasonable" payments to Ontario Power Generation draws in part on the regulatory concept of "prudence". Prudence is "a legal basis for adjudging the meeting of utilities' public interest obligations, specifically in regard to rate proceedings": Robert E. Burns et al., *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, April 1985, at p. 20. The concept emerged in the early 20th century as a judicial response to the "mind-numbing complexity" of other approaches being

d'Ontario Power Generation étaient donc en très grande partie préétablies et ne pouvaient être rajustées par l'entreprise au cours de la période considérée. Il s'agit précisément du type de dépenses que la Commission qualifie, dans sa décision, de dépenses à l'égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » et qui doivent faire l'objet d'un « contrôle de la prudence comportant l'application d'une présomption de prudence » (par. 75).

[134] Soit dit tout en respect, la Commission rend une décision déraisonnable en ne reconnaissant pas le caractère contraignant en droit et non réductible des dépenses auxquelles le service public s'était engagé lors de la signature des conventions collectives et en omettant de soumettre ces dépenses au contrôle qui s'imposait pourtant selon elle à leur égard.

Analyse

[135] Conformément au par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, sur demande d'Ontario Power Generation, la Commission fixe le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit le service public. Dans le contexte de la réglementation des services publics, l'expression « justes et raisonnables » traduit l'objectif qui consiste à [TRADUCTION] « naviguer entre les récifs » que sont, d'une part, les tarifs excessifs imposés au consommateur et, d'autre part, la rétribution insuffisante du service public (*Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), p. 481; voir aussi *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192-193).

[136] La méthode retenue par la Commission pour déterminer le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit Ontario Power Generation prend en partie appui sur la notion de « prudence ». En droit réglementaire, la prudence offre un [TRADUCTION] « fondement juridique pour se prononcer sur le respect des obligations des services publics liées à l'intérêt public, plus particulièrement en ce qui concerne le processus de tarification » (Robert E. Burns et autres, *The Prudent Investment Test in the 1980s*, rapport NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, avril 1985, p. 20). Apparue

used by regulators to determine "just and reasonable" amounts, and introduced a legal presumption that a regulated utility has acted reasonably: *Verizon Communications*, at p. 482. As Justice Brandeis famously explained in 1923:

> The term prudent investment is not used in a critical sense. There should not be excluded from the finding of the base, investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable. The term is applied for the purpose of excluding what might be found to be dishonest or obviously wasteful or imprudent expenditures. Every investment may be assumed to have been made in the exercise of reasonable judgment, unless the contrary is shown. [Emphasis added.]
>
> (*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn. 1, per Brandeis J., dissenting)

[137] The presumption of prudence is the starting point for the type of examination the Board calls a "prudence review". In undertaking a prudence review, the Board applies a "well-established set of principles":

- Decisions made by the utility's management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.
- To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.
- Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.
- Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be

au début du 20e siècle, cette notion jurisprudentielle visait à remédier à la [TRADUCTION] « complexité paralysante » des approches différentes utilisées par les organismes de réglementation pour arrêter des montants « justes et raisonnables », et elle présumait que le service public réglementé avait agi raisonnablement (*Verizon Communications*, p. 482). Ainsi, comme l'explique le juge Brandeis dans un extrait bien connu datant de 1923 :

> [TRADUCTION] L'emploi de l'expression « investissement prudent » n'est pas décisif. L'établissement de la base de tarification ne devrait pas exclure les investissements qui, dans des circonstances ordinaires, seraient considérés raisonnables. Cet emploi vise plutôt à exclure les dépenses qui pourraient être jugées malhonnêtes ou manifestement excessives ou imprudentes. On peut supposer que tout investissement considéré a été fait dans l'exercice d'un jugement raisonnable, sauf preuve du contraire. [Je souligne.]
>
> (*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1, le juge Brandeis (dissident))

[137] La présomption de prudence constitue le point de départ de l'examen que la Commission appelle [TRADUCTION] « contrôle de la prudence ». Lorsqu'elle entreprend ce contrôle de la prudence, la Commission applique un « ensemble bien établi de principes » :

[TRADUCTION]

- La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
- Pour qu'elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu'aurait dû connaître le service public au moment où il l'a prise.
- Le recul est exclu dans l'appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
- La prudence est appréciée dans le cadre d'une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et

based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), at para. 55, citing *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), at para. 3.12.2.)

[138] This form of prudence review, including a presumption of prudence and a ban on hindsight, was endorsed by the Board and by the Ontario Court of Appeal as an appropriate method to determine "just and reasonable" rates in *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, at paras. 3.12.1 to 3.12.5, aff'd *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, at paras. 8 and 10-12.

[139] In the case before us, however, the Board decided not to submit all costs to a prudence review. Instead, it stated that it would use two kinds of review. The first would apply to "forecast costs", that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided. It explained in its reasons that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus was on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable:

When considering forecast costs, the onus is on the company to make its case and to support its claim that the forecast expenditures are reasonable. The company provides a wide spectrum of such evidence, including business cases, trend analysis, benchmarking data, etc. The test is not dishonesty, negligence, or wasteful loss; the test is reasonableness. And in assessing reasonableness, the Board is not constrained to consider only factors pertaining to [Ontario Power Generation]. The Board has the discretion to find forecast costs unreasonable based on the evidence — and that evidence may be related to the cost/benefit analysis, the impact on ratepayers, comparisons with other entities, or other considerations.

reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), par. 55, citant *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), par. 3.12.2.)

[138] Dans *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, par. 3.12.1 à 3.12.5, conf. par *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, par. 8 et 10-12, la Commission et la Cour d'appel de l'Ontario considèrent ce contrôle — qui comporte l'application d'une présomption de prudence et exclut le recul — comme la méthode appropriée pour fixer des tarifs « justes et raisonnables ».

[139] Toutefois, dans la présente affaire, la Commission choisit de ne pas soumettre toutes les dépenses à un contrôle de la prudence. Elle dit plutôt recourir à deux examens. Le premier s'appliquerait aux « dépenses prévues », soit celles à l'égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu'il peut toujours réduire ou éviter. Dans ses motifs, la Commission explique qu'elle examine ces dépenses au regard d'une vaste gamme d'éléments de preuve et qu'il incombe au service public de démontrer le caractère raisonnable de ses dépenses :

[TRADUCTION] Lors de l'examen des dépenses prévues, il incombe à la société d'établir le bien-fondé de sa demande et d'étayer son allégation selon laquelle ces dépenses sont raisonnables. Elle doit fournir un large éventail d'éléments de preuve en ce sens, notamment des analyses de rentabilité et de tendances, des données de référence, etc. Le critère applicable n'est pas celui de la malhonnêteté, de la négligence ou de la perte menant au gaspillage, mais bien celui du caractère raisonnable. Et dans l'appréciation du caractère raisonnable, la Commission n'est pas tenue d'examiner uniquement les données qui intéressent [Ontario Power Generation]. Elle a le pouvoir discrétionnaire de conclure que les dépenses prévues sont déraisonnables au vu de la preuve, laquelle peut se rapporter à l'analyse coût/bénéfice, à l'incidence sur les consommateurs, aux comparaisons avec d'autres entités ou à autre chose.

The benefit of a forward test period is that the company has the benefit of the Board's decision in advance regarding the recovery of forecast costs. To the extent costs are disallowed, for example, a forward test period provides the company with the opportunity to adjust its plans accordingly. In other words, there is not necessarily any cost borne by shareholders (unless the company decides to continue to spend at the higher level in any event). [paras. 74-75]

[140] A different approach, the Board said, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it evaluates these costs using a "prudence review", which includes a presumption that the costs were prudently incurred:

Somewhat different considerations will come into play when undertaking an after-the-fact prudence review. In the case of an after-the-fact prudence review, if the Board disallows a cost, it is necessarily borne by the shareholder. There is no opportunity for the company to take action to reduce the cost at that point. For this reason, the Board concludes there is a difference between the two types of examination, with the after-the-fact review being a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence. [para. 75]

[141] In *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, for example, the Board concluded that it had to conduct a prudence review when evaluating the costs that Enersource had already incurred:

This issue concerns expenditures which have largely already been incurred by the company. . . . Given that the issue concerns past expenditures which are now in dispute, the Board must conduct a prudence review. [para. 55]

[142] As the Board said in its reasons, the prudence review makes sense for committed costs because disallowing costs Ontario Power Generation cannot avoid, forces the utility to pay out of pocket

L'avantage d'une période de référence ultérieure est qu'elle permet à la société de connaître à l'avance la décision de la Commission concernant le recouvrement de dépenses prévues. Par exemple, lorsque des dépenses sont refusées, la société peut modifier ses plans en conséquence. Autrement dit, l'actionnaire n'a pas nécessairement à assumer un coût (à moins que la société ne décide, en tout état de cause, de maintenir les dépenses jugées excessives). [par. 74-75]

[140] Selon la Commission, une démarche différente serait suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait [TRADUCTION] « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission explique qu'elle jauge ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence » qui comporte l'application d'une présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente :

[TRADUCTION] Des considérations quelque peu différentes entreront en jeu lors d'un contrôle de la prudence après coup. La dépense que la Commission refusera alors d'approuver sera nécessairement assumée par l'actionnaire. La société ne pourra plus prendre de mesures de réduction à son égard. C'est pourquoi la Commission estime qu'il existe une différence entre les deux types d'examen, le contrôle après coup constituant un contrôle de la prudence assorti d'une présomption de prudence. [par. 75]

[141] À titre d'exemple, dans *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, la Commission conclut qu'elle doit effectuer un contrôle de la prudence pour apprécier les dépenses qu'Enersource a déjà faites :

[TRADUCTION] Le présent dossier porte sur des dépenses que la société a déjà faites en grande partie. [. . .] Comme il est question de dépenses antérieures qui sont aujourd'hui contestées, la Commission doit effectuer un contrôle de la prudence. [par. 55]

[142] Comme le dit la Commission dans ses motifs, il est logique de soumettre à un contrôle de la prudence des dépenses convenues, car refuser d'approuver des dépenses auxquelles Ontario

for expenses it has already incurred. This could negatively affect Ontario Power Generation's ability to operate, leading the utility to restructure its relationships with the financial community and its service providers, or even lead to bankruptcy: see Burns et al., at pp. 129-65. These outcomes would "increase capital costs and utility rates above the levels that would exist with a limited prudence penalty", forcing Ontario consumers to pay higher electricity bills: Burns et al., at p. vi.

[143] The issue in this appeal therefore centres on the Board assessing *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which "[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce" (para. 75). The Board did not actually call them forecast costs, but by saying that "collective agreements may make it difficult to eliminate positions quickly" and that "changes to union contracts . . . will take time" (paras. 346 and 352), the Board was clearly treating them as reducible in theory. Moreover, the fact that it failed to apply the prudence review it said it would apply to non-reducible costs confirms that it saw the collectively bargained commitments as adjustable.

[144] The Board did not explain why it considered compensation costs in collective agreements to be adjustable forecast costs, but the effect of its approach was to deprive Ontario Power Generation of the benefit of the Board's assessment methodology that treats committed costs differently. In my respectful view, the Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

Power Generation ne peut se soustraire oblige le service public à acquitter sur ses propres deniers des dépenses déjà faites. Cela pourrait nuire au bon fonctionnement d'Ontario Power Generation et l'amener à restructurer ses liens avec les milieux financiers et ses fournisseurs de services, voire à faire faillite (voir Burns et autres, p. 129-165). Dès lors, [TRADUCTION] « les coûts en capital et les tarifs seraient supérieurs à ce qu'ils auraient été si une sanction modérée avait résulté de l'application du principe de prudence », de sorte que le consommateur ontarien serait contraint de payer des tarifs d'électricité plus élevés (Burns et autres, p. vi).

[143] Le présent pourvoi a donc pour objet la décision de la Commission de considérer *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables, sans se demander s'il s'agit en partie de dépenses pour lesquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » (par. 75). La Commission ne les qualifie pas à proprement parler de dépenses prévues, mais lorsqu'elle affirme que « les conventions collectives peuvent rendre ardue l'élimination rapide de certains postes » et que « modifier des conventions collectives [. . .] prend du temps » (par. 346 et 352), elle considère clairement qu'il s'agit de dépenses théoriquement compressibles. De plus, l'omission de soumettre celles-ci au contrôle de la prudence qu'elle dit pourtant s'appliquer aux dépenses non réductibles confirme l'assimilation des obligations issues de négociations collectives à des obligations ajustables.

[144] La Commission ne dit pas pourquoi elle estime que les dépenses de rémunération issues des conventions collectives constituent des dépenses prévues ajustables, mais par l'adoption de son approche, elle empêche Ontario Power Generation de bénéficier de l'application de sa méthode d'appréciation qui considère différemment les dépenses convenues. À mon humble avis, en omettant d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission méconnaît à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

[145] Ontario Power Generation was a party to binding collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals covering most of the relevant period. At the time of the application, it had already entered into a collective agreement with the Power Workers' Union for the period of April 1, 2009 to March 31, 2012.

[146] Its collective agreement with the Society of Energy Professionals, which required resolution by binding mediation-arbitration in the event of contract negotiations disputes, expired on December 31, 2010. As a result of a bargaining impasse, the terms of a new collective agreement for January 1, 2011 to December 31, 2012 were imposed by legally binding arbitration: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL).

[147] The collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals prescribed the compensation rates for staff positions held by represented employees, strictly regulated staff levels at Ontario Power Generation's facilities, and limited the utility's ability to unilaterally reduce its compensation rates and staffing levels. The collective agreement with the Power Workers' Union, for example, stipulated that there would be no involuntary layoffs during the term of the agreement. Instead, Ontario Power Generation would be required either to relocate surplus staff or offer severance in accordance with rates set out in predetermined agreements between the utility and the union: "Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union", April 1, 2009 to March 31, 2012, at art. 11.

[148] Similarly, Ontario Power Generation's collective agreement with the Society of Energy Professionals severely limited the utility's bargaining power and control over compensation levels. When the contract between Ontario Power Generation and

[145] Ontario Power Generation était partie à des conventions collectives obligatoires qui étaient intervenues avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals et qui s'appliquaient pendant la plus grande partie de la période considérée. À l'époque de la demande, elle avait déjà conclu une convention collective avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique pour la période comprise entre le 1er avril 2009 et le 31 mars 2012.

[146] La convention collective intervenue avec Society of Energy Professionals et imposant la médiation-arbitrage pour le règlement des différends pendant des négociations collectives a expiré le 31 décembre 2010. Par suite d'une impasse dans les négociations, les conditions d'une nouvelle convention collective pour la période du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2012 ont été imposées par voie d'arbitrage obligatoire (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL)).

[147] Les conventions collectives conclues avec les deux syndicats prescrivaient les barèmes de rémunération des employés syndiqués, réglementaient rigoureusement les niveaux de dotation aux installations d'Ontario Power Generation et limitaient le pouvoir du service public de réduire unilatéralement ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation. Par exemple, la convention collective conclue avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique prévoyait qu'il n'y aurait aucun licenciement pendant la durée de son application. Bien au contraire, Ontario Power Generation serait contrainte soit de réaffecter tout employé excédentaire, soit de lui offrir une indemnité de départ selon les barèmes établis au préalable par le service public et le syndicat (« Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union », 1er avril 2009 au 31 mars 2012, art. 11).

[148] De même, la convention collective conclue avec Society of Energy Professionals limitait grandement le pouvoir du service public de négocier et de déterminer les barèmes de rémunération. À l'expiration de cette convention le 31 décembre 2010,

the Society of Energy Professionals expired on December 31, 2010, the utility's bargaining position had been that its sole shareholder, the Province of Ontario, had directed that there be a zero net compensation increase over the next two-year term. The parties could not reach an agreement and the dispute was therefore referred to binding arbitration as required by previous negotiations. The resulting award by Kevin M. Burkett provided mandatory across-the-board wage increases of 3 per cent on January 1, 2011, 2 per cent on January 1, 2012, and a further 1 per cent on April 1, 2012: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, at paras. 1, 9, and 28.

[149] The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments: *Labour Relations Act, 1995*, s. 56. As a result, Ontario Power Generation was prohibited from unilaterally reducing the staffing levels, wages, or benefits of its unionized workforce. These agreements therefore did not just leave the utility "with limited flexibility regarding overall compensation rates or staffing levels", as the majority notes (at para. 84), they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

[150] Instead, the Board, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of its costs and concluded that it had failed to provide "compelling evidence" or "documentation or analysis" to justify compensation levels: para. 347. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had "no opportunity . . . to reduce", it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

le service public défendait la position de son unique actionnaire, la province d'Ontario, à savoir l'exclusion de toute augmentation nette des salaires pendant les deux années suivantes. Les parties n'ont pu parvenir à un accord, de sorte que le dossier a été renvoyé à l'arbitrage obligatoire comme convenu lors de négociations précédentes. Dans sa décision, l'arbitre Kevin M. Burkett a ordonné une augmentation générale des salaires de 3 p. 100 le 1er janvier 2011, de 2 p. 100 le 1er janvier 2012 et, en sus, de 1 p. 100 le 1er avril 2012 (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, par. 1, 9 et 28).

[149] Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire (*Loi de 1995 sur les relations de travail*, art. 56). Il était donc interdit à Ontario Power Generation de réduire unilatéralement les niveaux de dotation, les salaires ou les avantages sociaux de ses employés syndiqués. Contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires (par. 84), ces conventions ne laissaient pas seulement « peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble », elles rendaient *illégale* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

[150] En appliquant la méthode qu'elle a dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission oblige en fait Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de ses dépenses et conclut que l'entreprise n'a présenté ni [TRADUCTION] « preuve convaincante », ni « documents ou analyses » qui justifient les barèmes de rémunération (par. 347). Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle a dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

[151] Applying a prudence review to these compensation costs would hardly, as the majority suggests, "have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998*". To interpret the burden of proof in s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* so strictly would essentially prevent the Board from ever conducting a prudence review, notwithstanding that it has comfortably done so in the past and stated, even in its reasons in this case, that it would review committed costs using an "after-the-fact prudence review" which "includes a presumption of prudence". Under the majority's logic, however, since a prudence review always involves a presumption of prudence, the Board would not only be limiting its methodological flexibility, it would be in breach of the Act.

[151] Contrairement à ce que soutiennent les juges majoritaires, appliquer le contrôle de la prudence à ces dépenses de rémunération serait difficilement « incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* ». Considérer que le par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* prévoit un fardeau de preuve aussi strict a essentiellement pour effet d'empêcher totalement la Commission d'effectuer des contrôles de la prudence, alors qu'elle en a effectués sans difficulté dans le passé et qu'elle a affirmé — comme dans ses motifs en l'espèce — qu'il y a lieu de soumettre les dépenses convenues à « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l'application d'une présomption de prudence ». Or, suivant le raisonnement des juges majoritaires, comme le contrôle de la prudence présume toujours la prudence, la Commission ne verrait pas seulement sa marge de manœuvre réduite sur le plan méthodologique, mais elle contreviendrait aussi à la Loi.

[152] The application of a prudence review does not shield the utility's compensation costs from scrutiny. As the Court of Appeal observed, a prudence review

> does not mean that the [Board] is powerless to review the compensation rates for [Ontario Power Generation's] unionized staff positions or the number of those positions. In a prudence review, the evidence may show that the presumption of prudently incurred costs should be set aside, and that the committed compensation rates and staffing levels were not reasonable; however, the [Board] cannot resort to hindsight, and must consider what was known or ought to have been known at the time. A prudence review allows for such an outcome, and permits the [Board] both to fulfill its statutory mandate and to serve as a market proxy, while maintaining a fair balance between [Ontario Power Generation] and its customers. [para. 38]

[152] L'application du principe de la prudence ne soustrait pas les dépenses de rémunération du service public à tout examen. Comme le fait remarquer la Cour d'appel, le contrôle de la prudence

> [TRADUCTION] n'écarte pas la possibilité que la [Commission] puisse contrôler les barèmes de rémunération applicables aux employés syndiqués d'[Ontario Power Generation] ou le nombre de leurs postes. Lors d'un tel contrôle, il peut ressortir de la preuve, d'une part, que la présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente doit être écartée et, d'autre part, que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation convenus ne sont pas raisonnables; cependant, la [Commission] ne peut se prononcer avec le recul, mais doit tenir compte de ce qui était connu ou qui aurait dû l'être à l'époque. Le contrôle de la prudence admet un tel résultat et permet à la [Commission] de s'acquitter de son mandat légal et de jouer son rôle de substitut du marché tout en assurant un juste équilibre entre les intérêts d'[Ontario Power Generation] et ceux de ses clients. [par. 38]

[153] The majority's suggestion (at para. 114) that "if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant

[153] L'affirmation des juges majoritaires selon laquelle, « si le législateur avait voulu que les dépenses [. . .] issues [de conventions collectives] se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il

the Board oversight of utility compensation costs", is puzzling. The legislature did not intend for *any* costs to be "inevitably" imposed on consumers. What it intended was to give the Board authority to determine just and reasonable payment amounts based on Ontario Power Generation's existing and proposed commitments. Neither collective agreements nor any other contractual obligations were intended to be "inevitably" imposed. They were intended to be inevitably considered in the balance. But it is precisely because of the unique nature of binding commitments that the Board said it would impose a different kind of review on these costs.

n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d'un service public » (par. 114), laisse perplexe. Le législateur ne voulait pas que *toute* dépense se répercute « inévitablement » sur les consommateurs. Son intention était de donner à la Commission le pouvoir d'arrêter des paiements justes et raisonnables en fonction des engagements actuels et projetés d'Ontario Power Generation. Ni les conventions collectives ni aucune autre obligation contractuelle ne devaient « inévitablement » se répercuter sur qui que ce soit. Cependant, elles devaient inévitablement peser dans la balance. Or, c'est précisément la nature unique des engagements contraignants qu'a invoquée la Commission lorsqu'elle a affirmé qu'elle soumettrait ces dépenses à un contrôle différent.

[154] It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility's commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board's decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation's compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility's discretion. The Board made virtually no findings of fact regarding the extent to which the utility could reduce its collectively bargained compensation costs. On the contrary, the Board, as Aitken J. noted, "lumped" all compensation costs together, acknowledged that reducing those in the collective agreements would "take time" and "be difficult", and dealt with them as globally adjustable.

[154] Il se peut fort bien qu'Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d'attrition ou grâce à d'autres mécanismes qui ne vont pas à l'encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission ne tire toutefois aucune conclusion de fait sur l'étendue d'une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n'indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d'Ontario Power Generation sont fixes et dans quelle proportion elles demeurent assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. La Commission ne tire pour ainsi dire aucune conclusion de fait quant à savoir dans quelle mesure l'entreprise pouvait réduire ses dépenses de rémunération issues des conventions collectives. Au contraire, comme le souligne la juge Aitken, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » sans distinctions toutes les dépenses liées à la rémunération, reconnaît que la réduction de celles issues des conventions collectives « prend[rait] du temps » et « [serait] ardue », et considère qu'elles sont globalement ajustables.

[155] Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect. To use the majority's

[155] Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu'Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l'absence de toute preuve en ce

words, these costs are "legal obligations that leave [the utility] with no discretion as to whether to make the payment in the future" (para. 82). According to the Board's own methodology, costs for which "[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce" are entitled to "a presumption of prudence": para. 75.

[156] Disallowing costs that Ontario Power Generation is legally required to pay as a result of its collective agreements, would force the utility and the Province of Ontario, the sole shareholder, to make up the difference elsewhere. This includes the possibility that Ontario Power Generation would be forced to reduce investment in the development of capacity and facilities. And because Ontario Power Generation is Ontario's largest electricity generator, it may not only threaten the "financial viability" of the province's electricity industry, it could also imperil the assurance of reliable electricity service.

[157] The majority nonetheless assumes that the ongoing relationship between Ontario Power Generation and the unions should give the Board greater latitude in disallowing the collectively bargained compensation costs than it would have had if it applied a no-hindsight, presumption-of-prudence analysis. It also accepts the Board's conclusion that Ontario Power Generation's collectively bargained compensation costs may be "excessive", and therefore concludes that the Board was reasonable in choosing to avoid the "prudence" test in order to so find. This approach finds no support even in the methodology the Board set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts.

[158] In my respectful view, selecting a test which is more likely to confirm an assumption that collectively bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine

sens. Pour reprendre les propos des juges majoritaires, ces dépenses correspondent à des « obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire [. . .] permettant [au service public] de ne pas acquitter la somme ultérieurement » (par. 82). Selon la propre méthode de la Commission, les dépenses à l'égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » bénéficient d'une « présomption de prudence » (par. 75).

[156] Refuser d'approuver des dépenses qu'Ontario Power Generation est juridiquement tenue d'acquitter en raison de ses conventions collectives obligerait le service public et son seul actionnaire, la province d'Ontario, à combler la différence en puisant ailleurs. Ontario Power Generation pourrait notamment être forcée de réduire ses investissements dans l'accroissement de sa capacité et dans l'amélioration de ses installations. Et, comme il s'agit du plus grand producteur d'électricité de l'Ontario, un tel refus pourrait non seulement nuire à la « viabilité financière » du secteur de l'électricité de la province, mais également mettre en péril la garantie d'un service d'électricité fiable.

[157] Les juges majoritaires tiennent cependant pour acquis que la relation continue entre Ontario Power Generation et les syndicats devrait conférer à la Commission, relativement aux dépenses de rémunération issues de négociations collectives, un pouvoir de refus plus grand que celui dont elle bénéficie dans le cadre d'une analyse qui exclut le recul et présume la prudence. Ils font droit également à la conclusion de la Commission selon laquelle les dépenses de rémunération issues de négociations collectives auxquelles Ontario Power Generation a participé pourraient être [TRADUCTION] « excessives » et concluent donc que la Commission a agi raisonnablement en écartant le principe de la « prudence » pour arriver à sa conclusion. Leur approche ne trouve aucun appui, pas même dans la méthode que la Commission établit elle-même pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables.

[158] En tout respect pour l'opinion contraire, en choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l'hypothèse que les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se

whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes, with respect, the appearance of an ideologically driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not.

[159] I recognize that the Board has wide discretion to fix payment amounts that are "just and reasonable" and, subject to certain limitations, to "establish the . . . methodology" used to determine such amounts: O. Reg. 53/05, s. 6, *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1. That said, once the Board establishes a methodology to determine what is just and reasonable, it is, at the very least, required to faithfully apply that approach: see *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board* (2004), 319 N.R. 171 (F.C.A.), at paras. 30-32, per Rothstein J.A. This does not mean that collective agreements "supersede" or "trump" the Board's authority to fix payment amounts; it means that once the Board selects a methodology for itself for the exercise of its discretion, it is required to follow it. Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be left in the dark about how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets.

[160] In disallowing $145 million of the compensation costs sought by Ontario Power Generation on the grounds that the utility could reduce salary and staffing levels, the Board ignored the legally binding nature of the collective agreements

méprend sur l'objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l'on *suppose* constituer des dépenses excessives revient, soit dit tout en respect, à substituer ce qui a l'apparence d'une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d'une méthode d'analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas.

[159] Je reconnais que la Commission jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont « justes et raisonnables » et, à l'intérieur de certaines limites, de [TRADUCTION] « définir la [. . .] méthode » utilisée pour établir le montant de ces paiements (règlement 53/05, art. 6; *Loi de 1998 sur la Commission de l'Énergie de l'Ontario*, art. 78.1). Cela dit, dès lors qu'elle a établi une méthode pour déterminer ce qui est juste et raisonnable, la Commission doit à tout le moins l'appliquer avec constance (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149 (CanLII), par. 30-32, le juge Rothstein). Pour autant, les conventions collectives ne « priment » pas le pouvoir de la Commission de fixer les paiements, mais une fois que la Commission a choisi une méthode pour exercer son pouvoir discrétionnaire, elle doit s'y tenir. En l'absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation serait vouée à l'incertitude quant à la démarche à suivre pour déterminer les dépenses et les investissements à faire et quant à la manière de les soumettre à l'examen de la Commission. Passer sporadiquement d'une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l'on prétend appliquer crée de l'incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu'il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s'y ajuster.

[160] En refusant d'approuver des dépenses de 145 millions de dollars au motif qu'Ontario Power Generation pouvait réduire ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation, la Commission a méconnu le caractère contraignant en droit des

and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was, in my respectful view, unreasonable.

[161] I would accordingly dismiss the appeal, set aside the Board's decision, and, like the Court of Appeal, remit the matter to the Board for reconsideration in accordance with these reasons.

Appeal allowed, ABELLA J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Power Generation Inc.: Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.

Solicitors for the respondent the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the respondent the Society of Energy Professionals: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener: Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.

conventions collectives et a omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

[161] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et, à l'instar de la Cour d'appel, de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle la réexamine à la lumière des présents motifs.

Pourvoi accueilli, la juge ABELLA *est dissidente.*

Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intimée Ontario Power Generation Inc. : Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.

Procureurs de l'intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intimée Society of Energy Professionals : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. and ATCO Electric Ltd. *Appellants*

v.

Alberta Utilities Commission and Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta *Respondents*

INDEXED AS: ATCO GAS AND PIPELINES LTD. *v.* ALBERTA (UTILITIES COMMISSION)

2015 SCC 45

File No.: 35624.

2014: December 3; 2015: September 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

The Alberta Utilities Commission denied the request by ATCO Gas and Pipelines Ltd. and ATCO Electric Ltd. (the "ATCO Utilities") to recover, in approved rates, certain pension costs related to an annual cost of living adjustment ("COLA") for 2012. Instead of approving recovery for an adjustment of 100 percent of annual consumer price index ("CPI") (up to a maximum COLA of 3 percent), the Commission ruled that recovery of only 50 percent of annual CPI was reasonable. The Alberta Court of Appeal dismissed the ATCO Utilities' appeal from the decision of the Commission.

Held: The appeal should be dismissed.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. et ATCO Electric Ltd. *Appelantes*

c.

Alberta Utilities Commission et Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta *Intimés*

RÉPERTORIÉ : ATCO GAS AND PIPELINES LTD. *c.* ALBERTA (UTILITIES COMMISSION)

2015 CSC 45

N° du greffe : 35624.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

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

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

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

L'Alberta Utilities Commission a rejeté la demande présentée par ATCO Gas and Pipelines Ltd. et ATCO Electric Ltd. (les « services publics ATCO ») en vue de recouvrer, selon les taux approuvés, certaines charges de retraite correspondant à l'ajustement annuel au coût de la vie (« AACV ») pour l'année 2012. Au lieu d'approuver ce recouvrement à raison de 100 p. 100 de l'indice des prix à la consommation (« IPC ») de l'année (AACV d'au plus 3 p. 100), la Commission a jugé raisonnable le recouvrement de seulement 50 p. 100 de l'IPC annuel. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de cette décision par les services publics ATCO.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

A key principle in Canadian regulatory law is that a regulated utility must have the opportunity to recover its operating and capital costs through rates. This requirement is reflected in the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* of Alberta, as these statutes refer to a reasonable opportunity to recover costs and expenses so long as they are prudent. The Commission must therefore determine whether a utility's costs warrant recovery on the basis of their reasonableness — or, under the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act*, their "prudence". Where costs are determined to be prudent, the Commission must allow the opportunity to recover them through rates.

The prudence requirement is to be understood in the sense of the ordinary meaning of the word: for the listed costs and expenses to warrant a reasonable opportunity of recovery, they must be wise or sound; in other words, they must be reasonable. Nothing in the ordinary meaning of the word "prudent" or the use of this word in the statute as a stand-alone condition says anything about the time at which prudence must be evaluated. Thus, neither the ordinary meaning of "prudent" nor the statutory language indicate that the Commission is bound by the legislative provisions to apply a no-hindsight approach to the costs at issue, nor is a presumption of prudence statutorily imposed in these circumstances. In the context of utilities regulation, there is no difference between the ordinary meaning of a "prudent" cost and a cost that could be said to be reasonable. It would not be imprudent to incur a reasonable cost, nor would it be prudent to incur an unreasonable cost. Further, the burden of establishing that the proposed tariffs are just and reasonable falls on public utilities, which necessarily imposes on them the burden of establishing that the costs are prudent. The impact of increased rates on consumers cannot be used as a basis to disallow recovery of such costs. This is not to say that the Commission is not required to consider consumer interests. These interests are accounted for in rate regulation by limiting a utility's recovery to what it reasonably or prudently costs to efficiently provide the utility service. That is, the regulatory body ensures that consumers only pay for what is reasonably necessary.

Though the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* do contain language allowing for the recovery of "prudent" costs, the statutes do not explicitly impose an obligation on the Commission to conduct its analysis

Un principe clé du droit réglementaire canadien veut qu'un service public réglementé ait la possibilité de recouvrer ses dépenses d'exploitation et ses coûts en capital grâce à sa tarification. C'est ce qui ressort de l'*Electric Utilities Act* et de la *Gas Utilities Act* de l'Alberta, lesquelles renvoient à une possibilité raisonnable de recouvrer les dépenses et les charges dans la mesure où elles sont prudentes. La Commission doit donc déterminer si les dépenses du service public peuvent être recouvrées parce qu'elles sont raisonnables ou, sous le régime de l'*Electric Utilities Act* et de la *Gas Utilities Act*, parce qu'elles sont « prudentes ». Lorsque les dépenses sont jugées prudentes, la Commission doit permettre au service public de les recouvrer grâce à sa tarification.

L'exigence de la prudence doit s'interpréter selon le sens ordinaire de ce mot : pour justifier l'octroi d'une possibilité raisonnable de recouvrement, les dépenses et les charges énumérées doivent résulter d'une décision sage ou bonne; autrement dit, elles doivent être raisonnables. Ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni son emploi en tant que condition autonome dans la loi ne permettent de déterminer le moment en fonction duquel la prudence doit être appréciée. En conséquence, ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni le texte de la loi n'indiquent que la Commission est tenue de se prononcer sur les dépenses en cause sans recul; la loi n'impose pas non plus de présomption de prudence en pareilles circonstances. Dans le contexte de la réglementation de services publics, il n'existe aucune différence entre des dépenses « prudentes » au sens ordinaire de ce terme et des dépenses que l'on pourrait qualifier de raisonnables. Il ne serait pas imprudent de faire des dépenses raisonnables, pas plus qu'il ne serait prudent de faire des dépenses déraisonnables. De plus, il incombe au service public de démontrer que la tarification qu'il propose est juste et raisonnable, ce qui l'oblige nécessairement à démontrer que ses dépenses sont prudentes. L'incidence de l'augmentation des tarifs sur le consommateur ne saurait justifier la Commission de refuser le recouvrement des dépenses. Cela ne veut pas dire pour autant que la Commission n'a pas à prendre en considération les intérêts des consommateurs. La réglementation tarifaire les prend en considération en ne permettant que le recouvrement des dépenses raisonnables ou prudentes que le service public fait pour la prestation efficace du service. Autrement dit, l'organisme de réglementation s'assure que le consommateur ne paie pas plus que ce qui est raisonnablement nécessaire.

Même si le libellé de leurs dispositions permet le recouvrement de dépenses « prudentes », l'*Electric Utilities Act* et la *Gas Utilities Act* n'imposent pas expressément à la Commission une méthode d'analyse

using a particular methodology any time the word "prudent" is used. Thus, the Commission is free to apply its expertise to determine whether costs are prudent (in the ordinary sense of whether they are reasonable), and it has the discretion to consider a variety of analytical tools and evidence in making that determination so long as the ultimate rates that it sets are just and reasonable to both consumers and the utility.

The standard of review of the Commission's decision in applying its expertise to set rates and approve payment amounts is reasonableness. Under this standard of review, the Commission's interpretation of its home statute is entitled to deference. In this case, it was not unreasonable for the Commission to decide, without applying a no-hindsight analysis, that 50 percent of CPI (up to a maximum COLA of 3 percent) represented a reasonable level for setting the COLA amount for the purposes of determining the pension cost amounts for regulatory purposes: the Commission was not statutorily bound to apply a particular methodology to the costs at issue in this case; the use of the word "prudent" in the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* cannot by itself be read to impose upon the Commission a specific no-hindsight methodology; and the disallowed costs were forecast costs. Accordingly, it was reasonable for the Commission to evaluate the ATCO Utilities' proposed revenue requirement in light of all relevant circumstances. Further, because the Commission did not use impermissible methodology, it was not unreasonable for the Commission to direct the ATCO Utilities to reduce their pension costs incorporated into revenue requirements by restricting the annual cost of living adjustment.

Cases Cited

Referred to: *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Shaw v. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 v. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793; *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006),

donnée chaque fois que la notion de « prudence » est invoquée. La Commission peut donc s'en remettre à son expertise pour décider si les dépenses sont prudentes (au sens ordinaire de raisonnables) et tenir alors compte de divers outils d'analyse et éléments de preuve à condition, au final, que les tarifs fixés soient justes et raisonnables tant pour le consommateur que pour le service public.

La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission lorsque celle-ci met son expertise à contribution pour fixer les tarifs et approuver les paiements est celle de la décision raisonnable. Suivant cette norme de contrôle, l'interprétation de sa loi constitutive par la Commission commande la déférence. Dans la présente affaire, il n'était pas déraisonnable que la Commission décide, sans recourir à une méthode excluant le recul, que 50 p. 100 de l'IPC (AACV d'au plus 3 p. 100) représentait un taux raisonnable d'AACV pour les besoins de la détermination de la charge de retraite à des fins réglementaires : la Commission n'était pas légalement tenue d'appliquer une méthode précise pour apprécier les dépenses en cause; on ne peut considérer que, à lui seul, l'emploi du mot « prudentes » dans l'*Electric Utilities Act* et dans la *Gas Utilities Act* oblige la Commission à recourir à une méthode particulière excluant le recul; les dépenses refusées étaient des dépenses prévues. Il était donc raisonnable que la Commission se penche sur les recettes jugées nécessaires par les services publics ATCO à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. De plus, comme la Commission n'a pas eu recours à une méthode injustifiée, il n'était pas déraisonnable qu'elle ordonne aux services publics ATCO de réduire la charge de retraite répercutée sur les recettes nécessaires en abaissant l'AACV.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Shaw c. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 c. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793; *Enbridge Gas*

210 O.A.C. 4; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

Statutes and Regulations Cited

Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, ss. 102, 121, 122.
Employment Pension Plans Act, R.S.A. 2000, c. E-8, ss. 13, 14, 48(3).
Employment Pension Plans Act, S.A. 2012, c. E-8.1, ss. 13, 35(2), 52(2)(b).
Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 35/2000, ss. 9, 10, 48(3).
Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 154/2014, ss. 48, 49, 60(2)(b), (3).
Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, ss. 36, 37(3), 44(1), (3).
Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B.
Roles, Relationships and Responsibilities Regulation, Alta. Reg. 186/2003, s. 4(3).

Authors Cited

Concise Oxford English Dictionary, 12th ed., by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011, "prudent".
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "prudent".
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "prudent".
Reid, Laurie, and John Todd. "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 519.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Costigan, Martin and Slatter JJ.A.), 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234, 556 A.R. 376, 584 W.A.C. 376, 7 C.C.P.B. (2d) 171, [2013] A.J. No. 989 (QL), 2013 CarswellAlta 1984 (WL Can.), affirming a decision of the Alberta Utilities Commission, [2011] A.E.U.B.D. No. 506 (QL), 2011 CarswellAlta 1646 (WL Can.). Appeal dismissed.

Distribution Inc. c. Ontario Energy Board (2006), 210 O.A.C. 4; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'énergie*, 2004 CAF 149.

Lois et règlements cités

Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1, art. 102, 121, 122.
Employment Pension Plans Act, R.S.A. 2000, c. E-8, art. 13, 14, 48(3).
Employment Pension Plans Act, S.A. 2012, c. E-8.1, art. 13, 35(2), 52(2)(b).
Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 35/2000, art. 9, 10, 48(3).
Employment Pension Plans Regulation, Alta. Reg. 154/2014, art. 48, 49, 60(2)(b), (3).
Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, art. 36, 37(3), 44(1), (3).
Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B.
Roles, Relationships and Responsibilities Regulation, Alta. Reg. 186/2003, art. 4(3).

Doctrine et autres documents cités

Concise Oxford English Dictionary, 12th ed., by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds., Oxford, Oxford University Press, 2011, « *prudent* ».
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 11th ed., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 2003, « *prudent* ».
Oxford English Dictionary, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « *prudent* ».
Reid, Laurie, and John Todd. « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 519.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Costigan, Martin et Slatter), 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234, 556 A.R. 376, 584 W.A.C. 376, 7 C.C.P.B. (2d) 171, [2013] A.J. No. 989 (QL), 2013 CarswellAlta 1984 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l'Alberta Utilities Commission, [2011] A.E.U.B.D. No. 506 (QL), 2011 CarswellAlta 1646 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

John N. Craig, *Q.C.*, *Loyola G. Keough* and *E. Bruce Mellett*, for the appellants.

Catherine M. Wall and *Brian C. McNulty*, for the respondent the Alberta Utilities Commission.

Todd A. Shipley, *C. Randall McCreary*, *Michael Sobkin* and *Breanne Schwanak*, for the respondent the Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — In its decision of September 27, 2011, the Alberta Utilities Commission denied the request by ATCO Gas and Pipelines Ltd. and ATCO Electric Ltd. (collectively the "ATCO Utilities") to recover, in approved rates, certain pension costs related to an annual cost of living adjustment ("COLA") for 2012. Instead of approving recovery for an adjustment of 100 percent of the annual consumer price index ("CPI") (up to a maximum COLA of 3 percent), the Commission ruled that recovery of only 50 percent of annual CPI (up to a maximum COLA of 3 percent) was reasonable. The Alberta Court of Appeal dismissed the ATCO Utilities' appeal from the decision of the Commission. The ATCO Utilities now appeal to this Court.

[2] This matter was heard together with *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147 ("*OEB*"), which also concerns the review of a rate-setting decision by a utilities regulator. Although the facts of the cases are different, both involve issues of methodology, and, in particular, when — if ever — a regulator is required to apply a particular regulatory tool known as the "prudent investment test" in assessing a utility's costs.

John N. Craig, *c.r.*, *Loyola G. Keough* et *E. Bruce Mellett*, pour les appelantes.

Catherine M. Wall et *Brian C. McNulty*, pour l'intimée Alberta Utilities Commission.

Todd A. Shipley, *C. Randall McCreary*, *Michael Sobkin* et *Breanne Schwanak*, pour l'intimé Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans sa décision du 27 septembre 2011, l'Alberta Utilities Commission a refusé la demande présentée par ATCO Gas and Pipelines Ltd. et ATCO Electric Ltd. (collectivement, les « services publics ATCO ») en vue de recouvrer, selon les taux approuvés, certaines charges de retraite correspondant à l'ajustement annuel au coût de la vie (« AACV ») pour l'année 2012. Au lieu d'approuver ce recouvrement à raison de 100 p. 100 de l'indice des prix à la consommation (« IPC ») de l'année (AACV d'au plus 3 p. 100), la Commission a jugé raisonnable le recouvrement de seulement 50 p. 100 de l'IPC annuel (AACV d'au plus 3 p. 100). La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel des services publics ATCO, lesquels se pourvoient aujourd'hui devant notre Cour.

[2] La présente affaire et *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147 (« *CÉO* »), qui concerne également le contrôle de la décision d'un organisme de réglementation relative à l'établissement des tarifs, ont fait l'objet d'une audition commune. Bien que les faits diffèrent dans l'une et l'autre, les deux affaires soulèvent les mêmes questions en ce qui a trait à la méthode à appliquer et, notamment, aux conditions auxquelles un organisme de réglementation pourrait, le cas échéant, être tenu d'appliquer ce qu'on appelle le « critère de l'investissement prudent » pour apprécier les dépenses d'un service public.

[3] The ATCO Utilities submit that the Commission is bound to first assess costs put forward by a utility for prudence, and that prudently incurred costs must be approved for inclusion in the utility's "revenue requirement". This term refers to "the total revenue that is required by the company to pay all of its allowable expenses and also to recover all costs associated with its invested capital": L. Reid and J. Todd, "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in G. Kaiser and B. Heggie, eds., *Energy Law and Policy* (2011), 519, at p. 521. The approved revenue requirement is then to be allocated to customers in the form of just and reasonable rates. The ATCO Utilities argue that the Commission failed to properly address the prudence of such costs. They say that in the absence of an explicit contrary finding, costs are presumed to be prudent. Further, the ATCO Utilities assert that prudence is to be established based on circumstances as of the date of the cost decision — not based on hindsight and the use of information not available to the utility when the decision to incur the cost was made.

[3] Les services publics ATCO soutiennent que la Commission doit d'abord se prononcer sur la prudence des dépenses invoquées par le service public et que les dépenses faites avec prudence doivent être approuvées aux fins de leur prise en compte dans les « recettes nécessaires » de l'entreprise. Ce poste s'entend des [TRADUCTION] « recettes dont l'entreprise a besoin au total pour le paiement de toutes ses dépenses susceptibles d'approbation et, également, pour recouvrer tous les coûts liés aux capitaux investis » (L. Reid et J. Todd, « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », dans G. Kaiser et B. Heggie, dir., *Energy Law and Policy* (2011), 519, p. 521). Les recettes nécessaires approuvées sont ensuite imputées aux clients au moyen d'une tarification juste et raisonnable. Les services publics ATCO soutiennent que la Commission n'a pas dûment apprécié le caractère prudent de ces dépenses. Selon eux, une dépense est présumée prudente faute de conclusion explicite contraire. Ils ajoutent que la prudence doit être appréciée en fonction du contexte au moment de la décision — et non avec le recul et à partir de renseignements dont ne disposait pas l'entreprise lorsqu'elle a décidé de faire la dépense.

[4] The Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta argues that the Alberta regulatory framework does not impose a specific rate-setting methodology on the Commission; it falls to the Commission to decide upon the specific test and methodology to employ. Specifically, the Consumer Advocate argues that there is no obligation on the Commission to utilize a particular prudence test methodology when reviewing costs on a forecast basis. Nor is there a presumption of prudence. On the contrary, the onus is on the utility to demonstrate that the tariff it proposes is just and reasonable.

[4] Le bureau du défenseur des droits des clients des services publics (Office of the Utilities Consumer Advocate) de l'Alberta fait valoir que le régime réglementaire albertain n'impose pas à la Commission de méthode précise pour l'établissement des tarifs; c'est à la Commission qu'il appartient de décider du critère et de la méthode à appliquer. Plus particulièrement, il soutient que la Commission n'est pas tenue de recourir à une méthode particulière fondée sur le principe de la prudence lorsqu'elle examine des dépenses sur une base prévisionnelle. Il n'existe pas non plus de présomption de prudence. Au contraire, il incombe au service public de démontrer que la tarification proposée est juste et raisonnable.

[5] As in *OEB*, the relevant statutory framework does not impose upon the Commission the "prudence" methodology urged by the ATCO Utilities. Further, following the approach set out in *OEB*, the methodology adopted by the Commission and its

[5] Comme dans *CÉO*, le régime législatif applicable n'impose pas à la Commission la méthode fondée sur la « prudence » que préconisent les services publics ATCO. De plus, suivant l'approche énoncée dans *CÉO*, la méthode adoptée par la

application of this methodology were reasonable in view of the nature of the costs in question. I would dismiss the appeal.

I. Regulatory Framework

[6] In Alberta, the Commission sets "just and reasonable" tariffs for electric and gas utilities seeking recovery of their prudent costs and expenses: s. 121(2)(a) of the *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1 ("*EUA*"); and s. 36(a) of the *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 ("*GUA*").

[7] @*2017AGWC*In Canadian law, "just and reasonable" rates or tariffs are those that are fair to both consumers and the utility: *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, at pp. 192-93, per Lamont J. Under a cost of service model, rates must allow the utility the opportunity to recover, over the long run, its operating and capital costs. Recovering these costs ensures that the utility can continue to operate and can earn its cost of capital in order to attract and retain investment in the utility: *OEB*, at para. 16. Consumers must pay what the Commission "expects it to cost to efficiently provide the services they receive" such that, "overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive": *OEB*, at para. 20.

II. Facts

A. *The Pension Plan*

[8] Employees of the ATCO Utilities benefit from the Retirement Plan for Employees of Canadian Utilities Limited ("Canadian Utilities"), the parent company of the ATCO Utilities, and Participating Companies (the "Pension Plan"). The Pension Plan is administered by Canadian Utilities, which is not itself regulated by the Commission. As the Pension Plan administrator, Canadian Utilities acts in a fiduciary capacity in relation to Plan members and

Commission et l'application de cette méthode par cette dernière étaient raisonnables eu égard à la nature des dépenses en cause. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Régime réglementaire

[6] En Alberta, la Commission établit la tarification [TRADUCTION] « juste et raisonnable » des services publics d'électricité ou de gaz désireux de recouvrer les dépenses et les charges prudentes (al. 121(2)(a) de l'*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1 (« *EUA* »), et al. 36(a) de la *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 (« *GUA* »)).

[7] En droit canadien, la tarification « juste et raisonnable » est celle qui est équitable tant pour le consommateur que pour le service public (*Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192-193, le juge Lamont). Selon un modèle fondé sur le coût du service, la tarification doit permettre à l'entreprise de recouvrer, à long terme, ses dépenses d'exploitation et son coût en capital. Grâce au recouvrement de ceux-ci, le service public peut continuer d'exercer ses activités et obtenir l'équivalent du coût du capital de manière à susciter l'investissement et à le maintenir (*CÉO*, par. 16). Le consommateur doit payer ce que la Commission « prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service » de sorte que, « globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service » (*CÉO*, par. 20).

II. Faits

A. *Le régime de pension*

[8] Les employés des services publics ATCO bénéficient du régime de retraite des employés de la société mère des services publics ATCO, Canadian Utilities Limited (« Canadian Utilities »), et de sociétés participantes (le « régime de pension »). Le régime est administré par Canadian Utilities, qui n'est pas elle-même réglementée par la Commission. En tant qu'administratrice du régime, Canadian Utilities exerce la fonction de fiduciaire vis-à-vis des

other Plan beneficiaries: s. 13(5) of the *Employment Pension Plans Act*, R.S.A. 2000, c. E-8.[1]

[9] The Pension Plan includes a defined benefit plan (the "DB plan"), which was closed to new employees on January 1, 1997, and a defined contribution plan. The COLA applies only to the DB plan. The *Employment Pension Plans Act* requires that the DB plan be subject to actuarial calculations filed periodically with the Superintendent of Pensions for Alberta: ss. 13 and 14;[2] and ss. 9 and 10 of the *Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 35/2000.[3] Actuarial calculations determine, *inter alia*, the contributions that an employer must make to cover a DB plan's liabilities.

[10] The assets of the Canadian Utilities Pension Plan are pooled between all Canadian Utilities member companies, regardless of whether they are regulated utility companies (like the ATCO Utilities) or not. The required employer funding is determined on an aggregate basis. If special payments must be made to address unfunded liabilities, the aggregate funding requirement is apportioned among the member entities of the Pension Plan.

[11] No employer contributions to the Pension Plan were required between 1996 and the end of 2009 because the Pension Plan was in surplus position, and thus the ATCO Utilities did not have to include such contributions in their revenue requirement applications to the Commission. In the wake of the 2008 financial crisis, the market value of the Pension Plan's assets dropped and a large unfunded liability resulted, forcing the employers participating in the Pension Plan, including the ATCO Utilities, to resume making employer contributions in 2010.

participants et des autres bénéficiaires (par. 13(5) de l'*Employment Pension Plans Act*, R.S.A. 2000, c. E-8[1]).

[9] Le régime de pension comporte un volet à prestations déterminées (le « régime APD »), lequel n'est plus offert aux nouveaux employés depuis le 1er janvier 1997, et un volet à cotisations déterminées. L'AACV s'applique uniquement au régime APD. L'*Employment Pension Plans Act* dispose que le régime APD fait l'objet de calculs actuariels présentés périodiquement au surintendant des pensions de l'Alberta (art. 13 et 14[2]; art. 9 et 10 de l'*Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 35/2000[3]). Les calculs actuariels permettent notamment de déterminer les cotisations que doit verser l'employeur pour combler le passif du régime APD.

[10] L'actif du régime de pension de Canadian Utilities est commun à toutes les sociétés participantes, qu'elles soient ou non des services publics réglementés (comme les services publics ATCO). Le financement par l'employeur est déterminé globalement. Lorsque des paiements spéciaux doivent être effectués pour combler un déficit actuariel, le financement global requis est réparti entre les entités participantes.

[11] Comme le régime affichait un excédent actuariel, l'employeur n'a pas eu à verser de cotisations entre 1996 et la fin de l'année 2009. Les services publics ATCO n'ont donc pas eu à tenir compte de telles cotisations dans les demandes relatives aux recettes nécessaires qu'ils ont soumises à la Commission. Après la crise financière de 2008, la valeur au marché de l'actif du régime a chuté, ce qui a donné lieu à un important déficit actuariel et forcé les employeurs participants, y compris les services publics ATCO, à verser à nouveau des cotisations en 2010.

---

1 This provision has since been replaced by s. 35(2) of the *Employment Pension Plans Act*, S.A. 2012, c. E-8.1.

2 These provisions have since been replaced by s. 13 of the *Employment Pension Plans Act* (2012).

3 These provisions have since been replaced by ss. 48 and 49 of the *Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 154/2014.

1 Cette disposition a depuis été remplacée par le par. 35(2) de l'*Employment Pension Plans Act*, S.A. 2012, c. E-8.1.

2 Ces dispositions ont depuis été remplacées par l'art. 13 de l'*Employment Pension Plans Act* (2012).

3 Ces dispositions ont depuis été remplacées par les art. 48 et 49 de l'*Employment Pension Plans Regulation*, Alta. Reg. 154/2014.

B. *The Pension Plan Funding Obligations*

[12] Section 48(3) of the *Employment Pension Plans Act* (2000)[4] requires that the Pension Plan be funded in accordance with actuarial valuation reports. The actuarial valuation report relevant to this appeal (the "2009 Actuarial Report") was filed with the Superintendent of Pensions for Alberta on June 29, 2010 by Mercer (Canada) Limited, the Pension Plan's actuary. The report indicated that two types of payments were required. First, it determined the estimated payments required to address the projected benefits owed to beneficiaries for 2010, 2011 and 2012. These are also called "current service costs". Second, it determined that the DB plan had an unfunded liability of $157.1 million across all Canadian Utilities entities, requiring all the employers participating in the Pension Plan, including the ATCO Utilities, to make minimum annual special payments in the aggregate amount of $16.4 million until December 31, 2024 to address the liability. The ATCO Utilities alone were liable for approximately $13.9 million of the annual aggregate special payment amount.

[13] The cost of living adjustment issues in this case involve both the contributions that the ATCO Utilities must make into the DB plan and the benefits paid to retirees out of the plan. With regard to the ATCO Utilities' contributions into the plan, the 2009 Actuarial Report included a provision for "post retirement pension increases" that is based on the DB plan's COLA formula and the actuarial report's assumption for inflation. This provision affects the payments that the ATCO Utilities are required to make into the DB plan for the three-year period covered by the report. In this case, this increase was 2.25 percent per year for all three years.

[4] This provision has since been replaced by s. 52(2)(b) of the *Employment Pension Plans Act* (2012).

B. *Les obligations relatives au financement du régime de pension*

[12] Selon le par. 48(3) de l'ancienne *Employment Pension Plans Act* (2000)[4], le régime est financé en conformité avec les rapports d'évaluation actuarielle. Le 29 juin 2010, l'actuaire du régime, Mercer (Canada) Limited, a remis au surintendant des pensions de l'Alberta le rapport d'évaluation actuarielle pertinent en l'espèce (le « rapport actuariel de 2009 »). Le rapport indique que deux types de paiement s'imposent. Premièrement, il établit les paiements estimatifs nécessaires pour permettre le versement des prestations projetées auxquelles auraient droit les bénéficiaires pour les années 2010, 2011 et 2012 (aussi appelés « coût des prestations pour service courant »). Deuxièmement, il précise que le régime à APD affiche un déficit actuariel de 157,1 millions de dollars pour toutes les entités membres de Canadian Utilities, de sorte que l'ensemble des employeurs qui participent au régime, y compris les services publics ATCO, doivent effectuer des paiements spéciaux annuels globaux d'au moins 16,4 millions de dollars jusqu'au 31 décembre 2024 pour combler le déficit. De ces montants annuels globaux, les services publics ATCO doivent payer à eux seuls environ 13,9 millions de dollars.

[13] Les questions liées à l'ajustement au coût de la vie soulevées en l'espèce visent non seulement les cotisations que les services publics ATCO sont tenus de faire au régime APD, mais aussi les sommes prélevées sur ce régime pour verser des prestations aux retraités. Pour ce qui est des cotisations des services publics ATCO au régime, le rapport actuariel de 2009 prévoit [TRADUCTION] « l'augmentation des prestations versées aux retraités » selon la formule d'AACV du régime APD et le taux d'inflation retenu. Cette clause a une incidence sur les sommes que les services publics ATCO doivent verser au régime APD pour la période de trois ans visée par le rapport. En l'espèce, l'augmentation est de 2,25 p. 100 par année pour toute la période.

[4] Cette disposition a depuis été remplacée par l'al. 52(2)(b) de l'*Employment Pension Plans Act* (2012).

[14] With regard to the payment of benefits to retirees under the DB plan, the ATCO Utilities' parent company Canadian Utilities sets the COLA annually. Sections 6.9(a) and 6.12(a) of the DB plan prescribe that Canadian Utilities determines the COLA by taking into consideration annual percentage changes in the CPI for Canada and any previous adjustments paid. These provisions cap the adjustment set by Canadian Utilities at 3 percent per annum.

III. Decisions Below

A. *Alberta Utilities Commission: ATCO Utilities, Re (2010), 84 C.C.P.B. 89 ("Decision 2010-189")*

[15] On July 10, 2009, the ATCO Utilities filed an application with the Commission to determine, *inter alia*, the amount of employer pension contributions that would be included in their revenue requirements in 2010. The ATCO Utilities' proposed contributions reflected a COLA set at 100 percent of annual Canada CPI (up to a maximum of 3 percent), as Canadian Utilities had used for a number of years. However, in the Commission's view, setting COLA at 100 percent of CPI year after year was not required by the wording of the Pension Plan. It concluded "that ratepayers should not bear any incremental pension funding costs" that arise from Canadian Utilities' practice of setting COLA "where it [was] demonstrated that such incremental costs prove to be unreasonable or imprudent in the circumstances": para. 118.

[16] However, the Commission did not find the evidence filed in this application to be sufficient to draw conclusions with respect to whether the COLA was prudent. As a result, it did not reduce the COLA of 100 percent of annual CPI (up to a maximum of 3 percent) for the ATCO Utilities' 2010 revenue requirements. Nonetheless, the Commission stated that it "would like to investigate the possibility of adjusting COLA as a mechanism in prudently managing utility pension expense" for the years 2011 onward: para. 123. It directed the ATCO Utilities to prepare a 2011 pension common matters

[14] En ce qui concerne le versement des prestations de retraite selon le régime APD, la société mère des services publics ATCO, Canadian Utilities, fixe annuellement l'AACV. Suivant les al. 6.9(a) et 6.12(a) du régime APD, Canadian Utilities établit l'AACV en tenant compte du taux de variation annuelle de l'IPC au Canada et de tout autre ajustement déjà versé. Ces dispositions plafonnent cet ajustement à 3 p. 100 par année.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Alberta Utilities Commission : ATCO Utilities, Re (2010), 84 C.C.P.B. 89 (« Décision 2010-189 »)*

[15] Le 10 juillet 2009, les services publics ATCO ont demandé à la Commission de déterminer, entre autres, le montant des cotisations de l'employeur pouvant être prises en compte dans ses recettes nécessaires pour l'année 2010. Le montant proposé se fondait sur un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC pour l'année au Canada (au plus 3 p. 100) — soit la valeur utilisée par Canadian Utilities depuis des années. Or, de l'avis de la Commission, le libellé du régime de pension n'exige pas que l'AACV soit fixé, année après année, à raison de 100 p. 100 de l'IPC. Elle conclut [TRADUCTION] « que les contribuables ne doivent pas assumer le coût différentiel du financement d'un régime de pension » qui résulte de la manière dont Canadian Utilities a déterminé l'AACV au fil des ans « lorsqu'il [est] démontré qu'un tel coût se révèle déraisonnable ou imprudent dans les circonstances » (par. 118).

[16] Toutefois, la Commission ne juge pas la preuve suffisante pour tirer des conclusions quant à savoir si l'AACV était prudent ou non. Elle ne réduit donc pas l'ajustement correspondant à 100 p. 100 de l'IPC de l'année (au plus 3 p. 100) pour les besoins des recettes nécessaires des services publics ATCO pour l'année 2010. Elle dit néanmoins [TRADUCTION] « vouloir examiner la possibilité de revoir l'AACV en tant que mécanisme de gestion prudente de la charge de retraite d'un service public » pour 2011 et les années suivantes (par. 123). Elle ordonne aux services publics

application to address issues related to COLA and Canadian Utilities' discretion in setting COLA.

B. *Alberta Utilities Commission: 2011 Carswell-Alta 1646 (WL Can.) ("Decision 2011-391")*

[17] On December 15, 2010, the ATCO Utilities filed a pension common matters application pursuant to the Commission's direction in *Decision 2010-189*. The Commission published its *Decision 2011-391* on September 27, 2011. It is this decision that is the subject of appeal in this Court.

[18] In reviewing the COLA included in the ATCO Utilities' revenue requirement application, the Commission wrote that the reasonableness of setting it at 100 percent of CPI had to be evaluated "in the circumstances applicable at the time that ATCO Utilities apply to include pension expense in revenue requirement": *Decision 2011-391*, at para. 87. The significant unfunded liability of the Pension Plan was such a circumstance. The Commission was of the view that the DB plan permitted Canadian Utilities to exercise its discretion in setting the COLA, and that this discretion was "an available tool" for Canadian Utilities to actively manage the DB plan unfunded liability as it carried out its fiduciary and contractual obligations: para. 83. "[T]he availability of that discretion and the exercise, or lack thereof, of that discretion [was] a relevant and material consideration" in determining whether the ATCO Utilities' pension expenses were reasonable and should be included in revenue requirements: *ibid.*

[19] The Commission found that the ATCO Utilities' practice of awarding an annual COLA of 100 percent of CPI every year was not "an acceptable standard practice", in light of benchmark evidence showing a wider range of COLA percentages used by defined benefit pension plans among other

ATCO de préparer une demande d'examen de questions communes relatives au régime de pension pour l'année 2011 qui traite des questions relatives à l'AACV et du pouvoir discrétionnaire de Canadian Utilities dans l'établissement de l'AACV.

B. *Alberta Utilities Commission : 2011 Carswell-Alta 1646 (WL Can.) (« Décision 2011-391 »)*

[17] Le 15 décembre 2010, les services publics ATCO ont déposé une demande d'examen de questions communes relatives au régime de pension conformément à la directive de la Commission dans sa *Décision 2010-189*. La Commission a rendu publique sa *Décision 2011-391* le 27 septembre 2011. C'est cette décision que vise le pourvoi.

[18] Dans son examen de l'AACV prévu dans la demande d'approbation des recettes nécessaires des services publics ATCO, la Commission opine que la question de savoir s'il est raisonnable ou non de le faire correspondre à 100 p. 100 de l'IPC doit être tranchée [TRADUCTION] « eu égard aux circonstances en présence lorsque les services publics ATCO ont demandé d'inclure la charge de retraite dans ses recettes nécessaires » (*Décision 2011-391*, par. 87). L'important déficit actuariel du régime de pension est l'une de ces circonstances. La Commission estime que le régime APD permettait à Canadian Utilities d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de l'AACV et que ce pouvoir est un « outil à la disposition » de cette entreprise pour lui permettre de gérer activement l'important déficit actuariel du régime APD dans l'exercice de ses obligations fiduciaires et contractuelles (par. 83). « [L]'existence de ce pouvoir discrétionnaire et le fait de l'exercer ou non constitu[ent] une considération pertinente et importante » pour déterminer si la charge de retraite des services publics ATCO est raisonnable et doit être prise en compte dans les recettes nécessaires (*ibid.*).

[19] La Commission conclut que la fixation par les services publics ATCO d'un AACV à raison de 100 p. 100 de l'IPC à chaque année n'est pas une [TRADUCTION] « pratique courante reconnue » à la lumière de la preuve voulant que les régimes de pension APD d'autres entités d'un groupe de

entities in a comparator group: *Decision 2011-391*, at para. 87. The majority of these other entities set COLA between 50 percent and 75 percent of CPI. The Commission also found that a reduction in COLA would not undermine ATCO Utilities' ability to attract new employees, nor would it encourage current employees to leave.

[20] The Commission concluded that the COLA included in current service costs to be recovered through tariffs after January 1, 2012 and until the next actuarial valuation should be 50 percent of the annual Canada CPI, to a maximum of 3 percent. The ATCO Utilities' revenue requirements for 2012 were to be reduced accordingly.

[21] However, with regard to the special payments addressing the unfunded liability for 2012, the Commission stated that it would not require that the ATCO Utilities file an updated actuarial report reflecting a lower COLA and that it would only begin disallowing a COLA of 100 percent of CPI with regard to special payment costs from 2013 onward. This decision resulted from the Commission's conclusion that filing a new actuarial report "would be costly, and consume an undue amount of company, intervener and Commission resources given the time remaining in 2011 to complete a new report and file it for approval with the Commission and subsequently with the Superintendent of Pensions", especially as a new report would be filed by January 1, 2013 as it stood: *Decision 2011-391*, at para. 99. The Commission did not reduce special payments to be recovered in 2012 because it was not "in the best interest of ATCO Utilities, ratepayers or pensioners to implement a change to the COLA calculation [at this time] given the uncertain pension funding impacts that may result from a new actuarial valuation and report": para. 100. Reductions in liability as a result of a reduction of COLA would be captured in ongoing special payments set for 2013 onward.

comparaison fassent correspondre l'AACV à des pourcentages très variables (*Décision 2011-391*, par. 87). La majorité de ces autres entités font correspondre l'AACV à un pourcentage situé entre 50 p. 100 et 75 p. 100 de l'IPC. La Commission conclut également qu'une réduction de l'AACV ne nuirait pas au recrutement par les services publics ATCO de nouveaux employés et n'encouragerait pas non plus les employés actuels à quitter leur emploi.

[20] Selon la Commission, l'AACV inclus dans le coût des prestations pour services courants à recouvrer grâce aux tarifs imposés après le 1er janvier 2012 et jusqu'à l'évaluation actuarielle suivante doit correspondre à 50 p. 100 de l'IPC pour l'année au Canada (au plus 3 p. 100). Les recettes nécessaires des services publics ATCO pour l'année 2012 doivent être réduites en conséquence.

[21] Cependant, pour ce qui est des paiements spéciaux destinés à combler le déficit actuariel pour l'année 2012, la Commission affirme qu'elle n'obligerait pas les services publics ATCO à déposer un rapport actuariel actualisé faisant état d'un pourcentage d'AACV moindre et qu'elle commencerait uniquement par refuser que l'AACV corresponde à 100 p. 100 de l'IPC à compter de 2013. Cette décision découle de sa conclusion selon laquelle le dépôt d'un nouveau rapport actuariel [TRADUCTION] « serait coûteux et exigerait trop de ressources de la part de la société, de la partie intervenante et de la Commission compte tenu du temps qui reste en 2011 pour établir un nouveau rapport et le soumettre à l'approbation de la Commission, puis du surintendant des pensions », d'autant plus qu'un nouveau rapport était censé être déposé au plus tard le 1er janvier 2013 (*Décision 2011-391*, par. 99). La Commission ne réduit pas les paiements spéciaux à recouvrer en 2012 parce qu'il n'est pas « dans l'intérêt véritable des services publics ATCO, des clients et des retraités de modifier [aujourd'hui] le calcul de l'AACV étant donné les répercussions incertaines sur le financement du régime de pension qu'auraient une nouvelle évaluation et un nouveau rapport actuariels » (par. 100). La réduction du déficit découlant de la réduction de l'AACV serait prise en compte dans les cotisations spéciales en cours pour 2013 et les années suivantes.

C. *Alberta Utilities Commission: ATCO Utilities, Re (2012), 97 C.C.P.B. 298 ("Decision 2012-077")*

[22] On November 2, 2011, the ATCO Utilities filed a review and variance application of *Decision 2011-391*. The ATCO Utilities requested that the Commission vacate its direction to reduce the amount of COLA to 50 percent of CPI for regulatory purposes.

[23] The Commission found that the arguments raised by the ATCO Utilities did not give rise to a substantial doubt as to the correctness of *Decision 2011-391* and denied the ATCO Utilities' request for review and variance.

D. *Alberta Court of Appeal: 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234*

[24] The Alberta Court of Appeal granted leave to appeal *Decision 2011-391*. Conducting a reasonableness review, the court held it was open to the Commission to reduce the ATCO Utilities' revenue requirements to reflect a COLA of 50 percent of CPI. The Court of Appeal dismissed ATCO Utilities' appeal.

IV. Issues

[25] This appeal raises three issues:

1. What is the standard of review?

2. Does the regulatory framework prescribe a certain methodology in assessing whether costs are prudent?

3. Was it reasonable for the Commission to refuse to incorporate 100 percent of CPI to a maximum of 3 percent into the ATCO Utilities' COLA revenue requirements?

C. *Alberta Utilities Commission : ATCO Utilities, Re (2012), 97 C.C.P.B. 298 (« Décision 2012-077 »)*

[22] Le 2 novembre 2011, les services publics ATCO ont déposé une demande de révision et de modification de la *Décision 2011-391*. Ils ont demandé à la Commission d'annuler sa directive d'abaisser l'AACV à 50 p. 100 de l'IPC à des fins réglementaires.

[23] La Commission a conclu que les arguments des services publics ATCO ne permettaient pas de douter sérieusement de la justesse de la *Décision 2011-391* et elle a rejeté la demande de révision et de modification.

D. *Cour d'appel de l'Alberta : 2013 ABCA 310, 93 Alta. L.R. (5th) 234*

[24] La Cour d'appel de l'Alberta a autorisé l'appel de la *Décision 2011-391*. Après s'être penchée sur le caractère raisonnable de celle-ci, elle conclut qu'il était loisible à la Commission de réduire les recettes nécessaires des services publics ATCO de manière qu'elles tiennent compte d'un AACV correspondant à 50 p. 100 de l'IPC. Elle rejette donc l'appel.

IV. Questions en litige

[25] Le pourvoi soulève trois questions :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?

2. Le régime réglementaire impose-t-il une méthode en particulier pour apprécier le caractère prudent des dépenses?

3. Était-il raisonnable que la Commission refuse de prendre en compte un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC (AACV d'au plus 3 p. 100) pour déterminer les recettes nécessaires des services publics ATCO?

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[26] The standard of review of the Commission's decision in applying its expertise to set rates and approve payment amounts in accordance with the *Electric Utilities Act* and the *Gas Utilities Act* is reasonableness: *OEB*, at para. 73; see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 53-54.

[27] Nonetheless, the ATCO Utilities argue that the jurisprudence favours applying a standard of correctness. However, the cases they cite — *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 ("*Stores Block*"), *Shaw v. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315, and *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275 — are not analogous to the matter at hand. They each were said to involve "true questions of jurisdiction", where the regulator was called on to determine whether it had the statutory authority to decide a particular question. This Court's recent jurisprudence has emphasized that true questions of jurisdiction, if they exist as a category at all, an issue yet unresolved by the Court, are rare and exceptional: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. In any event, this case involves ratemaking. As Bastarache J. noted in *Stores Block*, ratemaking is at the heart of a regulator's expertise and is therefore deserving of a high degree of deference: para. 30.

[28] To the extent that an appeal also turns on the Commission's interpretation of its home statutes, a standard of reasonableness also presumptively

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[26] La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission lorsque celle-ci met son expertise à contribution pour fixer les tarifs et approuver les paiements conformément à l'*Electric Utilities Act* et à la *Gas Utilities Act* est celle de la décision raisonnable (*CÉO*, par. 73; voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 53-54).

[27] Les services publics ATCO soutiennent néanmoins que la jurisprudence privilégie l'application de la norme de la décision correcte. Or, les faits à l'origine des arrêts qu'ils citent (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 (l'arrêt relatif au « *Calgary Stores Block* »), *Shaw c. Alberta Utilities Commission*, 2012 ABCA 378, 539 A.R. 315, et *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta Utilities Commission*, 2009 ABCA 246, 464 A.R. 275) diffèrent de ceux de la présente espèce. Chacune de ces affaires soulevait, prétendait-on, de « véritables questions de compétence », l'organisme de réglementation étant appelé à déterminer s'il avait le pouvoir légal de trancher une question donnée. Dans sa jurisprudence récente, la Cour insiste sur le fait que les véritables questions de compétence, à supposer qu'elles forment bel et bien une catégorie, ce sur quoi la Cour n'a pas encore statué, sont rares et exceptionnelles (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34). Quoi qu'il en soit, la présente affaire porte sur l'établissement de tarifs. Comme le souligne le juge Bastarache dans l'arrêt relatif au *Calgary Stores Block*, l'établissement des tarifs est au cœur de l'expertise d'un organisme de réglementation et commande donc une grande déférence (par. 30).

[28] Lorsque l'appel porte également sur l'interprétation de sa loi constitutive par la Commission, l'application de la norme de la décision raisonnable

applies: *Alberta Teachers' Association*, at para. 30. The presumption is not rebutted in this case.

B. *Methodology for Determining Costs and Just and Reasonable Rates Under the Electric Utilities Act and the Gas Utilities Act*

[29] The application by the ATCO Utilities, one of which is an electric utility and the other a gas utility, involves both the *EUA* and the *GUA*. Both statutes direct the Commission to set just and reasonable rates. The *EUA* requires the Commission to "have regard for the principle that a tariff approved by it must provide the owner of an electric utility with a reasonable opportunity to recover" various "prudent" or "prudently incurred" costs: s. 122; see also s. 102. A gas utility, on the other hand, is "entitled to recover in its tariffs" costs that the Commission determines to be "prudent": s. 4(3) of the *Roles, Relationships and Responsibilities Regulation*, Alta. Reg. 186/2003 ("*RRR Regulation*"); see also s. 36 *GUA*.

[30] The ATCO Utilities argue that the guarantee of a reasonable opportunity to recover their costs requires that the Commission must first examine whether the decisions to incur costs were prudent and must apply a presumption of prudence in favour of the utility. Unless these costs are found not to be prudent, they are to be included in the utility's revenue requirement. The ATCO Utilities say that in conducting its prudence inquiry, the Commission is required to use the prudence test as described by the Ontario Court of Appeal in *Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 v. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, which is the subject of the companion appeal to this case. In that case,

est aussi présumée (*Alberta Teachers' Association*, par. 30). Cette présomption n'est pas réfutée en l'espèce.

B. *Méthode d'appréciation des dépenses et d'établissement de tarifs justes et raisonnables sous le régime de l'Electric Utilities Act et de la Gas Utilities Act*

[29] La demande des services publics ATCO — l'un de ces services exerçant ses activités dans le secteur de l'électricité, l'autre dans celui du gaz — fait intervenir les deux lois à la fois. L'*EUA* et la *GUA* enjoignent à la Commission de fixer des tarifs justes et raisonnables. L'*EUA* contraint la Commission à [TRADUCTION] « tenir compte du principe selon lequel le tarif qu'elle approuve doit faire en sorte que le propriétaire des installations d'électricité ait la possibilité raisonnable de recouvrer » diverses dépenses « prudentes » ou « faites avec prudence » (art. 122; voir également art. 102). Quant au service public gazier, il [TRADUCTION] « peut recouvrer grâce à ses tarifs » les dépenses que la Commission juge « prudentes » (par. 4(3) du *Roles, Relationships and Responsibilities Regulation*, Alta. Reg. 186/2003 (le « *règlement RRR* »); voir également l'art. 36 de la *GUA*).

[30] Selon la thèse des services publics ATCO, pour qu'un service public soit assuré d'une possibilité raisonnable de recouvrer ses dépenses, la Commission doit d'abord se demander si la décision de faire les dépenses était prudente et présumer qu'elle l'était. Sauf si elle conclut à la non-prudence, elle prend en compte les dépenses dans les recettes nécessaires de l'entreprise. Les services publics ATCO font valoir que la Commission doit, dans son appréciation de la prudence, appliquer le critère énoncé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 c. Ontario Energy Board*, 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, lequel fait l'objet du pourvoi connexe. Dans cette affaire, la

the Ontario Court of Appeal relied on a formulation of prudence review set out in *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, at para. 10:

- Decisions made by the utility's management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.
- To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.
- Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.
- Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time. [para. 16]

[31] The ATCO Utilities argue that the statutes' express use of the word "prudent" to qualify the costs and expenses that electric and gas utilities are entitled to recover necessarily mandates the use of that prudence test. I will refer to it as the "no-hindsight" test.

[32] The language of the relevant provisions of the *EUA* and *GUA* differs from the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, in the companion *OEB* appeal. While the *EUA* and the *GUA* contain specific references to "prudence", the *Ontario Energy Board Act, 1998* does not. Further, regulations passed under the *Ontario Energy Board Act, 1998* expressly permit the Ontario Energy Board to establish a methodology to determine whether revenue requirements are just and reasonable. The *EUA* and *GUA* do not include a direct grant of methodological discretion. However, like the statutory scheme in *OEB*, neither the *EUA* nor

Cour d'appel de l'Ontario fait siens les paramètres établis dans *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, par. 10, pour statuer sur la prudence :

[TRADUCTION]

- La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
- Pour qu'elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu'aurait dû connaître le service public au moment où il l'a prise.
- Le recul est exclu de l'appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
- La prudence est appréciée dans le cadre d'une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision. [par. 16]

[31] Selon les services publics ATCO, le fait que les deux lois renvoient expressément à la notion de « prudence » de pair avec les dépenses et les charges que les fournisseurs d'électricité et de gaz sont autorisés à recouvrer commande nécessairement l'application de ces paramètres (ci-après, le critère excluant le recul).

[32] Le libellé des dispositions pertinentes de l'*EUA* et de la *GUA* diffère de celui des dispositions de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, considérées dans le pourvoi connexe *CÉO*. Alors que l'*EUA* et la *GUA* y renvoient expressément, la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* ne comporte aucune mention de la notion de « prudence ». De plus, les règlements pris en vertu de la loi ontarienne autorisent expressément la Commission de l'énergie de l'Ontario à établir une méthode qui permet de déterminer si des recettes nécessaires sont justes et raisonnables. L'*EUA* et la *GUA* n'accordent

the *GUA* impose a specific methodology[5] and, as will be explained, their references to "prudence" do not impose upon the Commission the specific methodology advanced by the ATCO Utilities.

(1) Prudence Under the *EUA*

[33] The question before this Court is whether the Commission's interpretation and exercise of its rate-setting authority was reasonable. The ATCO Utilities argue that the statutory framework supports its assertion that it was entitled to a no-hindsight prudence review. Under the reasonableness standard of review, the Commission's interpretation of its home statute is entitled to deference. In this case, the Commission did not expressly address the question of whether the statutory regime mandated a no-hindsight approach. Rather, its decision to proceed without using a no-hindsight prudence test implies that it understood the relevant statutes not to mandate the ATCO Utilities' desired methodology. It is thus necessary to examine the terms of the relevant statutes to determine whether the Commission's approach was reasonable. In doing so, this Court may make use of the traditional tools of statutory interpretation with the goal of determining whether the Commission's approach was reasonable: see *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 37-41.

[5] The *GUA* does provide some methodological guidance to the Commission with regard to calculating a utility's return on its rate base by specifying what information may be considered in this process: "In fixing the fair return that an owner of a gas utility is entitled to earn on the rate base, the Commission shall give due consideration to all facts that in its opinion are relevant" (s. 37(3)). However, it does not provide any further methodological guidance for assessing the recoverability of a utility's costs.

pas directement un pouvoir discrétionnaire qui permet de choisir une méthode. Cependant, non plus que le régime législatif en cause dans le pourvoi *CÉO*, ni l'*EUA* ni la *GUA* n'imposent une méthode précise[5] et, nous le verrons plus loin, le fait qu'elles recourent à la notion de « prudence » n'a pas pour effet d'imposer à la Commission la méthode que préconisent les services publics ATCO.

(1) La notion de prudence suivant l'*EUA*

[33] La question que la Cour est appelée à trancher est celle de savoir si l'interprétation par la Commission de son pouvoir en matière d'établissement des tarifs et son exercice de ce pouvoir étaient raisonnables ou non. Les services publics ATCO soutiennent que le cadre législatif étaye leur prétention selon laquelle ils avaient droit à un contrôle de la prudence excluant le recul. Suivant la norme de contrôle de la décision raisonnable, l'interprétation de sa loi constitutive par la Commission commande la déférence. Dans la présente affaire, la Commission ne s'est pas expressément demandé si le régime législatif commandait le recours à une démarche sans recul. Sa décision de ne pas effectuer un contrôle de la prudence excluant le recul permet plutôt de conclure que, selon son interprétation, les dispositions pertinentes ne l'obligeaient pas à employer la méthode souhaitée par les services publics ATCO. L'examen du libellé des dispositions en cause s'impose donc pour décider si l'approche de la Commission était raisonnable ou non. À cette fin, la Cour peut s'en remettre aux outils traditionnels d'interprétation des lois pour se prononcer sur le caractère raisonnable ou non de l'approche de la Commission (voir *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 37-41).

[5] La *GUA* donne à la Commission certaines indications sur la manière de calculer le rendement qu'un service public peut toucher sur sa base de tarification en précisant quelles données peuvent être prises en compte dans ce processus : [TRADUCTION] « Pour établir le juste rendement auquel a droit le propriétaire d'un service public de gaz sur sa base de tarification, la Commission tient dûment compte de tous les faits qu'elle estime pertinents » (par. 37(3)). Toutefois, elle ne fournit aucune autre indication sur la méthode à appliquer pour déterminer si les dépenses d'un service public sont susceptibles de recouvrement.

[34] The words of a statute are to be interpreted "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Because, as will be discussed, the meaning of "prudence" is the focus of much of the debate in this case, it is helpful to start by examining the ordinary meaning of the word as a baseline for the subsequent analysis. Pertinent dictionary definitions give a range of meanings for "prudent", including "having or exercising sound judgement in practical affairs" (*The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 729), "acting with or showing care and thought for the future" (*Concise Oxford English Dictionary* (12th ed. 2011), at p. 1156), or "marked by wisdom or judiciousness [or] shrewd in the management of practical affairs" (*Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003), at p. 1002). While these definitions may vary in their nuance, the ordinary sense of the word is such that a prudent cost is one which may be described as wise or sound.

[34] Il faut lire les termes d'une loi « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87). Nous verrons plus loin que le débat porte en grande partie sur la signification de la notion de « prudence », si bien qu'il est utile d'examiner d'abord le sens ordinaire de ce terme comme point de référence pour l'analyse qui suivra. Les dictionnaires offrent une gamme de définitions de l'adjectif « *prudent* », dont les suivantes : [TRADUCTION] « . . . qui a ou qui exerce un bon jugement dans les affaires d'ordre pratique » (*The Oxford English Dictionary* (2e éd. 1989), p. 729), [TRADUCTION] « qui agit en se souciant du lendemain ou qui manifeste un tel souci » (*Concise Oxford English Dictionary* (12e éd. 2011), p. 1156), ou [TRADUCTION] « qui est empreint de sagesse ou de pertinence, [ou] qui est rompu à la gestion des affaires d'ordre pratique » (*Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* (11e éd. 2003), p. 1002). Bien que ces définitions comportent des nuances, on peut en conclure, suivant le sens ordinaire de l'adjectif, qu'une dépense prudente est celle qui résulte d'une décision sage ou bonne.

[35] However, these dictionary definitions are not so consistent and exhaustive as to provide a complete answer to the question of the meaning of "prudent" costs in the context of the Alberta utilities regulation statutes. As such, a contextual reading of the statutory provisions at issue provides further guidance. In the context of utilities regulation, I do not find any difference between the ordinary meaning of a "prudent" cost and a cost that could be said to be reasonable. It would not be imprudent to incur a reasonable cost, nor would it be prudent to incur an unreasonable cost.

[35] Cependant, ces définitions ne sont pas suffisamment uniformes et exhaustives pour apporter une réponse définitive à la question de savoir ce qu'il faut entendre par des dépenses « prudentes » dans le contexte des lois qui réglementent les services publics en Alberta. Une interprétation contextuelle des dispositions législatives en cause offre donc un autre élément de réponse. Dans le contexte de la réglementation de services publics, je ne vois aucune différence entre des dépenses « prudentes » au sens ordinaire de ce terme et des dépenses que l'on pourrait qualifier de raisonnables. Ainsi, il ne serait pas imprudent de faire des dépenses raisonnables, pas plus qu'il ne serait prudent de faire des dépenses déraisonnables.

[36] The *EUA* provides that an "owner of an electric distribution system must prepare a distribution tariff for the purpose of recovering the prudent costs of providing electric distribution service by means

[36] Selon l'*EUA*, [TRADUCTION] « le propriétaire d'un réseau de distribution d'électricité doit établir un tarif de distribution pour recouvrer les dépenses prudentes du service de distribution d'électricité

of [its] electric distribution system": s. 102(1). To receive approval for the distribution tariff, the owner must apply to the Commission: s. 102(2). When considering a tariff application, the Commission must ensure, *inter alia*, that the tariff is "just and reasonable" (s. 121(2)(a)), a requirement for which the burden of proof "is on the person seeking approval of the tariff" (s. 121(4)).

[37] Section 122(1) of the *EUA* provides that the Commission "must have regard for the principle that a tariff approved by it must provide the owner of an electric utility with a reasonable opportunity to recover" a series of eight types of costs and expenses:

(a) the costs and expenses associated with capital related to the owner's investment in the electric utility, . . .

. . .

if the costs and expenses are prudent . . .

(b) other prudent costs and expenses associated with isolated generating units, transmission, exchange or distribution of electricity . . . if, in the Commission's opinion, they are applicable to the electric utility,

(c) amounts that the owner is required to pay under this Act or the regulations,

(d) the costs and expenses applicable to the electric utility that arise out of obligations incurred before the coming into force of this section and that were approved by the Public Utilities Board, the Alberta Energy and Utilities Board or other utilities' regulatory authorities if, in the Commission's opinion, the costs and expenses continue to be reasonable and prudently incurred,

(e) its prudent costs and expenses of complying with the Commission rules respecting load settlement,

(f) its prudent costs and expenses respecting the management of legal liability,

(g) the costs and expenses associated with financial arrangements to manage financial risk associated with

assuré au moyen de son réseau » (par. 102(1)). Pour faire approuver son tarif de distribution, il doit s'adresser à la Commission (par. 102(2)). Dans l'examen de la demande, la Commission s'assure notamment que la tarification est « juste et raisonnable » (al. 121(2)(a)), et il appartient « à la personne qui sollicite l'approbation de la tarification » de le démontrer (par. 121(4)).

[37] Suivant le par. 122(1) de l'*EUA*, la Commission [TRADUCTION] « doit tenir compte du principe selon lequel le tarif qu'elle approuve doit faire en sorte que le propriétaire des installations d'électricité ait la possibilité raisonnable de recouvrer » huit types de dépenses et de charges :

[TRADUCTION]

(a) les dépenses et les charges se rapportant au capital relatif à l'investissement du propriétaire dans le service d'électricité, . . .

. . .

si elles sont prudentes . . .

(b) d'autres dépenses et charges prudentes se rapportant à des groupes électrogènes isolés et à la transmission, à l'échange ou à la distribution d'électricité, [. . .] si la Commission estime qu'elles s'appliquent au service d'électricité,

(c) toute somme que le propriétaire est tenu de verser en application de la présente loi ou de ses règlements,

(d) les dépenses et les charges applicables au service d'électricité qui découlent d'obligations contractées avant l'entrée en vigueur de la présente disposition et qui ont été approuvées par un organisme de réglementation des services publics, telles la Public Utilities Board ou l'Alberta Energy and Utilities Board, si la Commission estime qu'elles continuent d'être raisonnables et faites avec prudence,

(e) ses dépenses et ses charges prudentes nécessaires au respect des règles de la Commission relatives à l'établissement de la demande d'électricité,

(f) ses dépenses et ses charges prudentes liées à la gestion de la responsabilité juridique,

(g) les dépenses et les charges liées aux arrangements financiers conclus pour gérer les risques financiers

the pool price if the arrangements are, in the Commission's opinion, prudently made, and

(h) any other prudent costs and expenses that the Commission considers appropriate, including a fair allocation of the owner's costs and expenses that relate to any or all of the owner's electric utilities.

[38] Section 122 refers to prudence in two different ways. Most frequently, the adjective "prudent" qualifies the expression "costs and expenses", which indicates that a utility enjoys a reasonable opportunity to recover costs and expenses that are prudent. Absent a definition of the word "prudent" or a clear inference that it refers to a no-hindsight rule as described in *Enbridge*, this prudence requirement is to be understood in the sense of the ordinary meaning of the word: for the listed costs and expenses to warrant a reasonable opportunity of recovery, they must be wise or sound; in other words, they must be reasonable.

[39] By contrast, certain provisions use the adverb "prudently" to qualify the utility's decision to incur costs: s. 122(1)(d) speaks of costs and expenses that are "reasonable and prudently incurred" and s. 122(1)(g) refers to costs and expenses associated with financial arrangements that were "prudently made". Though this case does not call upon this Court to evaluate the types of expenses covered by s. 122(1)(d) or (g), statutory language referring to "prudently incurred" costs appears to speak more directly to a utility's decision to incur costs at the time the decision was made. Such language may more directly implicate the no-hindsight approach urged by the ATCO Utilities in this case than language that merely speaks of "prudent costs". This issue is further complicated for costs arising under s. 122(1)(d), where costs must both "continue to be reasonable and prudently incurred". The proper interpretation of these provisions is a question best left for a case in which the issue arises.

associés au prix du réseau commun, si la Commission estime que ces arrangements ont été conclus avec prudence,

(h) toutes autres dépenses et charges prudentes qui, selon la Commission sont appropriées, y compris une imputation juste des dépenses et des charges du propriétaire se rapportant en tout ou en partie à ses installations.

[38] L'article 122 renvoie à la notion de prudence de deux façons. Le plus souvent, le législateur utilise l'adjectif « prudentes » de pair avec « dépenses et charges », ce qui indique que le service public a une possibilité raisonnable de recouvrer les dépenses et les charges qui sont prudentes. Faute d'une définition de la notion ou d'une inférence claire selon laquelle il faut y voir l'exclusion d'une appréciation avec recul comme dans l'arrêt *Enbridge*, cette exigence de prudence doit s'interpréter selon le sens ordinaire de ce mot : pour justifier l'octroi d'une possibilité raisonnable de recouvrement, les dépenses et les charges énumérées doivent résulter d'une décision sage ou bonne; autrement dit, elles doivent être raisonnables.

[39] En revanche, dans certaines dispositions, les mots « avec prudence » sont employés de pair avec la décision du service public de faire les dépenses : l'al. 122(1)(d) parle de dépenses et de charges « raisonnables et faites avec prudence », et l'al. 122(1)(g) fait état de dépenses et de charges liées à des arrangements financiers « conclus avec prudence ». Bien que la Cour ne soit pas appelée en l'espèce à se prononcer sur les types de charges visés aux al. 122(1)(d) ou (g), la disposition législative qui fait mention de dépenses « faites avec prudence » semble se rapporter plus directement à la décision du service public de faire les dépenses au moment où cette décision a été prise. Un tel libellé peut emporter plus directement l'application du critère excluant le recul préconisé par les services publics ATCO qu'un libellé faisant simplement état de « dépenses prudentes ». L'affaire se complique encore dans le cas des dépenses visées à l'al. 122 (1)(d), lesquelles doivent « continue[r] d'être raisonnables et faites avec prudence ». Il est préférable de laisser à la cour de justice qui sera un jour saisie de la question le soin de décider de la juste interprétation de ces dispositions.

[40] In their submissions, the ATCO Utilities do not parse the different contexts in which the word "prudent" is used in s. 122. They argue more generally that the references to "prudence" imply that a no-hindsight test is required, and that a utility's costs must be presumed to be prudent.

[41] However, the different uses of "prudence" in s. 122 are instructive. If the statute requires the Commission to approve "prudently incurred" expenses, it may be unreasonable for the Commission to fail to apply a no-hindsight methodology in reviewing such expenses. However, the costs at issue in this case do not fall within the categories of costs for which the statute grants recovery of "prudently incurred" costs. The use of the adjective "prudent" to qualify "costs and expenses" elsewhere in s. 122 does not itself imply a specific methodology. Nothing in the ordinary meaning of the word "prudent" or the use of this word in the statute as a standalone condition says anything about the time at which prudence must be evaluated.

[42] Further, s. 121(4) of the *EUA* provides that the burden of establishing that the proposed tariffs are just and reasonable falls on the public utility. The requirement that tariffs be just and reasonable is a foundational requirement of the tariff-setting provisions of the *EUA*. Tariffs will not be just and reasonable if they do not comply with the statutory requirement of s. 122 that the costs and expenses be prudent. Thus, contrary to the ATCO Utilities' proposed methodology, the utilities' burden to establish that tariffs are just and reasonable necessarily imposes on the utilities the burden of establishing that costs are prudent.

[43] In sum, neither the ordinary meaning of "prudent" nor the statutory language indicate that the Commission is bound by the *EUA* to apply a no-hindsight approach to the costs at issue, nor is a presumption of prudence statutorily imposed in these circumstances.

[40] Dans leurs prétentions, les services publics ATCO n'analysent pas les différents contextes dans lesquels les termes « prudentes » et « avec prudence » sont employés à l'art. 122. Ils soutiennent de façon générale que le renvoi à la « prudence » suppose l'application d'un critère excluant le recul et qu'il faut présumer que les dépenses d'un service public sont prudentes.

[41] Cependant, à l'art. 122, les différents renvois à la notion de « prudence » sont instructifs. Si la loi exige de la Commission qu'elle approuve les dépenses « faites avec prudence », il peut se révéler déraisonnable pour la Commission de ne pas employer une méthode excluant le recul lorsqu'elle se penche sur de telles dépenses. Toutefois, les dépenses visées en l'espèce n'appartiennent pas aux catégories de dépenses dont la loi autorise le recouvrement lorsqu'elles sont « faites avec prudence ». L'emploi dans la disposition de l'adjectif « prudentes » de pair avec « dépenses » et « charges » n'emporte pas en soi l'application d'une méthode particulière. Ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni son emploi en tant que condition autonome dans la loi ne permettent de déterminer le moment en fonction duquel la prudence doit être appréciée.

[42] De plus, suivant le par. 121(4) de l'*EUA*, il incombe au service public de démontrer que la tarification qu'il propose est juste et raisonnable. L'établissement de tarifs justes et raisonnables constitue une exigence fondamentale des dispositions pertinentes de l'*EUA*. Les tarifs ne seront pas justes et raisonnables s'ils ne satisfont pas à l'exigence de prudence des dépenses et des charges prévue à l'art. 122. En conséquence, contrairement à ce que suppose la méthode préconisée par les services publics ATCO, l'obligation d'un service public d'établir que sa tarification est juste et raisonnable l'oblige nécessairement à démontrer que ses dépenses sont prudentes.

[43] En somme, ni le sens ordinaire du mot « prudentes », ni le texte de l'*EUA* n'indiquent que cette loi oblige la Commission à se prononcer sur les dépenses en cause sans recul; l'*EUA* n'impose pas non plus de présomption de prudence en pareilles circonstances.

(2) Prudence Under the *GUA*

[44] The *GUA* requires, *inter alia*, that on application by the owner of a gas utility, the Commission "fix just and reasonable" rates that "shall be imposed, observed and followed afterwards by the owner of the gas utility": s. 36(a). Section 44(1) provides that changes in rates must be approved by the Commission, and the "burden of proof to show that the increases, changes or alterations are just and reasonable is on the owner of the gas utility seeking to make them": s. 44(3). Further, s. 4(3) of the *RRR Regulation* provides that

> [a] gas distributor is entitled to recover in its tariffs the prudent costs as determined by the Commission that are incurred by the gas distributor . . . .

[45] While the *RRR Regulation* makes a specific reference to the recovery of "prudent" costs, I do not read this prudence requirement as implying a presumption of prudence and application of a no-hindsight rule. Regarding the "no hindsight" element, the statutory provisions do not use "prudent" to describe the decision to incur the costs, but rather to describe the costs themselves. Although s. 4(3) of the *RRR Regulation* uses the term "incurred", it is used to indicate that the provision applies to costs incurred by the utility. No temporal inference can be drawn from the use of "incurred" in this context; it is not used in a manner that calls for examination of the prudence of the decision to incur certain costs. The inquiry under s. 4(3) of the *RRR Regulation* rather asks whether the costs themselves can be said to be "prudent". The *GUA* does not include a requirement that a no-hindsight rule must apply in assessing whether costs are prudent, nor does the text of the *GUA* or the *RRR Regulation* imply such a rule. Regarding a presumption of prudence, s. 44(3) of the *GUA* stipulates that the utility has the burden to establish that the rates are just and reasonable. Like the *EUA*, this in turn places the burden of establishing the prudence of costs on the utility.

(2) La notion de prudence suivant la *GUA*

[44] La *GUA* exige notamment que, à la demande du propriétaire d'installations gazières, la Commission [TRADUCTION] « fix[e] » des tarifs « justes et raisonnables » qui « seront ensuite appliqués et respectés par le propriétaire d'installations gazières » (al. 36(a)). Suivant le par. 44(1), la modification des tarifs doit être approuvée par la Commission, et « il incombe au propriétaire des installations gazières d'établir que les augmentations ou les modifications qu'il demande sont justes et raisonnables » (par. 44(3)). De plus, le par. 4(3) du *règlement RRR* prévoit :

> [TRADUCTION] Un distributeur de gaz peut, au moyen de sa tarification, recouvrer les dépenses faites que la Commission juge prudentes . . .

[45] Le *règlement RRR* mentionne certes expressément le recouvrement des dépenses « prudentes » mais, selon moi, cette exigence de prudence ne crée pas de présomption de prudence et elle n'exclut pas le recul. Pour ce qui est de l'« absence de recul », dans les dispositions législatives applicables, la « prudence » s'applique non pas à la décision de faire les dépenses, mais plutôt aux dépenses comme telles. Même si le terme « faites » est employé au par. 4(3) du *règlement RRR*, il l'est pour montrer que la disposition s'applique aux dépenses que fait le service public. Aucune inférence temporelle ne peut être tirée de l'utilisation du mot « faites » dans ce contexte; ce mot n'est pas utilisé de manière à imposer l'appréciation de la prudence de la décision de faire certaines dépenses. Le paragraphe 4(3) du *règlement RRR* exige plutôt qu'on se demande si les dépenses comme telles peuvent être tenues pour « prudentes ». La *GUA* n'exclut pas le recul dans l'appréciation du caractère prudent des dépenses, et ni le texte de la *GUA* ni celui du *règlement RRR* ne permettent de conclure à une telle exclusion. En ce qui concerne la présomption de prudence, le par. 44(3) de la *GUA* dispose que c'est au service public d'établir que ses tarifs sont justes et raisonnables. Comme le dispose également l'*EUA*, il incombe alors au service public d'établir la prudence des dépenses faites.

(3) Conclusion With Respect to Statutory Requirements of the *EUA* and *GUA*

[46] Though the statutes do contain language allowing for the recovery of "prudent" costs, the *EUA* and the *GUA* do not explicitly impose an obligation on the Commission to conduct its analysis using a particular methodology any time the word "prudent" is used. Further, reserving any opinion on whether the term "prudently incurred" might require a particular no-hindsight methodology, in this particular case the bare use of the word "prudent" does not, on its own, mandate a particular methodology.

[47] It is thus apparent that the relevant statutes may reasonably be interpreted not to impose the ATCO Utilities' asserted prudence methodology on the Commission. The existence of a reasonable interpretation that supports the Commission's implied understanding of its discretion is enough for the Commission's decision to pass muster under reasonableness review: *McLean*, at paras. 40-41. Thus, the Commission is free to apply its expertise to determine whether costs are prudent (in the ordinary sense of whether they are reasonable), and it has the discretion to consider a variety of analytical tools and evidence in making that determination so long as the ultimate rates that it sets are just and reasonable to both consumers and the utility.

C. *Characterization of the Costs at Issue: Forecast or Committed*

[48] As explained in *OEB*, understanding whether the costs are committed or forecast may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator's choice of methodology: para. 83. Committed costs are those costs that a utility has already spent or that were committed as a result of a binding agreement or other legal obligation that leaves the utility with no discretion as to whether to make the payment in the future: para. 82. If the costs are forecast, there is no reason to apply a no-hindsight prudence test because the utility retains discretion whether to incur the costs: para. 83. By contrast, the no-hindsight prudence test

(3) Conclusion sur les exigences de l'*EUA* et de la *GUA*

[46] Même si le libellé de leurs dispositions permet le recouvrement de dépenses « prudentes », l'*EUA* et la *GUA* n'imposent pas expressément à la Commission une méthode d'analyse donnée chaque fois que la notion de « prudence » est invoquée. De plus, bien que je n'exprime pas d'opinion sur la question de savoir si l'expression « faites avec prudence » pourrait commander l'application d'une méthode excluant le recul, le seul renvoi à la notion de « prudence » en l'espèce n'impose pas en soi de méthode particulière.

[47] Il appert donc que l'on peut raisonnablement interpréter les dispositions pertinentes de manière que la Commission ne soit pas tenue d'employer la méthode axée sur la prudence que préconisent les services publics ATCO. L'existence d'une interprétation raisonnable à l'appui de la conception que se fait tacitement la Commission de son pouvoir discrétionnaire suffit pour que la décision de la Commission résiste au contrôle de son caractère raisonnable (*McLean*, par. 40-41). La Commission peut donc s'en remettre à son expertise pour décider si les dépenses sont prudentes (au sens ordinaire de raisonnables) et tenir alors compte de divers outils d'analyse et éléments de preuve à condition, au final, que les tarifs fixés soient justes et raisonnables tant pour le consommateur que pour le service public.

C. *Qualification des dépenses en cause : prévues ou convenues*

[48] Comme je l'explique dans *CÉO*, pour se prononcer sur le caractère raisonnable de la méthode que choisit un organisme de réglementation, il peut être utile de savoir si les dépenses en cause sont prévues ou convenues (par. 83). Les dépenses convenues sont celles que le service public a déjà acquittées ou qu'il s'est engagé à acquitter en contractant une obligation, notamment dans un accord obligatoire, qui le prive de tout pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait de ne pas acquitter la somme ultérieurement (par. 82). Lorsque les dépenses sont prévues, il n'y a aucune raison d'appliquer un critère de prudence

may be appropriate when the regulator reviews utility costs that are committed: paras. 102-5.

[49] Determining whether particular costs are committed or forecast turns on factual evidence relevant to those costs as well as on legal obligations that may govern them. Factual evidence may take the form of details regarding the structure of the utility's business, relevant conduct on the part of the utility, and the factual context in which the costs arise. Legal issues may relate to any contractual, fiduciary or regulatory obligations that grant or bar discretion on the part of the utility in incurring the costs at issue. Where the regulator has made an assessment of whether the costs are committed or forecast, that assessment is owed deference by this Court.

[50] On the basis of the evidence and the arguments before it, the Commission found that the "COLA amount ha[d] not yet been awarded for 2012 because consideration of the COLA adjustment occurs towards the end of the calendar year": *Decision 2011-391*, at para. 93. The Commission concluded that there was enough time from the date *Decision 2011-391* was published on September 27, 2011 to the end of the calendar year for the ATCO Utilities and their parent Canadian Utilities "to prospectively decide whether to separately fund any difference Canadian Utilities may choose to pay beyond the COLA level approved for regulatory purposes for 2012 onwards": *ibid*. This finding supports a characterization of the disallowed COLA costs as forecast because their disallowance left it open to Canadian Utilities to reduce the COLA that would apply to the 2012 benefit payments to 50 percent of CPI or to incur the COLA of 100 percent of CPI regardless, knowing that the differential would ultimately be borne by the utilities: *OEB*, at para. 82.

qui exclut le recul, car l'entreprise conserve un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de faire ou non les dépenses (par. 83). En revanche, il pourrait convenir d'appliquer un tel critère lorsque l'organisme de réglementation examine des dépenses convenues (par. 102-105).

[49] Que des dépenses soient convenues ou prévues dépend de la preuve factuelle pertinente y afférente ainsi que des obligations juridiques susceptibles de les régir. La preuve factuelle peut s'entendre de précisions sur la structure des activités du service public, de certains actes du service public et des circonstances dans lesquelles les dépenses ont vu le jour. Les questions juridiques soulevées peuvent avoir trait à toute obligation contractuelle, fiduciaire ou réglementaire qui reconnaît ou non au service public un pouvoir discrétionnaire dans la décision de faire ou non les dépenses. La décision que prend l'organisme de réglementation après s'être demandé si les dépenses sont convenues ou prévues commande la déférence de la Cour.

[50] Sur le fondement de la preuve et des arguments qui lui ont été présentés, la Commission conclut qu'un [TRADUCTION] « montant correspondant à l'AACV n'a pas encore été accordé pour l'année 2012 parce que l'examen de ce poste intervient vers la fin de l'année civile » (*Décision 2011-391*, par. 93). La Commission juge qu'il s'est écoulé suffisamment de temps entre la publication de la *Décision 2011-391* le 27 septembre 2011 et la fin de l'année civile pour permettre aux services publics ATCO et à leur société mère Canadian Utilities « de décider pour l'avenir s'il y a lieu ou non de financer séparément toute différence que Canadian Utilities pouvait décider de payer au-delà de l'AACV approuvé à des fins réglementaires pour 2012 et les années suivantes » (*ibid.*). Cette conclusion étaye l'idée d'assimiler à des dépenses prévues les dépenses liées à l'AACV qui ont été refusées au motif que ce refus permet à Canadian Utilities d'abaisser à 50 p. 100 de l'IPC l'AACV applicable aux prestations versées en 2012 ou de fixer malgré tout l'AACV à 100 p. 100 de l'IPC en sachant que les services publics prendront la différence à leur charge (*CÉO*, par. 82).

[51] However, the Commission did not disallow the use of a COLA of 100 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent) with regard to the special payments intended to address the unfunded liability and fixed by the 2009 Actuarial Report for the year 2012. The Commission did so by reasoning that any consumer overpayment that resulted in 2012 would be compensated through reduced special payments once a new report was prepared for 2013 onward.

[52] In their factum in this Court, the ATCO Utilities submitted that the COLA costs were committed in the same way as the costs fixed by binding collective agreements were in the companion *OEB* appeal. In oral argument, counsel for the ATCO Utilities explained that the pension actuary prepares an actuarial report at intervals of a maximum of three years and files it with the Superintendent of Pensions: see ss. 13 and 14 of the *Employment Pension Plans Act* (2000)[6] and ss. 9 and 10 of the *Employment Pension Plans Regulation* (2000).[7]

[53] In this case, the 2009 Actuarial Report applied for the years 2010, 2011 and 2012. The pension actuary determined the employer's required contribution to fund projected benefits owed to beneficiaries and to address any unfunded liability in the DB plan. For each of the three years covered by the report, the actuary assumed a post retirement pension increase of 2.25 percent per year to be included in required contributions.[8] It was argued by the ATCO Utilities that the employer is required by law to make such contributions: s. 48(3) of the

[51] Cependant, la Commission n'écarte pas l'utilisation d'un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC (au plus 3 p. 100) en ce qui concerne les paiements spéciaux destinés à combler le déficit actuariel, paiements fixés par le rapport actuariel de 2009 pour l'année 2012. Selon elle, tout paiement excédentaire de la part du consommateur en 2012 serait compensé par la réduction des paiements spéciaux dès l'établissement d'un nouveau rapport pour 2013 et les années suivantes.

[52] Dans leur mémoire, les services publics ATCO prétendent que les dépenses liées à l'AACV sont convenues tout comme celles déterminées par des conventions collectives obligatoires dans le dossier connexe *CÉO*. Dans sa plaidoirie, l'avocat des services publics ATCO explique que l'actuaire du régime de pension prépare à des intervalles d'au plus trois ans un rapport actuariel qu'il remet au surintendant des pensions (voir les art. 13 et 14 de l'*Employment Pension Plans Act* (2000)[6] et les art. 9 et 10 de l'*Employment Pension Plans Regulation* (2000)[7]).

[53] En l'espèce, le rapport actuariel de 2009 vise les années 2010, 2011 et 2012. L'actuaire du régime détermine la cotisation que doit verser l'employeur pour financer les prestations projetées auxquelles auraient droit les bénéficiaires et combler tout déficit actuariel du régime APD. Pour chacune des trois années, l'actuaire suppose une augmentation annuelle de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités[8]. Les services publics ATCO prétendent que l'employeur est légalement tenu de verser une telle cotisation (par. 48(3) de l'*Employment Pension Plans*

---

6 These provisions have since been replaced by s. 13 of the *Employment Pension Plans Act* (2012).

7 These provisions have since been replaced by ss. 48 and 49 of the *Employment Pension Plans Regulation* (2014).

8 For clarity, the 2009 Actuarial Report and the DB plan use two separate terms to describe annual pension benefit increases, though they are conceptually linked: the DB plan refers to cost of living adjustment (or COLA), while the 2009 Actuarial Report refers to "post retirement pension increases". The 2009 Actuarial Report's post retirement pension increase figure of 2.25 percent was based on the DB plan's formula for COLA and the actuarial report's assumption for inflation.

6 Ces dispositions ont depuis été remplacées par l'art. 13 de l'*Employment Pension Plans Act* (2012).

7 Ces dispositions ont depuis été remplacées par les art. 48 et 49 de l'*Employment Pension Plans Regulation* (2014).

8 Par souci de clarté, le rapport actuariel de 2009 et le régime APD utilisent deux termes différents, quoique liés sur le plan conceptuel, pour désigner l'augmentation annuelle des prestations versées aux retraités : le régime APD renvoie à l'ajustement au coût de la vie (AACV), alors que le rapport actuariel de 2009 parle de [TRADUCTION] « l'augmentation des prestations versées aux retraités ». L'augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités prévue dans le rapport actuariel de 2009 est établie selon la formule d'AACV du régime APD et le taux d'inflation retenu dans le rapport.

Employment Pension Plans Regulation (2000).[9] Accordingly, the ATCO Utilities submitted that once the actuarial report covering 2010, 2011 and 2012 had been filed, the amounts identified in that valuation, including a post retirement pension increase of 2.25 percent, should be understood as committed.

[54] To address this argument, a distinction must be drawn between the COLA that is used to determine the post retirement pension increases applied to employer contributions paid into the DB plan, and the COLA applied to benefit payments paid out of the plan. While the ATCO Utilities were legally bound to make contributions including a post retirement pension increase of 2.25 percent into the plan for 2012, the actual COLA paid out to beneficiaries was set by Canadian Utilities on an annual basis. The ATCO Utilities' information responses to the Commission in preparation for their 2011 pension common matters application show that the actual COLA set by Canadian Utilities for 2010 was 0 percent and for 2011 was 1.7 percent.

[55] The ATCO Utilities' argument that the costs are committed rests on the notion that if the Commission reduces the recoverable COLA to 50 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent), they risk incurring a shortfall because the COLA recovered through rates will be less than the post retirement pension increases of 2.25 percent that they were legally obliged to contribute.

[56] However, while both the employer contributions into the DB plan and the benefit payments made to beneficiaries are subject to cost of living adjustments, the portion of *Decision 2011-391* at issue in this appeal was concerned specifically with the reasonableness of the COLA to be set by Canadian Utilities for the 2012 benefit payments. As such, the Commission's disallowance was with respect to the COLA benefits to be paid out to beneficiaries in

[9] This provision has since been replaced by ss. 60(2)(b) and 60(3) of the *Employment Pension Plans Regulation* (2014).

Regulation (2000)[9]). Ils font donc valoir que dès le dépôt du rapport actuariel visant les années 2010, 2011 et 2012, les dépenses qui y sont indiquées, y compris celles liées à l'augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités, doivent être considérées comme des dépenses convenues.

[54] Pour répondre à cet argument, une distinction s'impose entre l'AACV utilisé pour décider de l'augmentation des prestations versées aux retraités, qui détermine à son tour la cotisation de l'employeur au régime APD, et l'AACV qui s'applique aux prestations payées sur le régime. Même si les services publics ATCO étaient légalement tenus de verser une cotisation comportant une augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités pour 2012, l'AACV réel versé aux bénéficiaires était établi annuellement par Canadian Utilities. Les réponses fournies par les services publics ATCO aux demandes d'information de la Commission en vue de leur demande d'examen de questions communes relatives au régime de pension pour l'année 2011 indiquent que l'AACV établi par Canadian Utilities était de 0 p. 100 pour 2010 et de 1,7 p. 100 pour 2011.

[55] La thèse des services publics ATCO voulant que les dépenses soient des dépenses convenues repose sur l'idée que, si la Commission abaisse l'AACV recouvrable à 50 p. 100 de l'IPC (au plus 3 p. 100), ils risquent de subir un manque à gagner du fait que l'AACV qu'ils recouvreront grâce à la tarification sera alors inférieur à l'augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités qu'ils sont légalement tenus de financer.

[56] Cependant, bien que la cotisation de l'employeur au régime APD et les prestations versées aux bénéficiaires fassent toutes deux l'objet d'ajustements au coût de la vie, la partie de la *Décision 2011-391* visée par le présent pourvoi porte précisément sur le caractère raisonnable de l'AACV que doit fixer Canadian Utilities à l'égard des prestations versées en 2012. En conséquence, le refus de la Commission vise l'AACV dû aux bénéficiaires

[9] Cette disposition a depuis été remplacée par l'al. 60(2)(b) et le par. 60(3) de l'*Employment Pension Plans Regulation* (2014).

2012 — not to the employer contributions into the DB plan.

[57] Contrary to the submissions of the ATCO Utilities, the facts of this case are different from those in *OEB*. In *OEB*, the utility was bound to pay certain costs by virtue of collective agreements with separate counterparties, the employee unions. In this case, the Commission found that the COLA applied to benefit payments from the DB plan was set by the ATCO Utilities' parent, Canadian Utilities, and that Canadian Utilities retained discretion over the setting of the COLA for the test period. DB plan members would ultimately receive benefits reflecting a COLA of 100 percent in 2012 only if Canadian Utilities decided to set the COLA at that level.

[58] Canadian Utilities may have exercised that discretion in such a way as to avoid saddling its regulated subsidiary with costs it knew would not be recovered. Accordingly, while the ATCO Utilities were required to make contributions reflecting a post retirement pension increase of 2.25 percent into the DB plan pursuant to the 2009 Actuarial Report, the COLA applied to benefit payments for 2012 was not committed when the Commission issued its *Decision 2011-391*. This is so because at the time *Decision 2011-391* was published, Canadian Utilities had yet to set COLA for 2012.

[59] It was not unreasonable for the Commission to decide, without applying a no-hindsight analysis, that 50 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent) "represent[ed] a reasonable level for setting the COLA amount for the purposes of determining the pension cost amounts for regulatory purposes" in 2012: *Decision 2011-391*, at para. 92.

en 2012, non la cotisation de l'employeur au régime APD.

[57] Contrairement aux prétentions des services publics ATCO, les faits de la présente espèce diffèrent de ceux de *CÉO*, où le service public devait payer certaines dépenses en raison de conventions collectives intervenues avec des parties distinctes, les syndicats. Dans la présente affaire, la Commission conclut que l'AACV des prestations payées sur le régime APD a été établi par la société mère des services publics ATCO, Canadian Utilities et que cette dernière demeurait investie d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de fixer le pourcentage de l'AACV pendant la période de référence. Au bout du compte, les participants au régime APD ne toucheraient en 2012 des prestations majorées d'un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC que si Canadian Utilities décidait d'un tel AACV.

[58] Canadian Utilities a pu exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à ne pas obliger ses filiales réglementées à supporter des dépenses dont elle savait qu'elles ne seraient pas recouvrées. En conséquence, même si, selon le rapport actuariel de 2009, les services publics ATCO étaient tenus de verser au régime APD une cotisation établie en fonction d'une augmentation de 2,25 p. 100 des prestations versées aux retraités, l'AACV appliqué aux prestations versées pour 2012 ne faisait pas l'objet d'un engagement lorsque la Commission a rendu sa *Décision 2011-391*. Il en est ainsi parce que Canadian Utilities n'avait pas encore fixé l'AACV pour 2012.

[59] Il n'était pas déraisonnable que la Commission décide, sans recourir à une méthode excluant le recul, que 50 p. 100 de l'IPC (au plus 3 p. 100) [TRADUCTION] « représent[ait] un taux raisonnable d'AACV pour les besoins de la détermination de la charge de retraite à des fins réglementaires » en 2012 (*Décision 2011-391*, par. 92).

D. *Considering the Impact on Rates in Evaluating Costs*

[60] The ATCO Utilities argue that in considering the prudence of the COLA costs the Commission was preoccupied with the aim of reducing rates charged to customers.

[61] As discussed above, a key principle in Canadian regulatory law is that a regulated utility must have the opportunity to recover its operating and capital costs through rates: *OEB*, at para. 16. This requirement is reflected in the *EUA* and *GUA*, as these statutes refer to a reasonable opportunity to recover costs and expenses so long as they are prudent. A regulator must determine whether a utility's costs warrant recovery on the basis of their reasonableness — or, under the *EUA* and *GUA*, their "prudence". Where costs are determined to be prudent, the regulator must allow the utility the opportunity to recover them through rates. The impact of increased rates on consumers cannot be used as a basis to disallow recovery of such costs.[10] This is not to say that the Commission is not required to consider consumer interests. These interests are accounted for in rate regulation by limiting a utility's recovery to what it reasonably or prudently costs to efficiently provide the utility service. In other words, the regulatory body ensures that consumers only pay for what is reasonably necessary: *OEB*, at para. 20.

[62] In this case, the Commission did emphasize the effect that reducing the COLA would have on the ATCO Utilities' unfunded liability. It is also

[10] Regulators may, however, take into account the impact of rates on consumers in deciding *how* a utility is to recover its costs. Sudden and significant increases in rates may, for example, justify a regulator in phasing in rate increases to avoid "rate shock", provided the utility is compensated for the economic impact of deferring its recovery: *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171, at para. 43.

D. *Prise en compte de l'incidence sur la tarification dans l'appréciation de la prudence des dépenses*

[60] Les services publics ATCO font valoir que, dans son appréciation de la prudence des dépenses liées à l'AACV, le souci de la Commission était de réduire les tarifs imposés aux consommateurs.

[61] Rappelons qu'un principe clé du droit réglementaire canadien veut qu'un service public réglementé ait la possibilité de recouvrer ses dépenses d'exploitation et ses coûts en capital grâce à sa tarification (*CÉO*, par. 16). C'est ce qui ressort de l'*EUA* et de la *GUA*, lesquelles renvoient en effet à une possibilité raisonnable de recouvrer les dépenses et les charges dans la mesure où elles sont prudentes. L'organisme de réglementation doit déterminer si les dépenses du service public peuvent être recouvrées parce qu'elles sont raisonnables ou, sous le régime de l'*EUA* et de la *GUA*, parce qu'elles sont « prudentes ». Lorsque les dépenses sont jugées prudentes, l'organisme doit permettre au service public de les recouvrer grâce à sa tarification. L'incidence de l'augmentation des tarifs sur le consommateur ne saurait justifier la Commission de refuser leur recouvrement[10]. Cela ne signifie pas pour autant que la Commission n'a pas à prendre en considération les intérêts des consommateurs. La réglementation tarifaire les prend en considération en ne permettant que le recouvrement des dépenses raisonnables ou prudentes que le service public fait pour la prestation efficace du service. Autrement dit, l'organisme de réglementation s'assure que le consommateur ne paie pas plus que ce qui est raisonnablement nécessaire (*CÉO*, par. 20).

[62] En l'espèce, la Commission insiste sur l'incidence de la réduction de l'AACV sur le déficit actuariel des services publics ATCO. Aussi, un déficit

[10] Pour déterminer la *façon* dont le service public recouvrera ses dépenses, l'organisme de réglementation peut toutefois tenir compte de l'incidence des tarifs sur le consommateur. Une augmentation tarifaire imprévue et importante peut, par exemple, justifier l'organisme de réglementation d'imposer un échelonnement afin d'éviter la « perturbation tarifaire », à condition que le service public soit indemnisé des répercussions financières du report du recouvrement de ses dépenses (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'énergie*, 2004 CAF 149, par. 43 (CanLII)).

true that a lower unfunded liability based on an actuarial report using a 50 percent COLA instead of 100 percent would mean a lower revenue requirement, and thus lower rates passed on to consumers. However, I do not agree with the ATCO Utilities' submission that the Commission, in considering the effect of COLA on the utilities' unfunded pension liability, was basing its disallowance on concerns about rate hikes for consumers. Regulators may not justify a disallowance of prudent costs solely because they would lead to higher rates for consumers. But that does not mean a regulator cannot give any consideration to the magnitude of a particular cost in considering whether the amount of that cost is prudent.

[63] Indeed, it seems axiomatic that any time a regulator disallows a cost, that decision will be based on a conclusion that the cost is greater than ought to be permitted, which leads to the inference that consumers would be paying too much if the cost were incorporated into rates. But that is not the same as disallowing a cost *solely* because it would increase rates for consumers. In this case, the Commission found it unreasonable for the ATCO Utilities to receive payments to cover a COLA of 100 percent while they carried a large unfunded liability on their books, in part because of evidence from comparator companies that COLA figures of less than 100 percent were common, and because of the Commission's finding that a COLA of 100 percent was not necessary to ensure that the ATCO Utilities could attract and retain employees. While this conclusion carries with it the consequence that rates will be lower as a result, the Commission reasoned from the prudence of the costs themselves, not from a desire to keep rates down, to arrive at its conclusion to disallow costs. I find nothing unreasonable in the Commission's reasoning in this regard.

actuariel moins élevé fondé sur un rapport actuariel où l'AACV correspond à 50 p. 100 plutôt qu'à 100 p. 100 de l'IPC se traduirait par des recettes nécessaires moindres et, par conséquent, des tarifs moindres pour les consommateurs. Je ne conviens toutefois pas avec les services publics ATCO que la Commission, en se souciant de l'incidence de l'AACV sur le déficit actuariel du régime de pension, fonde son refus sur la crainte d'une majoration des tarifs. Un organisme de réglementation ne peut refuser d'approuver des dépenses prudentes pour le seul motif que leur approbation entraînerait une augmentation des tarifs. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'il ne peut aucunement tenir compte de l'ampleur d'une dépense donnée pour se prononcer sur son caractère prudent.

[63] Il paraît en effet aller de soi que chaque fois qu'il refuse d'approuver une dépense, l'organisme de réglementation le fait après avoir conclu que la dépense est supérieure à celle qui doit être autorisée, ce qui permet d'inférer que le coût pour le consommateur serait excessif si la dépense était répercutée sur les tarifs. Il ne s'agit toutefois pas de refuser d'approuver une dépense *pour le seul motif* qu'elle entraînerait une hausse tarifaire pour le consommateur. Dans la présente affaire, la Commission conclut qu'il est déraisonnable que les services publics ATCO touchent des paiements pour recouvrer un AACV correspondant à 100 p. 100 de l'IPC alors que leurs documents comptables font état d'un important déficit actuariel. La raison en est en partie que, suivant la preuve constituée de données sur des sociétés comparables, un AACV correspondant à moins de 100 p. 100 de l'IPC est fréquent et la conclusion de la Commission portant qu'un AACV correspondant à ce pourcentage n'est pas nécessaire pour permettre aux services publics ATCO de recruter du personnel et de le conserver. Même si cette conclusion tient compte d'une baisse consécutive des tarifs, la Commission se fonde sur la prudence des dépenses comme telles, non sur la volonté de faire en sorte que les tarifs demeurent peu élevés, pour conclure qu'il y a lieu de refuser d'approuver les dépenses. Je ne vois rien de déraisonnable dans le raisonnement de la Commission sur ce point.

VI. Conclusion

[64] The Commission was not statutorily bound to apply a particular methodology to the costs at issue in this case. The use of the word "prudent" in the *EUA* and *GUA* cannot by itself be read to impose upon the Commission the specific no-hindsight methodology urged by the ATCO Utilities.

[65] While there are undoubtedly situations in which a failure to apply a no-hindsight methodology may result in unjust outcomes for utilities, and thus violate the statutory requirement that rates must strike a just and reasonable balance between consumer and utility interests, the Commission did not act unreasonably in this case. The disallowed costs were forecast costs. Accordingly, it was reasonable in this case for the Commission to evaluate the ATCO Utilities' proposed revenue requirement in light of all relevant circumstances. Further, because the Commission did not use impermissible methodology, it was not unreasonable for the Commission to direct the ATCO Utilities to reduce their pension costs incorporated into revenue requirements by restricting annual COLA to 50 percent of CPI (up to a maximum of 3 percent) for current service costs from 2012 onward and for special payments addressing the unfunded liability from 2013 onward.

[66] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the respondent the Alberta Utilities Commission: Alberta Utilities Commission, Calgary.

VI. Conclusion

[64] La Commission n'était pas légalement tenue en l'espèce d'appliquer une méthode précise pour apprécier le caractère prudent des dépenses. On ne peut considérer que, à lui seul, l'emploi du mot « prudentes » dans l'*EUA* et la *GUA* oblige la Commission à recourir à la méthode sans recul que préconisent les services publics ATCO.

[65] Bien qu'il existe sans aucun doute des situations où l'omission d'appliquer une méthode qui exclut le recul peut conduire à des résultats injustes pour les services publics et emporter ainsi l'inobservation de l'obligation légale de fixer des tarifs qui établissent un équilibre juste et raisonnable entre les intérêts du consommateur et ceux du service public, la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable. Les dépenses refusées étaient des dépenses prévues. Il était donc raisonnable que la Commission se penche sur les recettes jugées nécessaires par les services publics ATCO à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. De plus, comme la Commission n'a pas eu recours à une méthode injustifiée, il n'était pas déraisonnable qu'elle ordonne aux services publics ATCO de réduire la charge de retraite répercutée sur les recettes nécessaires en abaissant l'AACV à 50 p. 100 de l'IPC (au plus 3 p. 100) en ce qui concerne, d'une part, le coût des prestations pour services courants à compter de 2012 et, d'autre part, les paiements spéciaux visant à combler le déficit actuariel à compter de 2013.

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelantes : Bennett Jones, Calgary.

Procureur de l'intimée Alberta Utilities Commission : Alberta Utilities Commission, Calgary.

Solicitors for the respondent the Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Office of the Utilities Consumer Advocate of Alberta : Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton; Michael Sobkin, Ottawa.

Richard James Goodwin *Appellant*

v.

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Respondents*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Jamie Allen Chisholm *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Scott Roberts *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Carol Marion Beam *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Richard James Goodwin *Appelant*

c.

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appelants*

c.

Jamie Allen Chisholm *Intimé*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appelants*

c.

Scott Roberts *Intimé*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appelants*

c.

Carol Marion Beam *Intimée*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appelants*

c.

Richard James Goodwin *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association, Insurance Bureau of Canada, Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta), Criminal Defence Lawyers Association (Calgary), Criminal Lawyers' Association of Ontario, Alberta Registrar of Motor Vehicle Services and Mothers Against Drunk Driving Canada *Interveners*

Richard James Goodwin *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, procureur général du Manitoba, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Bureau d'assurance du Canada, Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta), Criminal Defence Lawyers Association (Calgary), Criminal Lawyers' Association of Ontario, Alberta Registrar of Motor Vehicle Services et Les mères contre l'alcool au volant Canada *Intervenants*

Indexed as: Goodwin *v.* British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)

2015 SCC 46

File No.: 35864.

2015: May 19; 2015: October 16.

Present: McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

Répertorié : Goodwin *c.* Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)

2015 CSC 46

N° du greffe : 35864.

2015 : 19 mai; 2015 : 16 octobre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Property and civil rights — Highways — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition scheme ultra vires the province as being exclusively within federal government's criminal law power — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Propriété et droits civils — Voies publiques — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d'une analyse faite lors d'un contrôle routier à l'aide d'un appareil de détection approuvé — Le régime d'interdiction automatique de conduire outrepasse-t-il la compétence de la province parce qu'il relève exclusivement de la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

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

In 2010, British Columbia created the Automatic Roadside Prohibition (ARP) scheme. It marked a continuation of British Columbia's longstanding efforts to remove impaired drivers from the province's roads through the use of licence suspensions, penalties and remedial programs. The scheme calls for roadside analysis of drivers' breath samples using an approved screening device (ASD). A "fail" reading and a driver's refusal or failure to provide a sample both result in a 90-day licence suspension. A "warn" reading results in a shorter suspension of between 3 and 30 days. There is a process for review of suspensions, but it only permits the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the driver refused to provide a sample.

These appeals ask whether the ARP scheme oversteps the bounds of provincial legislative competence and invades the federal government's exclusive jurisdiction over criminal law. They also ask whether the provincial regime engages and ultimately infringes two *Charter* rights: the protection against unreasonable search and seizure found in s. 8, and the presumption of innocence guaranteed by s. 11(*d*). The chambers judge found that the ARP scheme is *intra vires* the province and that s. 11(*d*) of the *Charter* is not engaged. However, he concluded that the ARP scheme violates s. 8 when the screening device registers a "fail", though not when a driver refuses to provide a breath sample. His decision was upheld on appeal.

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

En 2010, la Colombie-Britannique a créé le régime d'interdiction automatique de conduire (RIAC). Ce régime représente le prolongement des efforts déployés depuis longtemps par la Colombie-Britannique pour chasser les conducteurs aux facultés affaiblies de ses routes par l'imposition de suspensions de permis, de sanctions et de programmes correctifs. Selon le régime, il faut analyser les échantillons d'haleine des conducteurs lors d'un contrôle routier au moyen d'un appareil de détection approuvé (ADA). Le résultat « échec » ainsi que le refus ou l'omission du conducteur de fournir un échantillon entraînent tous deux une suspension du permis de 90 jours. Le résultat « avertissement » se traduit par une suspension plus courte de 3 à 30 jours. Il existe une procédure de contrôle des suspensions, mais elle permet seulement au Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») de décider si le demandeur était un « conducteur » et si l'ADA a affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou si le demandeur a refusé de fournir un échantillon.

Il s'agit en l'espèce de décider si le RIAC excède la compétence législative de la province et empiète sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Il s'agit également de déterminer si le régime provincial fait intervenir et porte atteinte en fin de compte à deux droits garantis par la *Charte* : la protection offerte par l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que la présomption d'innocence garantie par l'al. 11*d*). Selon le juge en chambre, le RIAC relève de la province et l'al. 11*d*) de la *Charte* ne s'applique pas. Il a toutefois conclu que le RIAC viole l'art. 8 lorsque l'appareil de détection affiche le résultat « échec », mais non lorsque le conducteur refuse de fournir un échantillon d'haleine. Sa décision a été confirmée en appel.

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

Per Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: The province's purpose in enacting the ARP scheme was not to oust the criminal law, but rather to prevent death and serious injury on public roads by removing drunk drivers and deterring impaired driving. The pith and substance of the ARP scheme is the licensing of drivers, the enhancement of traffic safety and the deterrence of persons from driving while impaired by alcohol. Provinces have an important role in ensuring highway safety, which includes regulating who is able to drive and removing dangerous drivers from the roads. Provincial drunk driving programs and the criminal law will often be interrelated. A provincial statute will not invade the federal power over criminal law merely because its purpose is to target conduct that is also captured by the *Criminal Code*. Deterrence can be a purpose of provincial law. There can be no doubt that the matter falls within the provincial power over property and civil rights in the province. Thus, from a division of powers standpoint, the legislation is valid.

The ARP scheme does not create an "offence" within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*. The scheme is not concerned with addressing harm done to society in a public forum; instead, its focus is on the regulation of drivers and licensing, and the maintenance of highway safety. Although it has a relationship with the criminal law, in the sense that it relies on *Criminal Code* seizure powers and is administered by police, the scheme is more accurately characterized as a proceeding of an administrative nature. Furthermore, the ARP scheme does not impose true penal consequences. While a 90-day suspension is a meaningful consequence for a licensing violation, and the approximately $4,000 in possible costs and penalties are significant, they are not sufficient to engage the fair-trial rights embodied by s. 11. The driving prohibition relates directly to the regulatory terms and conditions under which a person may be licensed to drive. The protections of s. 11 are not engaged in this case.

The demand to breathe into an ASD constitutes a seizure that infringes on an individual's reasonable expectation of privacy and engages the protection of s. 8 of the *Charter*. Although the province relies on the *Criminal Code* to authorize the breath demand, the purpose and consequences of the seizure are established in the ARP

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

Les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : La province, en instaurant le RIAC, avait pour objectif non pas d'écarter le droit criminel, mais plutôt d'empêcher les décès et les blessures graves sur les chemins publics en en chassant les conducteurs en état d'ébriété et en décourageant la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC, de par son caractère véritable, vise à délivrer des permis de conduire, à renforcer la sécurité routière et à dissuader les gens de conduire avec les facultés affaiblies par l'alcool. Les provinces jouent un rôle important quand elles assurent la sécurité routière, notamment en décidant qui est en mesure de conduire et en chassant les conducteurs dangereux des routes. Les programmes provinciaux de lutte contre la conduite en état d'ébriété et le droit criminel sont souvent interreliés. Une loi provinciale n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel du seul fait qu'elle a pour objet de cibler une conduite qui est également visée par le *Code criminel*. La dissuasion peut être un objectif du droit provincial. Il ne fait aucun doute que la matière relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province. La loi est donc valide du point de vue du partage des compétences.

Le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il ne vise pas à réparer en audience publique le tort causé à la société; il vise plutôt à encadrer les conducteurs et la délivrance de permis et à assurer la sécurité routière. Même si le régime a un lien avec le droit criminel, en ce sens qu'il dépend des pouvoirs de saisie prévus par le *Code criminel* et est appliqué par la police, il est plus exact de le qualifier de procédure de nature administrative. De plus, le RIAC n'impose pas de véritables conséquences pénales. Bien qu'une suspension de 90 jours représente une conséquence importante pour quiconque viole un régime de permis, et que l'imposition potentielle d'environ 4 000 $ en frais et sanctions soit sévère, ces conséquences ne sont pas suffisantes pour mettre en jeu les droits à un procès équitable consacrés à l'art. 11. L'interdiction de conduire se rapporte directement aux modalités et conditions réglementaires selon lesquelles une personne peut être autorisée à conduire. Les mesures de protection de l'art. 11 n'entrent pas en jeu en l'espèce.

La demande de souffler dans un ADA constitue une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée et fait intervenir la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte*. Bien que la province se fonde sur le *Code criminel* pour autoriser la demande d'échantillon d'haleine, l'objet et les conséquences de la

scheme, in the *Motor Vehicle Act*. It is the ARP scheme that authorizes the seizure of the breath sample, and is thus subject to *Charter* scrutiny on this basis. The breath demand is a critical component of the province's efforts to protect British Columbians from death and serious injuries caused by impaired drivers. This compelling purpose weighs heavily in favour of the reasonableness of the breath seizure. Driving on highways is, of course, a highly regulated activity, and drivers expect that the rules of the road will be enforced. This reality, combined with the scheme's location within a broader regulatory framework targeting driving and highway safety, supports characterizing the regime as regulatory and applying a more flexible standard in assessing its reasonableness. However, while the breath seizure occurs for a regulatory purpose, it nonetheless has certain criminal-like features, such as its administration by a police officer pursuant to *Criminal Code* authorization. The consequences that follow a "fail" reading or the failure to provide a sample are not criminal, but they are immediate and serious, and arise without a further test using a more reliable breathalyser. In this case, the mechanism for determining whether a driver's blood alcohol concentration exceeds the relevant limits is a roadside test using an ASD. The chambers judge found that in some circumstances there can be serious issues concerning whether an ASD accurately reflects blood-alcohol readings. The use of an ASD to obtain a breath sample raises concerns that undermine the reasonableness of the seizure, specifically regarding the reliability of the test results.

The scope and availability of review is part of the analysis under s. 8. A driver's ability to challenge the accuracy of the ASD result is critical to the reasonableness of the ARP regime. Here, the process for review of the ARP suspensions only permits the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the driver refused to provide a sample. The absence of meaningful review of the accuracy of the result of the seizure, in light of the unreliability of the test, raises concerns about the reasonableness of the ARP scheme. Absent such review, a driver could find herself facing serious administrative sanctions without the precondition for the sanctions being met, and without any mechanism for redress. The serious consequences of a driver registering a "fail", combined with an inability to challenge the basis on which these

saisie sont établis dans le RIAC, dans la *Motor Vehicle Act*. C'est le RIAC qui autorise la saisie de l'échantillon d'haleine, et il est donc assujetti à l'examen fondé sur la *Charte* pour ce motif. La demande d'échantillon d'haleine est un élément crucial des efforts déployés par la province pour empêcher que les Britanno-Colombiens soient tués ou gravement blessés par les conducteurs aux facultés affaiblies. Cet objet impérieux milite fortement en faveur du caractère raisonnable de la saisie d'un échantillon d'haleine. Bien entendu, la conduite automobile sur une voie publique est une activité très réglementée, et les conducteurs s'attendent à ce que le code de la route soit appliqué. Cette réalité, conjuguée au fait que le régime s'inscrit dans un cadre réglementaire plus large visant la conduite et la sécurité routière, permet de qualifier le régime de réglementaire et d'appliquer une norme plus souple pour en apprécier le caractère raisonnable. Cependant, bien que la saisie d'un échantillon d'haleine se fasse à des fins réglementaires, elle possède néanmoins des caractéristiques qui s'apparentent au droit criminel, comme le fait qu'elle soit administrée par un policier conformément à une autorisation accordée par le *Code criminel*. Si les conséquences du résultat « échec » ou du défaut de fournir un échantillon d'haleine ne sont pas criminelles, elles sont néanmoins immédiates et graves et surviennent sans qu'une autre analyse ne soit effectuée au moyen d'un alcootest plus fiable. En l'espèce, pour déterminer si l'alcoolémie d'un conducteur dépasse la limite permise, on administre un alcootest au moyen d'un ADA. Le juge en chambre a conclu que, dans certains cas, il peut y avoir de sérieux doutes quant à savoir si un ADA indique avec exactitude les mesures d'alcoolémie. L'utilisation d'un ADA pour obtenir un échantillon d'haleine soulève des préoccupations qui minent le caractère raisonnable de la saisie, plus particulièrement quant à la fiabilité des résultats d'analyse.

L'étendue du contrôle et la possibilité d'y recourir font partie de l'analyse fondée sur l'art. 8. La possibilité pour le conducteur de contester l'exactitude du résultat de l'ADA est essentielle au caractère raisonnable du RIAC. En l'espèce, la procédure de contrôle des suspensions imposées en application du RIAC permet seulement au Surintendant de décider si le demandeur était un « conducteur » et si l'ADA a affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou si le demandeur a refusé de fournir un échantillon. L'absence d'un contrôle valable de l'exactitude du résultat de la saisie, vu la non-fiabilité du test, suscite des doutes concernant le caractère raisonnable du RIAC. En l'absence d'un tel contrôle, le conducteur pourrait se voir imposer de graves sanctions administratives sans que les conditions préalables à l'imposition des sanctions ne soient réunies et sans qu'il ne puisse bénéficier d'un mécanisme pour

consequences are imposed, render the ARP scheme unreasonable.

The objective of the scheme, reducing death and injury caused by impaired driving, is pressing and substantial, and the automatic prohibitions are rationally connected to that objective. However, the ARP scheme does not minimally impair the right of a driver to be free of unreasonable search and seizure. Subsequent amendments to the ARP scheme enhancing the scope for review of roadside screenings and prohibitions demonstrate that there are less impairing measures that can feasibly be put into place without undermining the province's objective. Therefore, the "fail" branch of the ARP scheme is not saved under s. 1. There is no need to determine whether the same result follows where the "warn" scheme is concerned.

Per McLachlin C.J. (dissenting in part): There is agreement with the majority on the constitutional issue and on the s. 11(*d*) of the *Charter* issue, but not on the s. 8 issue. The province's roadside suspension scheme does not violate the constitutional requirement that searches and seizures be reasonable. The provincial scheme in this case relies on the *Criminal Code* provisions that allow a police officer to compel a driver to give a sample of his breath. This is clearly a seizure of a bodily substance, which means that it must not be unreasonable under s. 8 of the *Charter*. To determine whether a search or seizure is reasonable, the court should examine three requirements: (1) the state has an important purpose grounded in the broader public interest for doing the search and/or seizure; (2) the intrusion goes no further than reasonably necessary to achieve the state purpose; and (3) the intrusion is subject to judicial supervision to guard against abusive state action. Whether a search or seizure is reasonable is sometimes determined by asking whether the state action represents an appropriate balance between the state purpose and the individual's privacy interest. However, to view the s. 8 analysis simply as a matter of balancing the state interest against the individual's privacy interest may fail to capture what is required to establish that a search or seizure is reasonable. Even where the state purpose is of great importance, the state must not intrude upon the individual's protected sphere more than reasonably justified by that purpose, nor do so in a way that lacks appropriate safeguards capable of judicial review. As for the privacy interest, it should be understood in the sense of what falls within the private sphere of the individual within which

obtenir réparation. Les graves conséquences subies par le conducteur qui échoue au test, conjuguées à l'impossibilité pour lui de contester le motif pour lequel ces conséquences sont imposées, rendent le RIAC abusif.

L'objectif du régime — réduire le nombre de décès et de blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies — est urgent et réel, et il existe un lien rationnel entre les interdictions automatiques de conduire et cet objectif. Cependant, le RIAC ne porte pas atteinte de façon minimale au droit du conducteur d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Les modifications apportées subséquemment au RIAC pour élargir le contrôle des analyses et des interdictions survenues à l'occasion de contrôles routiers démontrent que des mesures moins attentatoires peuvent facilement être mises en place sans nuire à l'objectif de la province. Par conséquent, le volet « échec » du RIAC n'est pas sauvegardé par l'article premier. Point n'est besoin de décider si le volet « avertissement » du régime mène au même résultat.

La juge en chef McLachlin (dissidente en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires sur la question constitutionnelle et celle relative à l'al. 11*d*) de la *Charte*, mais non sur l'art. 8. Le régime provincial de suspension imposée lors d'un contrôle routier n'enfreint pas l'exigence constitutionnelle que les fouilles, perquisitions et saisies ne soient pas abusives. Le régime provincial en l'espèce s'en remet aux dispositions du *Code criminel* qui permettent à un policier de contraindre un conducteur à donner un échantillon d'haleine. Il s'agit là clairement de la saisie d'un échantillon d'une substance corporelle, ce qui signifie qu'elle ne doit pas être abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, le tribunal doit examiner trois conditions : (1) l'État procède à la fouille, à la perquisition ou à la saisie pour réaliser un objectif important qui se fonde sur l'intérêt public général; (2) l'atteinte ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État; (3) l'atteinte est soumise à la surveillance judiciaire pour empêcher que l'État se livre à des abus. Pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, on se demande parfois si l'acte de l'État représente un juste équilibre entre l'objectif de l'État et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée. Toutefois, considérer l'analyse fondée sur l'art. 8 comme une simple mise en balance de l'intérêt de l'État et du droit de l'individu à la vie privée ne permet pas toujours de prendre en compte ce qu'il faut pour établir qu'une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable. Même lorsque l'objectif de l'État revêt une grande importance, l'État ne doit pas empiéter dans la sphère protégée de l'individu davantage

the individual reasonably expects to be free from state intrusion absent a higher state purpose and legal safeguards.

All three requirements of a reasonable search and seizure are met in this case. First, the state's purpose — to prevent death and serious injury on the highway from impaired driving — is important and capable of justifying intrusion into the private sphere of the individual's bodily substances. Second, the seizure does not go further than reasonably necessary to achieve the state purpose. The regime here is regulatory and not criminal and the activity of driving on highways is highly regulated and common in road enforcement. The third requirement — the availability of judicial supervision — presents the greatest difficulty, however, the driver can request a second test on a different device at the roadside. Further, the driver may apply to have a suspension reviewed by the Superintendent of Motor Vehicles and present statements and evidence in support of the application. The Superintendent's decision is also subject to judicial supervision by way of judicial review. The administrative nature of the scheme and the nature of the driver's interests at play justify the administrative nature of the review, as do the less stringent provisions to ensure accuracy of the sample. In this case, the review provisions of the roadside suspension scheme offer reasonable protection against abusive exercise of the state power to intrude on the individual's private sphere, having regard to the nature of the scheme and the privacy interests at stake.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1; *Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Quebec (Attorney*

que ne le justifie raisonnablement cet objectif, ni le faire en l'absence de garanties appropriées susceptibles de donner lieu à un contrôle judiciaire. Pour ce qui est du droit à la vie privée, il doit s'entendre au sens de ce qui appartient à la sphère privée de l'individu dans laquelle ce dernier s'attend raisonnablement à être à l'abri de l'intrusion de l'État en l'absence d'un objectif supérieur de celui-ci et de garanties juridiques.

Les trois conditions d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie raisonnable sont toutes réunies en l'espèce. Tout d'abord, l'objectif de l'État — prévenir les décès et les blessures graves imputables à la conduite avec facultés affaiblies — est important et susceptible de justifier l'intrusion dans la sphère privée des substances corporelles de l'individu. Ensuite, la saisie ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État. Le régime en l'espèce est de nature réglementaire, non criminelle. De plus, la conduite sur les routes est fortement réglementée et occupe une grande place dans l'application des règles de sécurité routière. La troisième condition — la possibilité de recourir à la surveillance judiciaire — est la plus problématique, mais le conducteur peut demander qu'un deuxième test soit effectué à l'aide d'un autre appareil lors du contrôle routier. Il peut aussi demander que le Surintendant révise une suspension et présenter des déclarations et autres éléments de preuve à l'appui de sa demande. La décision du Surintendant peut être soumise à la surveillance des tribunaux par voie de contrôle judiciaire. Le caractère administratif du régime ainsi que la nature des droits du conducteur en jeu justifient la nature administrative du contrôle, tout comme les dispositions moins strictes visant à assurer l'exactitude de l'échantillon. Dans la présente affaire, les dispositions du régime de suspension en matière de révision offrent une protection raisonnable contre l'exercice abusif du pouvoir de l'État d'empiéter dans la sphère privée de l'individu, eu égard à la nature du régime et aux droits à la vie privée en jeu.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés :** *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1; *Buhlers c. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S.

General) v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Gonzalez v. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, rev'd [1999] 1 S.C.R. 3; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159; *R. v. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Ford v.* 463; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à l'Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Gonzalez c. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *United States Steel Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40, inf. par [1999] 1 R.C.S. 3; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159; *R. c. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Nur*, 2015 CSC

Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

By McLachlin C.J. (dissenting in part)

R. v. Tessling, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 10(*b*), 11, 24(2).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(2), (3).
Highway Safety Code, CQLR, c. C-24.2, ss. 202.4 et seq.
Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, ss. 277.2 et seq.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 94.1 to 94.6, 94.2(1), 215.41(3), (6), 215.42, 215.43(1), (2), (3), 215.46(2), 215.47, 215.48, 215.49, 215.5, 262, 263.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 2 "authorities", 36(2)(*a*)(i).

Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie)

R. c. Tessling, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 10*b*), 11, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(2), (3).
Code de la sécurité routière, RLRQ, c. C-24.2, art. 202.4 et suiv.
Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, art. 277.2 et suiv.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 94.1 à 94.6, 94.2(1), 215.41(3), (6), 215.42, 215.43(1), (2), (3), 215.46(2), 215.47, 215.48, 215.49, 215.5, 262, 263.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 2 « sources », 36(2)*a*)(i).

Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

Pitel, Stephen, and Robert Solomon. "Estimating the Number and Cost of Impairment-Related Traffic Crashes in Canada: 1999 to 2010", MADD Canada, April 2013 (online: http://www.madd.ca/media/docs/estimating_presence.pdf).

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Hinkson and MacKenzie JJ.A.), 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1, 370 D.L.R. (4th) 609, 302 C.R.R. (2d) 1, 307 C.C.C. (3d) 77, 352 B.C.A.C. 86, 601 W.A.C. 86, [2014] 6 W.W.R. 1, 64 M.V.R. (6th) 7, [2014] B.C.J. No. 346 (QL), 2014 CarswellBC 488 (WL Can.), affirming the decisions of Sigurdson J., 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229, 247 C.R.R. (2d) 226, 282 C.C.C. (3d) 145, 92 C.R. (6th) 122, [2012] 5 W.W.R. 297, 23 M.V.R. (6th) 185, [2011] B.C.J. No. 2282 (QL), 2011 CarswellBC 3225 (WL Can.); 2011 BCSC 1783, 27 B.C.L.R. (5th) 326, 249 C.R.R. (2d) 368, [2012] 4 W.W.R. 506, 23 M.V.R. (6th) 282, [2011] B.C.J. No. 2484 (QL), 2011 CarswellBC 3493 (WL Can.); and 2012 BCSC 1030, 36 B.C.L.R. (5th) 360, 353 D.L.R. (4th) 351, 266 C.R.R. (2d) 82, 289 C.C.C. (3d) 476, [2013] 1 W.W.R. 176, 36 M.V.R. (6th) 235, [2012] B.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellBC 2056 (WL Can.); and affirming a decision of Dley J., B.C.S.C., Victoria, No. 12-1095, May 25, 2012. Appeals dismissed, McLachlin C.J. dissenting in part.

Howard A. Mickelson, *Q.C.*, and *Shea H. Coulson*, for the appellant/respondent Richard James Goodwin.

Nathaniel Carnegie, *Leah Greathead* and *Tyna Mason*, for the appellants/respondents British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia.

Shea H. Coulson, *Diego A. Solimano* and *Sacha L. I. Roudette*, for the respondents Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts and Carol Marion Beam.

Written submissions only by *Christine Mohr* and *Diba Majzub*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Pitel, Stephen, et Robert Solomon. « Conduite avec facultés affaiblies – Estimation du nombre de collisions et des coûts afférents, 1999 à 2010 », MADD Canada, avril 2013 (en ligne : http://www.madd.ca/media/docs/estimation_du_nombres.pdf).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Hinkson et MacKenzie), 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1, 370 D.L.R. (4th) 609, 302 C.R.R. (2d) 1, 307 C.C.C. (3d) 77, 352 B.C.A.C. 86, 601 W.A.C. 86, [2014] 6 W.W.R. 1, 64 M.V.R. (6th) 7, [2014] B.C.J. No. 346 (QL), 2014 CarswellBC 488 (WL Can.), qui a confirmé les décisions du juge Sigurdson, 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229, 247 C.R.R. (2d) 226, 282 C.C.C. (3d) 145, 92 C.R. (6th) 122, [2012] 5 W.W.R. 297, 23 M.V.R. (6th) 185, [2011] B.C.J. No. 2282 (QL), 2011 CarswellBC 3225 (WL Can.); 2011 BCSC 1783, 27 B.C.L.R. (5th) 326, 249 C.R.R. (2d) 368, [2012] 4 W.W.R. 506, 23 M.V.R. (6th) 282, [2011] B.C.J. No. 2484 (QL), 2011 CarswellBC 3493 (WL Can.); et 2012 BCSC 1030, 36 B.C.L.R. (5th) 360, 353 D.L.R. (4th) 351, 266 C.R.R. (2d) 82, 289 C.C.C. (3d) 476, [2013] 1 W.W.R. 176, 36 M.V.R. (6th) 235, [2012] B.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellBC 2056 (WL Can.); et qui a confirmé une décision du juge Dley, C.S.C.-B., Victoria, nº 12-1095, 25 mai 2012. Pourvois rejetés, la juge en chef McLachlin est dissidente en partie.

Howard A. Mickelson, *c.r.*, et *Shea H. Coulson*, pour l'appelant/intimé Richard James Goodwin.

Nathaniel Carnegie, *Leah Greathead* et *Tyna Mason*, pour les appelants/intimés Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et le procureur général de la Colombie-Britannique.

Shea H. Coulson, *Diego A. Solimano* et *Sacha L. I. Roudette*, pour les intimés Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts et Carol Marion Beam.

Argumentation écrite seulement par *Christine Mohr* et *Diba Majzub*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Written submissions only by *S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Brigitte Bussières*, *Alain Gingras* and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Michael Conner* and *Charles Murray*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Written submissions only by *Graeme G. Mitchell*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Roderick Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Claire E. Hunter, *Eileen Patel* and *Nigel Marshman*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Alan L. W. D'Silva, *Nicholas McHaffie* and *Alexandra Urbanski*, for the intervener the Insurance Bureau of Canada.

Shannon Prithipaul, *Ian Savage* and *Michael Oykhman*, for the interveners the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) and the Criminal Defence Lawyers Association (Calgary).

Michael Lacy, *Joanna Baron* and *Andrew Burgess*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Sean McDonough, for the intervener the Alberta Registrar of Motor Vehicle Services.

Bryant Mackey, *Guy Régimbald* and *Matthew Estabrooks*, for the intervener Mothers Against Drunk Driving Canada.

Argumentation écrite seulement par *S. Zachary Green*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Brigitte Bussières*, *Alain Gingras* et *Gilles Laporte*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Michael Conner* et *Charles Murray*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *Graeme G. Mitchell*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Roderick Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Claire E. Hunter, *Eileen Patel* et *Nigel Marshman*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Alan L. W. D'Silva, *Nicholas McHaffie* et *Alexandra Urbanski*, pour l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada.

Shannon Prithipaul, *Ian Savage* et *Michael Oykhman*, pour les intervenantes Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) et Criminal Defence Lawyers Association (Calgary).

Michael Lacy, *Joanna Baron* et *Andrew Burgess*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Sean McDonough, pour l'intervenant Alberta Registrar of Motor Vehicle Services.

Bryant Mackey, *Guy Régimbald* et *Matthew Estabrooks*, pour l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant Canada.

The judgment of Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] The devastating consequences of impaired driving reverberate throughout Canadian society. Impaired driving renders roads unsafe, destroys lives, and imposes costs throughout the health care system. The federal and provincial governments have all acted in response to this pressing danger. The federal government has made both impaired driving and driving with a blood alcohol concentration above 0.08 offences contrary to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Across Canada, provincial governments have also addressed this concern through provincial legislation governing driver licensing.

[2] In 2010, British Columbia created the automatic roadside prohibition (ARP) scheme. It marked a continuation of British Columbia's longstanding efforts to remove impaired drivers from the province's roads through the use of licence suspensions, penalties and remedial programs.

[3] In the first appeal, Richard Goodwin, who was issued a driving prohibition pursuant to this new ARP scheme, asks this Court to decide whether it oversteps the bounds of provincial legislative competence and invades the federal government's exclusive jurisdiction over criminal law (the Goodwin appeal). Mr. Goodwin further asks for a determination of whether the provincial regime engages and violates the presumption of innocence guaranteed by s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The second appeal was brought by British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia (collectively the Province) and questions whether the ARP regime engages and violates the protection against

Version française du jugement des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les conséquences dévastatrices de la conduite avec facultés affaiblies se font sentir dans toute la société canadienne. La conduite avec facultés affaiblies rend les routes dangereuses, détruit des vies et entraîne des coûts pour l'ensemble du système de santé. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont tous fait face à ce danger pressant. Le gouvernement fédéral a érigé en infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, la conduite avec facultés affaiblies et la conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08. Partout au Canada, les gouvernements provinciaux se sont également attaqués à cet enjeu par leurs dispositions législatives régissant la délivrance des permis de conduire.

[2] En 2010, la Colombie-Britannique a créé le régime d'interdiction automatique de conduire (RIAC). Ce régime représente le prolongement des efforts déployés depuis longtemps par la Colombie-Britannique pour chasser les conducteurs aux facultés affaiblies de ses routes par l'imposition de suspensions de permis, de sanctions et de programmes correctifs.

[3] Dans le premier pourvoi, Richard Goodwin, qui a été condamné à une interdiction de conduire en application de ce nouveau RIAC, prie la Cour de décider s'il excède la compétence législative de la province et empiète sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel (le pourvoi de M. Goodwin). Monsieur Goodwin nous demande aussi de déterminer si le régime provincial fait intervenir et viole la présomption d'innocence garantie par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le deuxième pourvoi a été interjeté par la Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) (« Surintendant ») et le procureur général de cette province (collectivement la Province). Il soulève la question de savoir si le

unreasonable search and seizure found in s. 8 (the Province appeal).

[4] As I will explain, I agree with the courts below. The ARP scheme is valid provincial legislation. Moreover, s. 11 of the *Charter* is not engaged as the provincial regime does not create an "offence". However, I would uphold the chambers judge's finding that the scheme as it was constituted from September 2010 to June 2012 violated the s. 8 rights of drivers subject to a roadside breath demand who subsequently registered a "fail" on the approved screening device (ASD), and is not saved by s. 1.

II. Judicial History

[5] Each of the drivers in the Province appeal received prohibitions under the ARP scheme in British Columbia. Jamie Chisholm, Carol Beam and Scott Roberts provided a breath sample into an ASD and registered a "fail". Mr. Goodwin failed to provide an adequate breath sample. Each of the drivers was prohibited from driving for 90 days, had his or her vehicle impounded for 30 days, and was required to pay monetary penalties and fees. Three of the drivers were also referred to remedial programs, which the chambers judge found was a routine consequence imposed for blowing a "fail".[1]

[6] Before the Supreme Court of British Columbia, the petitioners argued that the ARP scheme (1) was *ultra vires* the province; (2) violated s. 11(*d*) of the *Charter*; (3) infringed s. 8 of the *Charter*; (4) violated s. 10(*b*) of the *Charter*; and (5) such violations were not justified under s. 1 of the *Charter*.

[7] The chambers judge, Sigurdson J., found that the ARP scheme is *intra vires* — within the legislative

[1] R.F. (B.C.), at para. 27; 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229 ("chambers judge's reasons").

RIAC fait intervenir et viole la protection offerte par l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives (le pourvoi de la Province).

[4] Comme je l'expliquerai, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure. Le RIAC constitue de la législation provinciale valide. Qui plus est, l'art. 11 de la *Charte* n'entre pas en jeu puisque le régime provincial ne crée pas une infraction. Je suis toutefois d'avis de confirmer la conclusion du juge en chambre selon laquelle le régime en vigueur de septembre 2010 à juin 2012 violait les droits garantis par l'art. 8 aux conducteurs sommés de répondre à une demande d'alcootest qui ont obtenu par la suite le résultat « échec » sur l'appareil de détection approuvé (ADA), et n'était pas sauvegardé par l'article premier.

II. Historique judiciaire

[5] Chacun des conducteurs en cause dans le pourvoi de la Province a été condamné à une interdiction de conduire en application du RIAC en Colombie-Britannique. Jamie Chisholm, Carol Beam et Scott Roberts ont fourni un échantillon d'haleine dans un ADA et ont échoué au test. Monsieur Goodwin n'a pas fourni un échantillon d'haleine adéquat. Chacun des conducteurs a été condamné à une interdiction de conduire pendant 90 jours et a été contraint de payer des amendes et des frais. Leur véhicule a également été saisi pendant 30 jours. Trois des conducteurs ont aussi été contraints de participer à un programme correctif qui, selon le juge en chambre, est une sanction systématiquement imposée aux conducteurs ayant échoué au test[1].

[6] Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les requérants ont fait valoir que le RIAC (1) excédait la compétence de la province; (2) violait l'al. 11*d*) de la *Charte*; (3) contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*; (4) violait l'al. 10*b*) de la *Charte*; et que (5) ces violations n'étaient pas justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*.

[7] Selon le juge en chambre Sigurdson, le RIAC relève de la compétence législative de la province, et

[1] m.i. (C.-B.), par. 27; 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229 (« motifs du juge en chambre »).

competence of — the province and that ss. 11(*d*) and 10(*b*) are not ultimately infringed. However, he concluded that the ARP scheme violates s. 8 of the *Charter*. He subsequently clarified that the s. 8 infringement arises only from the screening device registering a "fail" reading over 0.08, and not from a refusal to provide a breath sample. The chambers judge declared the infringing part of the ARP scheme invalid, and suspended the declaration until June 30, 2012: 2011 BCSC 1783, 249 C.R.R. (2d) 368. His decision was upheld on appeal to the British Columbia Court of Appeal: *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1.

III. The Provincial Legislative Scheme

[8] British Columbia has had an administrative driving prohibition (ADP) scheme since 1997, as ss. 94.1 to 94.6 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (*MVA*). Under this earlier regime, which remains in force, police officers are required to serve a notice of driving prohibition where they have reasonable and probable grounds, on the basis of a breath or blood analysis, to believe that the driver of a motor vehicle has a blood alcohol concentration of more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood: *MVA*, s. 94.1(1). In practice, the grounds for serving a notice of prohibition under the ADP arise from breath analysis by an approved instrument (also known as a breathalyser) conducted at a police station: chambers judge's reasons, at para. 55. A notice of driving prohibition served under this scheme takes effect 21 days later, for a duration of 90 days: *MVA*, s. 94.2(1). The same consequences follow where a driver fails or refuses, without reasonable excuse, to provide a breath sample: *MVA*, s. 94.1(1)(b).

[9] This scheme is similar to other provincial schemes across the country.[2] It was upheld as constitutional, as regards both division of powers and s. 7

[2] See *Highway Traffic Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, ss. 277.2 et seq.; and *Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2, ss. 202.4 et seq.

il n'y a pas, en fin de compte, atteinte aux al. 11*d*) et 10*b*). Il a toutefois conclu que le RIAC viole l'art. 8 de la *Charte*. Il a subséquemment précisé qu'il y a atteinte à l'art. 8 seulement lorsque le résultat affiché par l'appareil de détection est supérieur à 0,08 et non lorsqu'il y a refus de fournir un échantillon d'haleine. Le juge en chambre a déclaré invalide la partie attentatoire du RIAC et a suspendu la déclaration d'invalidité jusqu'au 30 juin 2012 : 2011 BCSC 1783, 249 C.R.R. (2d) 368. Sa décision a été confirmée en appel par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1.

III. Le régime législatif provincial

[8] La Colombie-Britannique avait instauré un régime d'interdiction administrative de conduire (IAC) en 1997, constitué des art. 94.1 à 94.6 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (*MVA*). Selon ce régime plus ancien, qui est toujours en vigueur, les policiers sont tenus de signifier un avis d'interdiction de conduire lorsqu'ils ont des motifs raisonnables et probables de croire, sur le fondement d'une analyse d'haleine ou de sang, que le conducteur d'un véhicule à moteur a une alcoolémie supérieure à 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang : *MVA*, par. 94.1(1). Dans les faits, les motifs justifiant la signification d'un avis d'interdiction en application du régime d'IAC découlent d'une analyse d'haleine effectuée au moyen d'un instrument approuvé (aussi connu sous le nom d'alcootest) dans un poste de police : motifs du juge en chambre, par. 55. L'avis d'interdiction de conduire signifié en application de ce régime prend effet 21 jours plus tard, pour une durée de 90 jours : *MVA*, par. 94.2(1). Les mêmes conséquences s'ensuivent lorsqu'un conducteur omet ou refuse, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d'haleine : *MVA*, al. 94.1(1)(b).

[9] Ce régime est similaire à d'autres régimes provinciaux au pays[2]. Il a été déclaré constitutionnel, tant au regard du partage des pouvoirs qu'au regard

[2] Voir *Highway Traffic Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, art. 277.2 et suiv.; *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, art. 202.4 et suiv.

of the *Charter*, in *Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207.

[10] The introduction of the new ARP scheme in 2010 marked a shift in British Columbia's approach to the regulation of drunk driving. Instead of relying on the use of breathalyser tests at the police station, driving prohibitions would now be issued following a roadside analysis, using an ASD. While a "fail" reading captures the same blood alcohol concentration that triggers a prohibition under the ADP scheme, a concentration of 0.05 to 0.08, detected through a "warn" reading, would now also result in the issuing of a roadside suspension, although for a shorter duration. Similar to the earlier scheme, a "fail" reading and a driver's refusal or failure to provide a sample both result in a 90-day suspension: *MVA*, s. 215.43(2). A "warn" reading results in a shorter suspension of between 3 and 30 days, depending on whether the driver has previously been served with a prohibition: *MVA*, s. 215.43(1). All prohibitions take effect immediately upon being served on a driver: *MVA*, ss. 215.41(6) and 215.43(3).

[11] Unlike the earlier ADP, the ARP scheme imposes additional consequences beyond the normal costs associated with the prohibition itself, such as a reinstatement fee. The chambers judge found that a driver who registers a "fail" or fails to provide a sample faces penalties and costs totalling over $4,000, in addition to the 90-day suspension: para. 56. Drivers subject to a 30 or 90 day suspension also face mandatory vehicle impoundment: *MVA*, s. 215.46(2).

[12] The ARP scheme as enacted in 2010 also differs from the predecessor regime with respect to the scope of available review. The ADP scheme would permit the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether a driver's blood alcohol concentration was in fact above 0.08, whereas the ARP scheme

de l'art. 7 de la *Charte*, dans l'arrêt *Buhlers c. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207.

[10] L'introduction du nouveau RIAC en 2010 a marqué un tournant dans la méthode employée par la Colombie-Britannique pour réglementer la conduite en état d'ébriété. Plutôt que d'être fondées sur les résultats de l'alcootest obtenus au poste de police, les interdictions de conduire seraient désormais imposées à la suite d'une analyse effectuée lors d'un contrôle routier au moyen d'un ADA. Bien que le résultat « échec » corresponde à l'alcoolémie qui débouche sur une interdiction en application du régime d'IAC, un taux de 0,05 à 0,08 détecté par le résultat « avertissement » entraînerait désormais aussi une suspension de permis, mais pour une durée plus courte. Tout comme dans le cas du régime précédent, le résultat « échec » ainsi que le refus ou l'omission du conducteur de fournir un échantillon entraînent tous deux une suspension de 90 jours : *MVA*, par. 215.43(2). Le résultat « avertissement » se traduit par une suspension plus courte de 3 à 30 jours, selon que le conducteur ait précédemment reçu signification d'une interdiction : *MVA*, par. 215.43(1). Toutes les interdictions prennent effet immédiatement après leur signification au conducteur : *MVA*, par. 215.41(6) et 215.43(3).

[11] Contrairement au premier régime d'IAC, le RIAC impose d'autres sanctions en plus des coûts habituels associés à l'interdiction elle-même, comme le droit de rétablissement. D'après le juge en chambre, le conducteur qui échoue au test ou qui ne fournit pas d'échantillon s'expose à des sanctions et à des frais totalisant plus de 4 000 $, auxquels s'ajoute la suspension de 90 jours : par. 56. Les conducteurs qui font l'objet d'une suspension de 30 ou de 90 jours s'exposent en outre à la saisie obligatoire du véhicule : *MVA*, par. 215.46(2).

[12] Le RIAC établi en 2010 diffère également de son prédécesseur en ce qui a trait à l'étendue du contrôle. Le régime d'IAC permettait au Surintendant d'examiner si l'alcoolémie du conducteur était bel et bien supérieure à 0,08, alors que le RIAC limitait les motifs de contrôle aux questions de savoir

limited the grounds of review to whether the applicant was a driver, whether (in the case of a "warn") the prohibition was in fact a subsequent prohibition, and, whether the approved screening device registered a "warn" or a "fail", or alternatively, whether the driver failed or refused, without reasonable excuse, to provide a breath sample: chambers judge's reasons, at para. 57; *MVA*, s. 215.5.

[13] The scheme was amended in 2012 subsequent to the chamber judge's decision, and now requires that a police officer inform a driver of her right to request and be provided a second ASD test, and, where two samples are provided, the lower of the two results is the basis for a driving prohibition: *MVA*, s. 215.42. It also expands the grounds on which a driver may challenge a prohibition: *MVA*, s. 215.5. Under the amended ARP scheme, the police officer's report to the Superintendent must be sworn, and police must now provide the Superintendent with information relating to the calibration of the ASD: *MVA*, s. 215.47. These amendments are not challenged in these appeals.

IV. Issues

[14] The appeals raise four constitutional issues. The first is a matter of the division of powers between the federal and provincial governments: Is the ARP scheme as enacted in 2010 *ultra vires* British Columbia as being exclusively within the federal government's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

[15] If the ARP scheme is within British Columbia's legislative competence, the remaining issues concern its compliance with ss. 8 and 11(*d*) of the *Charter*.[3] If the legislative scheme infringes either of these *Charter* rights, this Court must also determine whether the infringement is a reasonable limit justified under s. 1.

si la personne était en fait un conducteur, si (dans le cas d'un « avertissement ») l'interdiction était en fait une interdiction subséquente et si l'appareil de détection approuvé affichait un « avertissement » ou un « échec » ou, subsidiairement, si le conducteur avait omis ou refusé, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d'haleine : motifs du juge en chambre, par. 57; *MVA*, art. 215.5.

[13] Le régime a été modifié en 2012, après la décision du juge en chambre, et il exige désormais que le policier informe le conducteur de son droit de demander une deuxième analyse faite au moyen d'un ADA et d'en obtenir une. Lorsque deux échantillons sont fournis, le plus faible résultat des deux analyses sert de fondement à l'interdiction de conduire : *MVA*, art. 215.42. Le régime élargit aussi les motifs pour lesquels un conducteur peut contester une interdiction : *MVA*, art. 215.5. Suivant le RIAC modifié, le rapport que le policier remet au Surintendant doit être fait sous serment, et la police doit désormais lui fournir des renseignements sur le calibrage de l'ADA : *MVA*, art. 215.47. Ces modifications ne sont pas contestées en l'espèce.

IV. Questions en litige

[14] Les pourvois soulèvent quatre questions constitutionnelles. La première touche le partage des compétences entre le fédéral et les provinces : le RIAC, tel qu'il a été établi en septembre 2010, outrepasse-t-il la compétence de la Colombie-Britannique parce qu'il relève exclusivement de la compétence en matière de droit criminel que confère au gouvernement fédéral le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[15] Si le RIAC ressortit à la compétence législative de la Colombie-Britannique, les autres questions portent sur sa conformité à l'art. 8 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*[3]. Si le régime législatif porte atteinte à l'un ou l'autre de ces droits garantis par la *Charte*, la Cour doit également décider si cette atteinte constitue une limite raisonnable justifiée au sens de l'article premier.

[3] The s. 10(*b*) issue was not appealed.

[3] La question de l'al. 10*b*) n'a pas été portée en appel.

V. Analysis

A. *Is the ARP Scheme Ultra Vires the Province?*

[16] Under the *Constitution Act, 1867*, the federal government exercises exclusive jurisdiction over the criminal law and procedure (s. 91(27)), while each province exercises exclusive jurisdiction over property and civil rights in the province (s. 92(13)).

[17] Mr. Goodwin argues that the ARP scheme is *ultra vires* the Province of British Columbia, as its pith and substance is to replace the *Criminal Code*'s impaired driving provisions with a regime of automatic and severe penalties. He asserts that the purpose of the scheme is punitive, as it seeks to reduce enforcement costs by removing procedural rights. Its practical effect, he submits, is to oust the criminal law.

[18] The Province counters that the ARP scheme is a valid exercise of the Province's jurisdiction to legislate in the area of property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. In the Province's view, *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, and this Court's other decisions confirming the validity of provincial impaired driving regimes provide a complete answer to the drivers' claim that the ARP scheme is *ultra vires*.

[19] Mr. Goodwin says that this case should be distinguished from *Egan* and other decisions upholding provincial regimes. Those regimes, he says, were intended to create a parallel scheme of licensing, not to impact the application and enforcement of the *Criminal Code*. By contrast, the ARP scheme creates both the penalties and the means to investigate who should be penalized, effectively removing the more onerous and protective processes associated with criminal investigations and prosecutions: chambers judge's reasons, at paras. 69-73.

V. Analyse

A. *Le RIAC excède-t-il la compétence de la province?*

[16] Suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral exerce une compétence exclusive sur la loi criminelle et la procédure en matière criminelle (par. 91(27)), tandis que chaque province exerce une compétence exclusive sur la propriété et les droits civils à l'intérieur de son territoire (par. 92(13)).

[17] Monsieur Goodwin fait valoir que le RIAC excède la compétence de la province de la Colombie-Britannique puisque, de par son caractère véritable, il vise à remplacer les dispositions du *Code criminel* en matière de conduite avec facultés affaiblies par un régime de sanctions automatiques et lourdes. Il affirme que l'objectif du régime est punitif, car il vise à réduire les frais d'application de la loi en supprimant des droits procéduraux. Toujours selon M. Goodwin, le régime a pour effet pratique d'écarter le droit criminel.

[18] La Province réplique que le RIAC constitue un exercice valable de son pouvoir de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'après la Province, l'arrêt *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, ainsi que les autres arrêts de la Cour qui confirment la validité des régimes provinciaux régissant la conduite avec facultés affaiblies, répondent entièrement à la prétention des conducteurs selon laquelle le RIAC est *ultra vires*.

[19] Monsieur Goodwin affirme qu'il faudrait établir une distinction entre la présente affaire et l'arrêt *Egan* ainsi que les autres arrêts confirmant les régimes provinciaux. Ces régimes visaient, dit-il, à créer un mécanisme parallèle de délivrance de permis, et non à influer sur l'application du *Code criminel*. À l'opposé, le RIAC prévoit à la fois les sanctions et les moyens de déterminer qui devrait être puni, supprimant ainsi les formalités plus lourdes et protectrices associées aux enquêtes et aux poursuites criminelles : motifs du juge en chambre, par. 69-73.

[20] This argument was rejected in the courts below. For the reasons that follow, I agree. Mr. Goodwin misapprehends the nature of the division of power analysis. While purpose and effect are relevant considerations, neither is determinative. A proper analysis considers both purpose and effect in order to determine first what the "matter" of the legislation is, and second whether the "matter" falls within a head of provincial power.

[21] The "matter" of a law is its true character — that is, its pith and substance: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 481. The law's purpose and its legal and practical effects can help identify the matter: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-64; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 20.

[22] The core of Mr. Goodwin's submission is that the ARP scheme is nothing more than crime control dressed up as licensing. In his view, the Province's purpose in enacting this scheme was to provide a criminal law response to drunk driving without engaging the *Charter* and its attendant procedural protections: A.F. (Goodwin), at paras. 74-78.

[23] This is essentially an argument that the ARP scheme is a colourable attempt at invading the federal criminal law. Of course, it is the substance and not the form of the law that defines its true character. As this Court emphasized in *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, courts must take care "not to endorse a 'colourable' statute, that is, one that in form appears to relate to a matter within the legislative competence of the enacting order of government, but in substance addresses a matter falling outside its competence": para. 31; see also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 15-19; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

[20] Cet argument a été rejeté par les tribunaux d'instance inférieure. Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Monsieur Goodwin se méprend sur la nature de l'analyse du partage des compétences. Bien que l'objectif et l'effet soient des facteurs pertinents, ni l'un ni l'autre n'est déterminant. Pour effectuer une analyse adéquate, il convient d'étudier l'objectif et l'effet de la loi pour en identifier d'abord la « matière » et, ensuite, d'examiner si cette « matière » relève d'un chef de compétence provinciale.

[21] La « matière » d'une loi est son caractère véritable : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 481. L'objet de la loi et ses effets juridiques et concrets peuvent aider à en identifier la matière : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-64; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20.

[22] Monsieur Goodwin soutient principalement que le RIAC ne vise qu'à réprimer la criminalité sous le couvert d'un régime de délivrance de permis. À son avis, en adoptant ce régime, la Province avait pour objectif de s'attaquer à l'ivresse au volant par le droit criminel sans mettre en cause la *Charte* et les mesures de protection procédurales qui en découlent : m.a. (Goodwin), par. 74-78.

[23] Il affirme essentiellement que le RIAC est une tentative déguisée d'empiéter sur le droit criminel fédéral. Bien entendu, c'est le fond et non la forme de la loi qui définit son caractère véritable. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, les tribunaux doivent prendre garde « de donner leur aval à une loi "déguisée", c'est-à-dire une loi qui, de par sa forme, semble porter sur une matière ressortissant à la compétence législative de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée, mais qui traite au fond d'une matière dépassant sa compétence » : par. 31; voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 15-19; *Renvoi relatif à l'Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

[24] However, whether or not an impugned law is alleged to be colourable, the fundamental pith and substance analysis remains the same. The impact of provincial legislation on *Charter* rights may be relevant to this analysis, but it is not determinative. This Court has cautioned that the purpose of legislation cannot be confused with the means chosen to carry out the purpose: *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25. The fact that the means used to achieve a provincial purpose may engage different, or fewer, *Charter* protections than the means used to achieve a related federal purpose does not necessarily imply that the provincial *purpose* was to avoid or undermine *Charter* protections.

[25] I agree with the chambers judge that the Province's purpose in enacting the ARP scheme was not to oust the criminal law, but rather to prevent death and serious injury on public roads by removing drunk drivers and deterring impaired driving. The ARP scheme is part of the *MVA*, which establishes a regulatory regime setting the terms and conditions of driver licensing in British Columbia. It continues British Columbia's ongoing efforts to stem the tide of drunk-driving related incidents in the province. The ARP scheme was introduced "as a means of reducing the body count on B.C.'s highways" in the face of an increase in drunk-driving accidents and deaths: British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, at p. 4871, per Hon. M. de Jong. Although Mr. Goodwin argues that such statements conceal the scheme's true purpose of removing drivers' procedural rights, both the legislative history and the statutory scheme support finding that the ARP scheme was enacted to enhance highway safety.

[26] Mr. Goodwin also challenges the ARP scheme on the basis that its legal and practical effects go beyond British Columbia's constitutional

[24] Cependant, que l'on prétende ou non qu'une loi contestée est déguisée, l'analyse de son caractère véritable demeure la même. L'incidence de la loi provinciale sur les droits garantis par la *Charte* peut être pertinente dans cette analyse, mais elle n'est pas déterminante. La Cour a averti qu'on ne saurait confondre l'objet d'une loi et les moyens choisis pour réaliser l'objet : *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25. La possibilité que les moyens employés pour atteindre un objectif provincial fassent entrer en jeu des protections conférées par la *Charte* différentes ou moins nombreuses que dans le cas des moyens utilisés pour réaliser l'objectif fédéral connexe n'implique pas nécessairement que l'*objectif* provincial était d'échapper à ces protections ou de les miner.

[25] À l'instar du juge en chambre, j'estime que la Province, en instaurant le RIAC, avait pour objectif non pas d'écarter le droit criminel, mais plutôt d'empêcher les décès et les blessures graves sur les chemins publics en en chassant les conducteurs en état d'ébriété et en décourageant la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC fait partie de la *MVA*, qui établit un régime réglementaire fixant les modalités et conditions de la délivrance des permis de conduire en Colombie-Britannique. Il s'inscrit dans la foulée des efforts déployés constamment par la Colombie-Britannique pour endiguer la vague d'incidents liés à l'ivresse au volant dans la province. Le RIAC a été mis en place [TRADUCTION] « comme moyen de réduire les pertes de vie sur les routes de la Colombie-Britannique » en raison d'une augmentation du nombre d'accidents et de décès causés par l'ivresse au volant : Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, nº 1, 2e sess., 39e lég., 27 avril 2010, p. 4871, l'hon. M. de Jong. Malgré les prétentions de M. Goodwin selon lesquelles ces déclarations dissimulent l'objet véritable du régime d'éliminer les droits procéduraux des conducteurs, l'historique législatif et le régime législatif permettent de conclure que le RIAC a été instauré pour accroître la sécurité routière.

[26] Monsieur Goodwin conteste également le RIAC au motif que ses effets juridiques et concrets vont au-delà des pouvoirs constitutionnels de la

powers. In Mr. Goodwin's view, the penalties under the ARP scheme are the "toughest" in Canada, thus giving the scheme a punitive character, one properly associated with the criminal law. However, the imposition of significant financial penalties and the loss of important privileges do not necessarily make legislation punitive. The legal effects can act as a deterrent to serve the goal of highway safety. Both are compatible with a regulatory licensing regime.

[27] In terms of practical effects, Mr. Goodwin submits that the ARP scheme ousts the criminal law. Noting this Court's admonition at para. 40 of *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, that the province can legislate "so long as those measures are taken in relation to a head of provincial competence and do not compromise the proper functioning of the *Criminal Code*", he relies on evidence suggesting that, since the introduction of the ARP regime, the police have chosen to enforce the provincial ARP scheme instead of the federal criminal law sanctions against impaired driving. This, he argues, differentiates those provincial schemes that complement the criminal provisions from the ARP scheme, which supplants the criminal provisions.

[28] As the chambers judge noted, the fact that the police have tended to enforce the provincial ARP scheme rather than the criminal law is certainly a factor to consider in the pith and substance analysis. However, it is not determinative. As this Court noted in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, the common law duties of police include the protection of life and property and "the duty to control traffic on the public roads": p. 12. Police officers have responsibility both for enforcing the criminal law and for seeking to maintain safety on the roads through the enforcement of provincial highway safety laws. The fact that they exercise their discretion to enforce one of these laws rather than another is consistent with police discretion generally. Such discretion is essential, allowing officers to apply the law to real world situations in a fair manner: *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 3. A provincial enactment that allows police

Colombie-Britannique. À son avis, les sanctions prévues par le RIAC sont les [TRADUCTION] « plus sévères » au Canada, ce qui confère au régime un caractère punitif que l'on associe à juste titre au droit criminel. Toutefois, l'imposition de sanctions pécuniaires élevées et la perte de privilèges importants ne rendent pas forcément la loi punitive. Les conséquences juridiques peuvent servir de moyens de dissuasion pour réaliser l'objectif de sécurité routière. Les deux sont compatibles avec un régime de délivrance de permis réglementaire.

[27] Pour ce qui est des effets concrets, M. Goodwin soutient que le RIAC écarte le droit criminel. Signalant la mise en garde de la Cour au par. 40 de l'arrêt *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, selon laquelle la province peut légiférer « pour autant que ces mesures soient permises sous un chef de compétence provincial et ne portent pas atteinte à l'application du *Code criminel* », il s'appuie sur des éléments de preuve tendant à indiquer que, depuis l'établissement du RIAC, la police a choisi d'appliquer ce régime provincial plutôt que les sanctions prévues par le droit criminel fédéral contre la conduite avec facultés affaiblies. Selon lui, cela différencie les régimes provinciaux qui complètent les dispositions criminelles du RIAC, qui supplante ces dispositions.

[28] Comme l'a signalé le juge en chambre, le fait que la police tend à appliquer le RIAC provincial plutôt que le droit criminel est certainement un facteur à prendre en compte dans l'analyse du caractère véritable. Or, ce facteur n'est pas déterminant. Comme l'a relevé la Cour dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, les devoirs qu'a la police selon la common law comprennent la protection de la vie des personnes et des biens et « l'obligation de surveiller la circulation sur les routes » : p. 12. Les policiers sont chargés d'appliquer le droit criminel et de maintenir la sécurité sur les routes en appliquant les lois provinciales en matière de sécurité routière. Le fait qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire d'appliquer une de ces lois plutôt qu'une autre est conforme au pouvoir discrétionnaire de la police en général. Ce pouvoir discrétionnaire est essentiel puisqu'il permet aux policiers d'appliquer le droit aux situations concrètes de manière équitable : *R. c.*

to make a discretionary decision about whether to enforce the *Criminal Code* or the *MVA* in particular circumstances is not one that "compromise[s] the proper functioning of the *Criminal Code*": see *Chatterjee*, at para. 40.

[29] At the end of the day, the purposes and effects of a law must be considered together, rather than in isolation, to determine its pith and substance. No doubt the ARP scheme has incidental impacts on criminal law. No doubt it targets, in part, specific criminal activity and imposes serious consequences, without the protections attendant on criminal investigations and prosecutions. However, the consequences relate to the regulation of driving privileges. In my view, the chambers judge was correct in characterizing the pith and substance of the ARP scheme as "the licensing of drivers, the enhancement of highway traffic safety, and the deterrence of persons from driving on highways when their ability is impaired by alcohol": chambers judge's reasons, at para. 74.

[30] Once the matter has been identified, the next step consists of classifying the legislation or provision in relation to the division of legislative power in the Constitution. This will establish whether it is within the legislative competence of the enacting level of government.

[31] A long line of jurisprudence establishes the scope of provincial legislative power regarding the regulation of highway traffic. Since *Egan*, this Court has recognized that provinces may legislate regarding drunk driving pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*: see, e.g., *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5. As this Court underlined in *Chatterjee*, "[d]runk drivers create public safety hazards on provincial highways and their accidents impose costs by way of examples on the provincial health system and provincial police and highway services": para. 41. Provinces thus have an important role in ensuring highway safety, which includes

Beaudry, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 3. Un texte de loi provincial qui permet aux policiers de prendre la décision discrétionnaire d'appliquer soit le *Code criminel*, soit la *MVA* dans une situation particulière n'en est pas un qui « port[e] [. . .] atteinte à l'application du *Code criminel* » : voir *Chatterjee*, par. 40.

[29] En définitive, il faut examiner les objectifs et les effets d'une loi ensemble plutôt qu'isolément pour déterminer son caractère véritable. Il ne fait aucun doute que le RIAC a des répercussions indirectes sur le droit criminel. Il vise sans aucun doute, en partie, une activité criminelle précise et impose de lourdes sanctions, sans offrir les protections inhérentes aux enquêtes et aux poursuites criminelles. Toutefois, les sanctions se rapportent à la réglementation des privilèges du conducteur. À mon avis, le juge en chambre a décrit avec raison le caractère véritable du RIAC comme [TRADUCTION] « la délivrance de permis de conduire, le renforcement de la sécurité routière et le fait de dissuader les gens de conduire sur les routes avec les facultés affaiblies par l'alcool » : motifs du juge en chambre, par. 74.

[30] Une fois la matière identifiée, la prochaine étape consiste à classer la loi ou la disposition au regard du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution. Cela permettra d'établir si la loi ou la disposition relève de la compétence législative de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée.

[31] Un long courant jurisprudentiel établit l'étendue de la compétence législative provinciale en matière de réglementation de la circulation routière. Depuis l'arrêt *Egan*, la Cour reconnaît aux provinces le droit de légiférer à propos de la conduite en état d'ébriété en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir, p. ex., *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Chatterjee*, « [l]es conducteurs en état d'ébriété sont des dangers pour la sécurité publique sur les routes provinciales, et leurs accidents entraînent des coûts, par exemple pour les systèmes de santé provinciaux, la police provinciale et les services routiers » : par. 41.

regulating who is able to drive and removing dangerous drivers from the roads.

[32] Provincial drunk-driving programs and the criminal law will often be interrelated. Some provincial schemes have relied incidentally on criminal convictions: see *Egan* and *Ross*. A number of provincial courts of appeal have also upheld schemes that are not dependent on criminal convictions but rely incidentally on *Criminal Code* provisions: *Buhlers*; *Gonzalez v. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.). This jurisprudence makes clear that a provincial statute will not invade the federal power over criminal law merely because its purpose is to target conduct that is also captured by the *Criminal Code*.

[33] This is consistent with the modern approach to federalism, which recognizes that areas of overlapping powers are unavoidable: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 42. As this Court has noted, courts should favour "the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government" where it is possible to do so: *ibid*., at para. 37 (emphasis in original). It is also of some import that the Attorney General of Canada intervenes to argue that this law is within provincial legislative authority: I.F., at para. 12. Where an Attorney General has intervened to support the exercise of jurisdiction of another legislature, this "invite[s] the Court to exercise caution before it finds that the impugned provisions of the Act are *ultra vires* the province": *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 73; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20.

Les provinces jouent donc un rôle important quand elles assurent la sécurité routière, notamment en décidant qui est en mesure de conduire et en chassant les conducteurs dangereux des routes.

[32] Les programmes provinciaux de lutte contre la conduite en état d'ébriété et le droit criminel sont souvent interreliés. Certains régimes provinciaux reposaient de façon accessoire sur des déclarations de culpabilité au criminel : voir *Egan* et *Ross*, précités. Plusieurs cours d'appel provinciales ont aussi confirmé des régimes qui, au lieu de dépendre de déclarations de culpabilité, sont fondés accessoirement sur des dispositions du *Code criminel* : *Buhlers*; *Gonzalez c. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.). Il ressort clairement de cette jurisprudence qu'une loi provinciale n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel du seul fait qu'elle a pour objet de cibler une conduite qui est également visée par le *Code criminel*.

[33] Cette jurisprudence est conforme à la conception moderne du fédéralisme, laquelle reconnaît les inévitables chevauchements de compétences : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 42. Comme l'a fait remarquer la Cour, les tribunaux devraient privilégier, dans la mesure du possible, « l'application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement » : *ibid.*, par. 37 (en italique dans l'original). Il importe également de préciser que le procureur général du Canada intervient pour faire valoir que cette loi relève de la compétence législative provinciale : m.i., par. 12. Lorsqu'un procureur général intervient pour appuyer l'exercice de la compétence d'une autre législature, « la Cour devrait se montrer prudente avant de conclure que les dispositions contestées excèdent la compétence de la province » : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 73; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20.

[34] The chambers judge reviewed the evidence and concluded that "there is a legitimate, substantial and pressing reason for the Province to regulate highway safety and the licensing of drivers to remove impaired drivers from the roads": chambers judge's reasons, at para. 84. I agree. The chambers judge concluded that the pith and substance of the ARP scheme is the licensing of drivers, the enhancement of traffic safety and the deterrence of persons from driving while impaired by alcohol. Again, I agree. While the ARP scheme represents a more aggressive approach by the Province than the ADP scheme, it nonetheless retains its character. As this Court noted in *Chatterjee*, deterrence can be a purpose of provincial law: para. 3. There can be no doubt that the matter falls within the provincial power over property and civil rights in the province. From a division of powers standpoint, the legislation is valid.

B. *Does the ARP Scheme Create an "Offence" Within the Meaning of Section 11 of the Charter?*

[35] Section 11 of the *Charter* guarantees certain procedural protections to individuals charged with an offence. Section 11(*d*) provides:

> **11.** Any person charged with an offence has the right
>
> . . .
>
> (*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

[36] The chambers judge concluded that the ARP scheme does not create an offence within the meaning of s. 11(*d*). The Court of Appeal upheld that decision.

[37] Mr. Goodwin submits that the ARP scheme both engages and infringes his rights under s. 11(*d*) of the *Charter*. He argues that the test for an "offence" under s. 11 must be purposive; the form of

[34] Le juge en chambre a examiné la preuve et conclu que [TRADUCTION] « la Province a des motifs légitimes, sérieux et urgents de réglementer la sécurité routière et la délivrance de permis de conduire afin de chasser les conducteurs aux facultés affaiblies des routes » : motifs du juge en chambre, par. 84. Je partage son avis. Le juge en chambre a conclu que le RIAC, de par son caractère véritable, vise à délivrer des permis de conduire, à renforcer la sécurité routière et à dissuader les gens de conduire avec les facultés affaiblies par l'alcool. Là encore, je suis d'accord. Bien que le RIAC constitue une mesure provinciale plus musclée que le régime d'IAC, il conserve néanmoins son caractère. Comme l'a fait remarquer la Cour dans *Chatterjee*, la dissuasion peut être un objectif du droit provincial : par. 3. Il ne fait aucun doute que la matière relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province. Du point de vue du partage des pouvoirs, la loi est valide.

B. *Le RIAC crée-t-il une infraction visée par l'art. 11 de la Charte?*

[35] L'article 11 de la *Charte* garantit certaines mesures de protection procédurales aux inculpés. Il prévoit ce qui suit à son al. *d*) :

> **11.** Tout inculpé a le droit :
>
> . . .
>
> *d*) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

[36] Le juge en chambre a conclu que le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'al. 11*d*). La Cour d'appel a confirmé cette décision.

[37] Monsieur Goodwin soutient que le RIAC fait intervenir ses droits garantis par l'al. 11*d*) de la *Charte* et y porte atteinte. Il affirme que le critère servant à déterminer s'il existe une infraction visée

proceedings should not be given undue weight; and the analysis should focus on whether the law's effects engage the public interest in suppressing crime and promoting public order and welfare: A.F., at paras. 88 and 91. In his view, the lower courts applied the analytical guide set out by this Court in *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, in a formalistic way. Properly understood, Mr. Goodwin argues, the purpose of crime suppression engages s. 11 in hybrid regimes like the ARP scheme. He argues that the cumulative impact of the penalties demonstrates that the ARP scheme creates an offence.

[38] For its part, the Province submits that this Court's decision in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, has already established that "proceedings undertaken to determine fitness to obtain or maintain a licence" are not offences under s. 11: p. 560. In its view, this is dispositive of the s. 11 issue. The ARP scheme is not by nature a penal or criminal proceeding and does not impose true penal consequences.

[39] I would not give effect to this ground of appeal. I agree with the courts below that the ARP scheme does not create an "offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*.

[40] This Court recently reviewed and reaffirmed the s. 11 analytical framework developed in *Wigglesworth* and *Martineau*: see *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3. In *Wigglesworth*, this Court concluded that s. 11 protections only apply to persons "prosecuted by the State for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal and regulatory offences, either federally or provincially enacted": p. 554. Writing for the majority, Wilson J. stated that a matter falls within s. 11 where "by its very nature it is a criminal proceeding" or where a conviction "may lead to a true penal consequence": p. 559. By contrast, administrative matters "instituted for the

par l'art. 11 doit être téléologique, qu'il ne faudrait pas accorder trop de poids à la forme des procédures et que l'analyse devrait être axée sur la question de savoir si les effets de la loi mettent en jeu l'intérêt public à réprimer la criminalité et à promouvoir l'ordre et le bien-être publics : m.a., par. 88 et 91. À son avis, les tribunaux d'instance inférieure ont appliqué d'une façon formaliste le guide d'analyse établi par la Cour dans *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737. Monsieur Goodwin estime que, lorsqu'on l'interprète correctement, l'objectif de répression de la criminalité fait intervenir l'art. 11 dans le cas des régimes hybrides comme le RIAC. Toujours selon lui, l'effet cumulatif des sanctions démontre que ce régime crée une infraction.

[38] Pour sa part, la Province soutient que la Cour a déjà établi, dans *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, que « les procédures engagées pour déterminer l'aptitude à obtenir ou à conserver un permis » ne constituent pas des infractions visées par l'art. 11 : p. 560. À son avis, cela règle la question de l'art. 11. Le RIAC n'est pas, de par sa nature même, une procédure pénale ou criminelle et n'impose pas de véritables conséquences pénales.

[39] Je suis d'avis de ne pas retenir ce moyen d'appel. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'art. 11 de la *Charte*.

[40] La Cour a récemment examiné et confirmé le cadre d'analyse fondé sur l'art. 11 établi dans les arrêts *Wigglesworth* et *Martineau* : voir *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3. Dans l'arrêt *Wigglesworth*, la Cour a conclu que les mesures de protection de l'art. 11 s'appliquent uniquement aux personnes « que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces » : p. 554. S'exprimant au nom de la majorité, la juge Wilson a affirmé qu'une affaire relève de l'art. 11 lorsque, « de par sa nature même,

protection of the public in accordance with the policy of a statute" do not attract s. 11 protections: p. 560.

[41] While administrative and criminal proceedings both have public purposes, they are fundamentally different. Administrative regimes "are primarily intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a limited private sphere of activity": *Wigglesworth*, at p. 560. Criminal matters, on the other hand, are public in nature, and aim to redress the wrong done to society by applying the principles of retribution and denunciation in an open courtroom. In *Martineau*, Fish J. set out three factors to consider when determining whether a proceeding is criminal in nature:

> To determine the nature of the proceeding, the case law must be reviewed in light of the following criteria: (1) the objectives of the [legislation]; (2) the purpose of the sanction; and (3) the process leading to imposition of the sanction. [para. 24]

[42] In my view, the chambers judge properly applied the *Wigglesworth* and *Martineau* considerations. While I agree that an offence is defined by both procedural and substantive elements, I cannot view a proceeding under the ARP as "by its very nature . . . a criminal proceeding".

[43] The ARP scheme imposes a driving prohibition coupled with a monetary penalty. It is not concerned with addressing the harm done to society in a public forum; instead, its focus is on the regulation of drivers and licensing, and the maintenance of highway safety. Although it has a relationship with the criminal law, in the sense that it relies on *Criminal Code* seizure powers and is administered

il s'agit d'une procédure criminelle » ou lorsqu'une déclaration de culpabilité « est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale » : p. 559. À l'opposé, les procédures de nature administrative « engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi » ne font pas intervenir les mesures de protection prévues à l'art. 11 : p. 560.

[41] Bien que les procédures criminelles et celles de nature administrative servent toutes deux des objectifs publics, elles sont fondamentalement différentes. Les régimes administratifs « sont principalement destiné[s] à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée » : *Wigglesworth*, p. 560. Les poursuites criminelles, en revanche, sont de nature publique et visent à réparer le tort causé à la société en appliquant les principes du châtiment et de la réprobation en audience publique. Dans *Martineau*, le juge Fish a énoncé trois facteurs à prendre en compte au moment de déterminer si une procédure est de nature criminelle :

> Pour déterminer la nature de la procédure, un examen de la jurisprudence sous l'éclairage des critères suivants s'impose : (1) les objectifs de la [loi]; (2) le but visé par la sanction; (3) le processus menant à la sanction. [par. 24]

[42] À mon sens, le juge en chambre a correctement appliqué les facteurs établis dans *Wigglesworth* et *Martineau*. Je reconnais qu'une infraction est définie tant par des éléments de procédure que des éléments de fond, mais je ne saurais considérer que la poursuite engagée en application du RIAC est, « de par sa nature même, [. . .] une procédure criminelle ».

[43] Le RIAC impose une interdiction de conduire de même qu'une sanction pécuniaire. Il ne vise pas à réparer en audience publique le tort causé à la société; il vise plutôt à encadrer les conducteurs et la délivrance de permis et à assurer la sécurité routière. Même si le régime a un lien avec le droit criminel, en ce sens qu'il dépend des pouvoirs de saisie prévus par le *Code criminel* et est appliqué par la police, il

by police, the scheme is more accurately characterized as a proceeding of an administrative nature. As the chambers judge noted, the proceedings arising under the ARP scheme do not take the form of prosecutions. No criminal records result. The proceedings are initiated by the drivers themselves. It is evident that the process is not criminal in the manner contemplated in *Martineau*: para. 45; see also *Guindon*, at paras. 63-65.

[44] Administrative regimes do not attract s. 11 protections: *Martineau*, at paras. 22-23. "This Court has often cautioned against the direct application of criminal justice standards in the administrative law area": *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 88.

[45] Nor are the consequences truly penal. While a 90-day suspension is a meaningful consequence for a licensing violation, and the approximately $4,000 in possible costs and penalties are significant, they are not sufficient to engage the fair-trial rights embodied by s. 11 — rights that, after all, are some of the most fundamental in our legal system. I note that financial penalties considerably more severe than those at issue here have been found to not constitute true penal consequences: see, e.g., *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295.

[46] Whether such penalties amount to penal consequences must of course be assessed relative to the conduct in question and the regulatory objective. The driving prohibition relates directly to the regulatory terms and conditions under which a person may be licensed to drive. Vehicle impoundment is directly related to the removal of drivers from the road, and drivers may apply to the Superintendent for review, including on compassionate and economic hardship grounds: *MVA*, ss. 262 and 263. The

est plus exact de le qualifier de procédure de nature administrative. Comme l'a noté le juge en chambre, les procédures découlant du RIAC ne prennent pas la forme de poursuites pénales. Aucun casier judiciaire n'en résulte. Les procédures sont engagées par les conducteurs eux-mêmes. De toute évidence, le processus n'est pas de nature criminelle suivant les critères énoncés dans *Martineau* : par. 45; voir aussi *Guindon*, par. 63-65.

[44] Les régimes administratifs ne font pas intervenir les mesures de protection de l'art. 11 : *Martineau*, par. 22-23. « Notre Cour a souvent fait des mises en garde contre l'application directe en droit administratif des normes de la justice criminelle » : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 88.

[45] Les conséquences ne sont pas non plus véritablement pénales. Bien qu'une suspension de 90 jours représente une conséquence importante pour quiconque viole un régime de permis, et que l'imposition potentielle d'environ 4 000 $ en frais et sanctions soit sévère, ces conséquences ne sont pas suffisantes pour mettre en jeu les droits à un procès équitable consacrés à l'art. 11 — des droits qui, après tout, sont parmi les plus fondamentaux de notre système juridique. Je signale que des sanctions pécuniaires bien plus sévères que celles en cause dans la présente affaire n'ont pas été considérées comme de véritables conséquences pénales : voir, p. ex., *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *United States Steel Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295.

[46] Bien entendu, la question de savoir si de telles pénalités sont assimilables à des conséquences pénales doit être évaluée à l'aune du comportement en cause et de l'objectif de réglementation. L'interdiction de conduire se rapporte directement aux modalités et conditions réglementaires selon lesquelles une personne peut être autorisée à conduire. La saisie de véhicule est directement liée à l'objectif de débarrasser la route de certains conducteurs, et les conducteurs peuvent présenter une demande de révision au

fine is capped at $500: *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09. The remaining costs are tied to the various remedial programs, including installation of an ignition interlock device, and are incidental to the scheme's objective of getting drivers and vehicles off the road. Such costs can hardly be considered to be penal, particularly when viewed in light of the public interest in removing a drunk driver from a roadway once detected.

[47] In summary, the ARP scheme does not create an "offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*. Thus, the protections of s. 11 are not engaged in this case.

C. *Does the ARP Scheme Infringe Section 8 of the Charter?*

[48] Section 8 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure." This right is engaged where the state conducts a search or seizure that interferes with an individual's reasonable expectation of privacy. The expectation of privacy is a normative concept, reflecting the level of privacy that we, as a society, should reasonably expect in a given circumstance: *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 44; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 42. It is not merely a function of how much privacy a person may expect or enjoy with respect to their person, space or belongings. Where a search or seizure engages the protection of s. 8, a reviewing court must determine whether the search or seizure is reasonable. In this regard, (1) the search or seizure must be authorized by law, (2) the law itself must be reasonable, and (3) the search or seizure must be carried out in a reasonable manner: *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278. It is argued that neither of the first two requirements is met in this case.

Surintendant, notamment pour des motifs de compassion et de difficultés financières : *MVA*, art. 262 et 263. L'amende est plafonnée à 500 $: *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09. Les autres frais sont liés aux divers programmes correctifs, y compris l'installation d'un antidémarreur, et ils sont accessoires à l'objectif du régime qui consiste à chasser certains conducteurs et véhicules de la route. On peut difficilement considérer ces frais comme étant d'ordre pénal, surtout à la lumière de l'intérêt du public à ce qu'un conducteur en état d'ébriété, une fois identifié, ne puisse pas prendre la route.

[47] En somme, le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'art. 11 de la *Charte*. Par conséquent, les mesures de protection de l'art. 11 n'entrent pas en jeu en l'espèce.

C. *Le RIAC porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la Charte?*

[48] L'article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Ce droit entre en jeu lorsque l'État fait une fouille, une perquisition ou une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. L'attente en matière de vie privée est un concept normatif qui reflète le niveau de protection de la vie privée auquel nous devrions, en tant que société, raisonnablement nous attendre dans une situation donnée : *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 44; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42. Il ne s'agit pas simplement du degré de protection de la vie privée auquel un particulier peut s'attendre ou dont il peut jouir à l'égard de sa personne, de son espace ou de ses biens. Lorsqu'une fouille, une perquisition ou une saisie met en jeu la protection de l'art. 8, la cour de révision doit décider si la fouille, la perquisition ou la saisie est raisonnable. À cet égard, (1) la fouille, perquisition ou saisie doit être autorisée par la loi; (2) la loi elle-même doit n'avoir rien d'abusif; (3) la fouille, perquisition ou saisie ne doit pas être effectuée d'une manière abusive : *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278. On soutient que ni l'une ni l'autre des deux premières conditions n'est remplie en l'espèce.

(1) Is Section 8 Engaged?

[49] Section 215.41(3) of the *MVA* provided at the relevant time:

(3) If, at any time or place on a highway or industrial road,

(a) a peace officer makes a demand to a driver under the *Criminal Code* to provide a sample of breath for analysis by means of an approved screening device and the approved screening device registers a warn or a fail, and

(b) the peace officer has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol,

the peace officer, or another peace officer, must,

(c) if the driver holds a valid licence or permit . . . take possession of the driver's licence, permit . . . if the driver has it in his or her possession, and

(d) serve on the driver a notice of driving prohibition.

[50] It is undisputed before this Court that the roadside breath demand constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.[4]

[51] It is also undisputed before this Court that drivers of vehicles have some expectation of privacy in their breath, even if a diminished one. The factors identified by this Court as "helpful markers" in *Tessling*, at paras. 43-62, support this conclusion. The seizure occurs in a vehicle (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 111 and 113); in the highly regulated context of driving on a public highway (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 647-48); and is relatively non-intrusive (*Grant*, at para. 111). While these factors support a diminished expectation of privacy, they do not eliminate any residual privacy interest in one's breath. Thus the demand to breathe into a roadside screening device constitutes a seizure that infringes

4 The respondents Chisholm et al. characterize the ARP scheme as a coupled search and seizure power: see R.F., at para. 39.

(1) L'article 8 entre-t-il en jeu?

[49] Le paragraphe 215.41(3) de la *MVA* prévoyait à l'époque :

[TRADUCTION]

(3) Si, en tout temps ou en tout lieu sur une route ou une route industrielle :

(a) un agent de la paix ordonne à un conducteur en vertu du *Code criminel* de fournir un échantillon d'haleine pour analyse au moyen d'un appareil de détection approuvé et celui-ci affiche un avertissement ou un échec;

(b) l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire, par suite de l'analyse, que les facultés du conducteur sont affaiblies par l'alcool,

l'agent de la paix, ou un autre agent de la paix, doit prendre les mesures suivantes :

(c) si le conducteur détient un permis valide [. . .] prendre possession du permis du conducteur [. . .] si ce dernier l'a en sa possession;

(d) signifier au conducteur un avis d'interdiction de conduire.

[50] Il n'est pas contesté devant la Cour que la demande d'alcootest constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*[4].

[51] Personne ne conteste non plus devant la Cour que les conducteurs de véhicules ont une certaine attente en matière de vie privée concernant leur haleine, même si elle est réduite. Les facteurs qualifiés de « repères utiles » par la Cour aux par. 43-62 de l'arrêt *Tessling* étayent cette conclusion. La saisie a lieu dans un véhicule (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 111 et 113); dans le contexte très réglementé de la conduite automobile sur la voie publique (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 647-648); et est relativement peu envahissante (*Grant*, par. 111). Bien que ces facteurs militent en faveur d'une attente réduite en matière de vie privée, ils n'éliminent pas le droit résiduel d'une personne à la protection de sa vie privée concernant

4 Les intimés Chisholm et autres qualifient le RIAC de pouvoir mixte de fouille, de perquisition et de saisie : voir m.i., par. 39.

on an individual's reasonable expectation of privacy. The protection of s. 8 is engaged.

(2) Is the Seizure Authorized by the Provincial Law?

[52] The Province argues that it is not the impugned provisions of the *MVA* that engage a driver's s. 8 rights because the ARP scheme does not itself authorize a seizure. Instead, the regime relies on s. 254(2) of the *Criminal Code* to authorize a roadside breath demand. In the Province's view, a challenge to the *Charter* compliance of the breath demand must therefore attack s. 254(2) of the *Criminal Code*, and not s. 215.41(3)(a) of the provincial *MVA*.

[53] I do not agree. Such a narrow understanding of whether the seizure is "authorized by law" would insulate the province from s. 8 scrutiny over any use of a *Criminal Code* search power. It would also be inconsistent with the flexible and purposive interpretation, focused on protecting people and not places, that s. 8 demands: *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647, per Wilson J.; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 158-59. The analysis of a search or seizure under s. 8 is a contextual inquiry: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 26. It requires regard to the purpose for which the seizure occurs, and to the statutory provisions that set out the grounds, means and consequences of the seizure. A search or seizure can be valid for one purpose and not for another.

[54] Although the Province relies on the *Criminal Code* to authorize the breath demand, the purpose and consequences of the seizure are established in the ARP scheme, in the *MVA*. The seizure thus takes its colour from the provincial legislation, and cannot be read in isolation from that scheme. For

son haleine. Ainsi, la demande de souffler dans un alcootest constitue une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. La protection de l'art. 8 entre en jeu.

(2) La saisie est-elle autorisée par la loi provinciale?

[52] La Province fait valoir que ce ne sont pas les dispositions contestées de la *MVA* qui font intervenir les droits garantis au conducteur par l'art. 8 parce que le RIAC n'autorise pas en soi une saisie. Le régime s'en remet plutôt au par. 254(2) du *Code criminel* pour autoriser une demande d'alcootest. De l'avis de la Province, une contestation de la conformité à la *Charte* d'une demande d'échantillon d'haleine doit par conséquent viser le par. 254(2) du *Code criminel*, et non l'al. 215.41(3) a) de la *MVA* provinciale.

[53] Je ne suis pas d'accord avec elle. Une interprétation aussi étroite de la question de savoir si la saisie est « autorisée par la loi » mettrait la province à l'abri de l'examen, fondé sur l'art. 8, de tout exercice d'un pouvoir de fouille prévu par le *Code criminel*. Elle serait en outre incompatible avec l'interprétation souple et fondée sur l'objet visé, axée sur la protection des personnes et non des lieux, qu'exige l'art. 8 : *McKinlay Transport Ltd.*, p. 647, la juge Wilson; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 158-159. L'analyse d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie en application de l'art. 8 est de nature contextuelle : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 26. Elle exige qu'il soit tenu compte de l'objet pour lequel la saisie est faite et des dispositions législatives qui établissent les motifs, les moyens et les conséquences de la saisie. Une fouille, une perquisition ou une saisie peut être valide pour un objet mais pas pour un autre.

[54] Bien que la Province se fonde sur le *Code criminel* pour autoriser la demande d'échantillon d'haleine, l'objet et les conséquences de la saisie sont établis dans le RIAC, dans la *MVA*. La saisie tire donc son caractère de la loi provinciale et ne peut être considérée indépendamment de ce régime.

the purposes of s. 8, it is the ARP scheme that authorizes the seizure of the breath sample, and it is thus subject to *Charter* scrutiny on this basis.

(3) Is the Seizure in the ARP Scheme Reasonable?

[55] As Dickson J. wrote for a unanimous court in *Hunter*, at pp. 159-60, assessing whether the law authorizing a search or seizure is reasonable requires determining

> whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The protection s. 8 provides for an individual's privacy — personal, territorial and informational — is essential not only to human dignity, but also to the functioning of our democratic society. At the same time, s. 8 permits *reasonable* searches and seizures in recognition that the state's legitimate interest in advancing its goals or enforcing its laws will sometimes require a degree of intrusion into the private sphere. The tension articulated in *Hunter* between the competing individual and state interests, and the adequacy of the safeguards provided, remain foundational to this analysis.

[56] Searches or seizures conducted without a warrant — such as the seizure underpinning the ARP scheme — are presumptively unreasonable: *Hunter*, at p. 161. The burden of establishing reasonableness thus rests with the state.

[57] This Court has generally declined to set out a "hard and fast" test of reasonableness: see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 495. In my view, this flexible approach remains compelling. This Court has nonetheless identified certain considerations that may be helpful in the reasonableness analysis, including "the nature and the purpose

Pour l'application de l'art. 8, c'est le RIAC qui autorise la saisie de l'échantillon d'haleine, et il est donc assujetti à l'examen fondé sur la *Charte* pour ce motif.

(3) La saisie prévue par le RIAC est-elle raisonnable?

[55] Comme l'a écrit le juge Dickson aux p. 159-160 de l'arrêt unanime *Hunter*, pour déterminer si la loi qui autorise une fouille, une perquisition ou une saisie est raisonnable, il faut apprécier

> si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

La protection que l'art. 8 accorde à la vie privée — personnelle, territoriale et informationnelle — d'un particulier est essentielle non seulement à la dignité humaine, mais aussi au fonctionnement de notre société démocratique. Parallèlement, l'art. 8 permet les fouilles, les perquisitions et les saisies *raisonnables*, reconnaissant que le droit légitime de l'État de réaliser ses fins ou d'appliquer ses lois nécessitera parfois une certaine intrusion dans la sphère privée. Le tiraillement mis en évidence dans *Hunter* entre les intérêts opposés de l'individu et de l'État, et le caractère suffisant des mesures de protection prévues, demeurent fondamentaux pour cette analyse.

[56] Les fouilles, les perquisitions ou les saisies sans mandat — comme la saisie sur laquelle repose le RIAC — sont présumées abusives : *Hunter*, p. 161. Le fardeau d'établir le caractère raisonnable incombe donc à l'État.

[57] La Cour a généralement refusé d'énoncer un critère « absolu » du caractère raisonnable : voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 495. À mon sens, cette approche souple demeure avérée. La Cour a néanmoins relevé certaines considérations qui peuvent être utiles dans l'analyse du caractère raisonnable, dont « la nature et

of the legislative scheme . . . , the mechanism . . . employed and the degree of its potential intrusiveness[,] and the availability of judicial supervision": *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), per Strayer J.A., in dissenting reasons adopted by this Court in [1999] 1 S.C.R. 3.

(a) *Purpose of the ARP Scheme*

[58] The objective of removing impaired drivers from the roads is compelling. As the intervener Mothers Against Drunk Driving argues, impaired driving is responsible for a devastating number of injuries and deaths annually in Canada, a burden of risk that falls disproportionately to young people.[5] The ARP scheme was introduced as part of the Province's objective of reducing driving fatalities caused by alcohol by 35 percent by the end of 2013.[6]

[59] The seizure of a driver's breath through a roadside ASD analysis is the first step in the Province's regulatory response to impaired driving, one that permits the Province to both identify and suspend the licences of drivers whose blood alcohol concentration exceeds 0.05. The breath demand is a critical component of the Province's efforts to protect British Columbians from impaired drivers by suspending the privilege of driving for those who drive while impaired. This compelling purpose of preventing death and serious injuries on public highways weighs heavily in favour of the reasonableness of the breath seizure.

(b) *Nature of the ARP Scheme*

[60] This Court has recognized from its earliest s. 8 jurisprudence that the characterization of a search or seizure as either criminal or regulatory is

[5] I.F., at para. 1, citing to S. Pitel and R. Solomon, "Estimating the Number and Cost of Impairment-Related Traffic Crashes in Canada: 1999 to 2010" (April 2013).

[6] Chambers judge's reasons, at para. 266.

l'objet du régime législatif [. . .]; le mécanisme employé [. . .] et le degré d'empiétement possible de ce mécanisme; et l'existence d'une supervision judiciaire » : *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), le juge Strayer, dans ses motifs dissidents adoptés par la Cour dans [1999] 1 R.C.S. 3.

a) *L'objet du RIAC*

[58] L'objectif de chasser des routes les conducteurs aux facultés affaiblies est impérieux. Comme le fait valoir l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant, la conduite avec facultés affaiblies est responsable d'un nombre alarmant de blessures et de décès chaque année au Canada, un risque auquel les jeunes sont exposés de façon disproportionnée[5]. Le RIAC a été mis en place dans le cadre de l'objectif de la Province de réduire les décès causés par l'alcool au volant de 35 pour 100 au plus tard à la fin de 2013[6].

[59] La saisie de l'échantillon d'haleine d'un conducteur au moyen d'une analyse effectuée à l'aide d'un ADA lors d'un contrôle routier est la première étape de la réponse réglementaire de la Province à la conduite avec facultés affaiblies, réponse qui permet à la Province de repérer les conducteurs dont l'alcoolémie est supérieure à 0,05 et de suspendre leur permis. La demande d'échantillon d'haleine est un élément crucial des efforts déployés par la Province pour protéger les Britanno-Colombiens des conducteurs aux facultés affaiblies, en révoquant le privilège de conduire à ceux et à celles qui conduisent avec les facultés affaiblies. Cet objet impérieux d'empêcher les décès et les blessures graves sur les voies publiques milite fortement en faveur du caractère raisonnable de la saisie d'un échantillon d'haleine.

b) *La nature du RIAC*

[60] La Cour a reconnu dans ses premiers arrêts sur l'art. 8 que le caractère criminel ou réglementaire attribué à une fouille, à une perquisition ou à une

[5] m.i., par. 1, où elle cite S. Pitel et R. Solomon, « Conduite avec facultés affaiblies – Estimation du nombre de collisions et des coûts afférents, 1999 à 2010 » (avril 2013).

[6] Motifs du juge en chambre, par. 266.

relevant in assessing its reasonableness. Where an impugned law's purpose is regulatory and not criminal, it may be subject to less stringent standards: see *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 52; *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647, per Wilson J.; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757. As noted above, the proper characterization of the ARP scheme and the seizure of a driver's breath were hotly contested throughout these proceedings.

[61] The chambers judge identified a number of similarities between the ARP scheme and the criminal law, and concluded that although the scheme "is not criminal law for the purposes of the division of powers analysis, it is fair to say that it is not far removed as a matter of practice": para. 281. He also noted that, unlike many of the regulatory searches or seizures considered in the case law, the ARP scheme involves a seizure of a breath sample rather than a search or seizure of documents, and that the results of the seizure are not simply evidence that may be used at a subsequent proceeding, but are instead determinative of the resulting consequences, some of which are quite severe: paras. 281-84. These are all relevant considerations.

[62] The ASD test is the sole basis for the penalties and suspensions provided for in the ARP scheme. This is markedly different from the criminal context, in which the ASD test is only the first part in the *Criminal Code*'s two-step process for investigating drunk-driving offences. At this first stage, an officer need only have a reasonable suspicion that the driver has alcohol in their body: *R. v. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159 (Ont. C.A.); *R. v. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95. However, these reduced protections for drivers at the roadside screening stage are counterbalanced by limitations on the use to which a potentially unreliable ASD result can be put. It has the limited role of constituting the grounds for a further breath demand, conducted using a breathalyser at a police station, and cannot

saisie est pertinent lorsqu'il s'agit d'en apprécier le caractère raisonnable. Lorsque l'objet de la loi contestée est de nature réglementaire et non criminelle, des normes moins sévères peuvent s'appliquer : voir *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par. 52; *McKinlay Transport Ltd.*, p. 647, la juge Wilson; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757. Comme je l'ai déjà dit, la qualification correcte du RIAC et de la saisie d'un échantillon d'haleine d'un conducteur a fait l'objet d'un âpre débat tout au long de l'instance.

[61] Le juge en chambre a relevé plusieurs similitudes entre le RIAC et le droit criminel et a conclu que, même si le régime [TRADUCTION] « ne ressortit pas au droit criminel pour les besoins de l'analyse du partage des compétences, il est juste de dire qu'il n'en est pas très éloigné en pratique » : par. 281. Il a également fait remarquer que, contrairement à bon nombre des fouilles, perquisitions ou saisies de nature réglementaire examinées dans la jurisprudence, le RIAC implique la saisie d'un échantillon d'haleine plutôt qu'une fouille, une perquisition ou une saisie de documents, et que les résultats de la saisie ne constituent pas simplement des éléments de preuve qui peuvent être utilisés dans un procès subséquent; ils sont plutôt déterminants quant aux conséquences qui en découlent, dont certaines sont assez graves : par. 281-284. Ces considérations sont toutes pertinentes.

[62] L'analyse effectuée au moyen d'un ADA est le seul fondement des sanctions et des suspensions prévues par le RIAC, ce qui est nettement différent du contexte criminel, où l'analyse effectuée au moyen d'un ADA ne constitue que la première étape de la procédure à deux volets établie dans le *Code criminel* pour enquêter sur des infractions de conduite en état d'ébriété. À ce premier stade, le policier n'a qu'à soupçonner raisonnablement le conducteur d'avoir de l'alcool dans son organisme : *R. c. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159 (C.A. Ont.); *R. c. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95. Toutefois, ces protections réduites pour les conducteurs à l'étape de la détection routière sont contrebalancées par des restrictions imposées à l'utilisation que l'on peut faire du résultat (potentiellement non

alone establish an offence under the *Criminal Code*: s. 254(3).

[63] Driving on highways is, of course, a highly regulated activity, and drivers expect that the rules of the road will be enforced. This reality, combined with the scheme's location within a broader regulatory framework targeting driving and highway safety, supports characterizing the regime as regulatory and applying a more flexible standard in assessing its reasonableness. However, other features of the scheme suggest that closer scrutiny is required to ensure the state does not unreasonably interfere with a driver's privacy interest. First, while the breath seizure occurs for a regulatory purpose, it nonetheless has certain criminal-like features, such as its administration by a police officer pursuant to *Criminal Code* authorization. Second, while the consequences that follow a "fail" reading or the failure to provide a sample are not criminal, they are immediate and serious, and arise without a further test using a (more reliable) breathalyser.

(c) *The Mechanism of Seizure: The ASD Test*

[64] The mechanism for determining whether a driver's blood alcohol concentration exceeds the relevant limits is a roadside test using an ASD. The specific features of the ASD test are relevant to the reasonableness analysis in two respects.

[65] The first is the degree of intrusiveness of the ASD test on a driver's bodily integrity and privacy interests. More intrusive than a demand for documents, a breath demand clearly amounts to what La Forest J. described as "the use of a person's body without his consent to obtain information about him" by which the state "invades an area of

fiable) d'un ADA. Ce résultat a pour fonction limitée de justifier une autre analyse d'échantillon d'haleine, effectuée au moyen d'un alcootest dans un poste de police, et ne peut à lui seul établir une infraction au *Code criminel* : par. 254(3).

[63] Bien entendu, la conduite automobile sur une voie publique est une activité très réglementée, et les conducteurs s'attendent à ce que le code de la route soit appliqué. Cette réalité, conjuguée au fait que le régime s'inscrit dans un cadre réglementaire plus large visant la conduite et la sécurité routière, permet de qualifier le régime de réglementaire et d'appliquer une norme plus souple pour en apprécier le caractère raisonnable. Toutefois, d'autres éléments du régime tendent à indiquer qu'un examen plus attentif est nécessaire pour empêcher que l'État porte abusivement atteinte au droit d'un conducteur à la vie privée. Premièrement, bien que la saisie d'un échantillon d'haleine se fasse à des fins réglementaires, elle possède néanmoins des caractéristiques qui s'apparentent au droit criminel, comme le fait qu'elle soit administrée par un policier conformément à une autorisation accordée par le *Code criminel*. Deuxièmement, si les conséquences du résultat « échec » ou du défaut de fournir un échantillon d'haleine ne sont pas criminelles, elles sont néanmoins immédiates et graves et surviennent sans qu'une autre analyse ne soit effectuée au moyen d'un alcootest (plus fiable).

c) *Le mécanisme de saisie : l'analyse effectuée au moyen d'un ADA*

[64] Pour déterminer si l'alcoolémie d'un conducteur dépasse la limite permise, on administre un alcootest au moyen d'un ADA. Les caractéristiques précises de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA sont pertinentes pour juger du caractère raisonnable à deux égards.

[65] Le premier est le degré d'atteinte de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA à l'intégrité physique et au droit à la vie privée d'un conducteur. Plus envahissante qu'une demande de documents, une demande d'échantillon d'haleine équivaut clairement à ce que le juge La Forest a décrit comme « l'utilisation du corps d'une personne, sans son

personal privacy essential to the maintenance of his human dignity": *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32. However, a roadside ASD test is far less intrusive than many other searches or seizures that may be performed for law enforcement purposes, such as the blood sample at issue in *Dyment*, or a DNA swab, which contains deeply personal information: *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, at para. 48. The roadside breath demand authorized by the *Criminal Code* has a much less significant impact on an individual's bodily integrity and privacy interests: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 90. This minimally intrusive character supports the reasonableness of the ASD seizure.

consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet » par laquelle l'État commet « une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » : *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432. Toutefois, un alcootest administré au moyen d'un ADA est beaucoup moins envahissant que bien d'autres fouilles, perquisitions ou saisies qui peuvent être effectuées aux fins d'application de la loi, comme le prélèvement de l'échantillon de sang en cause dans l'arrêt *Dyment* ou le prélèvement d'ADN qui dévoile des renseignements très personnels : *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 48. La demande d'alcootest autorisée par le *Code criminel* a des répercussions beaucoup moins importantes sur l'intégrité physique et le droit à la vie privée d'une personne : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 90. Cette atteinte minimale étaye le caractère raisonnable de la saisie faite au moyen d'un ADA.

[66] However, the use of an ASD to obtain a breath sample also raises concerns that undermine the reasonableness of the seizure, specifically regarding the reliability of test results. The chambers judge concluded, based upon the evidence, that owing to an ASD's inability to account for the presence of mouth alcohol, "in some circumstances there can be serious issues concerning whether an ASD accurately reflects blood-alcohol readings": paras. 286-92.

[66] Toutefois, l'utilisation d'un ADA pour obtenir un échantillon d'haleine soulève elle aussi des préoccupations qui minent le caractère raisonnable de la saisie, plus particulièrement quant à la fiabilité des résultats d'analyse. Le juge en chambre a conclu, sur la foi de la preuve, que, comme un ADA ne peut tenir compte de la présence d'alcool dans la bouche, [TRADUCTION] « il peut y avoir de sérieux doutes dans certains cas quant à savoir si un ADA indique avec exactitude les mesures d'alcoolémie » : par. 286-292.

[67] The reliability of a search or seizure mechanism is directly relevant to the reasonableness of the search or seizure itself: *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at para. 48. As noted in *Chehil*, "[a] method of searching that captures an inordinate number of innocent individuals cannot be reasonable": para. 51. By contrast, a high degree of accuracy has been crucial to endorsing sniffer-dog searches on a lower standard of reasonable suspicion: *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 11; see also *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456.

[67] La fiabilité du mécanisme de fouille, de perquisition ou de saisie est directement liée au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie elle-même : *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 48. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Chehil*, « [u]ne méthode de fouille qui aurait pour effet de viser un nombre démesuré de personnes innocentes ne saurait être jugée non abusive » : par. 51. À l'opposé, une grande fiabilité s'est révélée cruciale pour confirmer la validité des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs selon la norme moins rigoureuse des soupçons raisonnables : *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 11; voir également *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456.

[68] While the ARP scheme as enacted in 2010 allowed a driver to obtain a second analysis with a different ASD upon request, it placed no obligation on the police officer to advise the driver of this right: *MVA*, s. 215.42(1) and (2). The ARP scheme also required that the second analysis would govern, regardless of whether it was higher or lower than the initial reading: s. 215.42(3). While a second test with a second device may significantly help resolve the reliability concerns raised by roadside ASD testing, the availability of this safeguard could prove illusory where a driver is unaware of its existence, particularly where there is no guarantee that the lower result will prevail. Absent meaningful safeguards to ensure reliability, this factor raises serious concerns about the reasonableness of the law authorizing the seizure.

[68] Si le RIAC qui a été mis en place en 2010 autorisait le conducteur à obtenir sur demande une deuxième analyse faite au moyen d'un autre ADA, il n'obligeait aucunement le policier à aviser le conducteur de ce droit : *MVA*, par. 215.42(1) et (2). Le RIAC prescrivait en outre que la deuxième analyse ait préséance, que la lecture obtenue soit plus élevée ou plus basse que la lecture initiale : par. 215.42(3). Bien qu'une deuxième analyse effectuée au moyen d'un deuxième appareil puisse grandement aider à dissiper les doutes concernant la fiabilité de l'alcootest administré au moyen d'un ADA, la possibilité de se prévaloir de cette mesure de protection pourrait s'avérer illusoire lorsque le conducteur n'est pas au courant de son existence, particulièrement lorsqu'il n'y a aucune garantie que le résultat le plus bas l'emportera. En l'absence de mesures de protection significatives assurant la fiabilité, ce facteur suscite de sérieux doutes au sujet du caractère raisonnable de la loi autorisant la saisie.

(d) *Availability of Judicial Oversight*

d) *La possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire*

[69] Much of the disagreement between the parties hinges on the availability of judicial oversight, and on the significance of the availability of review in the s. 8 analysis. The drivers argue, and the chambers judge agreed, that the inability of a driver to meaningfully challenge both the basis for and, more importantly, the accuracy of the ASD test renders the roadside breath demand an unreasonable seizure. The Province counters that including such procedural considerations in the s. 8 analysis distorts the scope of s. 8, and that these considerations should instead be addressed under either s. 7 or administrative law principles.

[69] Une bonne partie du désaccord entre les parties porte sur la possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire et sur l'importance de pouvoir recourir au contrôle dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 8. Les conducteurs font valoir, et le juge en chambre convient avec eux, que comme le conducteur ne peut valablement contester ni le fondement ni, plus important encore, l'exactitude de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA, la demande d'alcootest constitue une saisie abusive. La Province réplique que le fait d'inclure de telles considérations procédurales dans l'analyse fondée sur l'art. 8 dénature la portée de cet article, et que ces considérations devraient plutôt être abordées sous l'angle de l'art. 7 ou des principes de droit administratif.

[70] This is not the first time this Court has considered the significance of procedural safeguards in a s. 8 analysis. Although the adequacy of such safeguards will often be challenged under s. 7, this Court recognized in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, that the right to full answer and defence is a relevant consideration when assessing the reasonableness of a search or seizure: para. 88; see also

[70] Ce n'est pas la première fois que la Cour traite de l'importance des mesures de protection procédurales dans une analyse fondée sur l'art. 8. Bien que le caractère suffisant de ces mesures soit souvent contesté sur le fondement de l'art. 7, la Cour a reconnu dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, que le droit à une défense pleine et entière est une considération pertinente lorsqu'il

S.A.B., at para. 35. In *Hunter*, Dickson J. concluded that an unreviewable, discretionary power of search and seizure would be contrary to s. 8: p. 166. More recently, in *Chehil*, the "reasonable suspicion" standard for sniffer-dog searches was held to respect the s. 8 balance because of subsequent judicial oversight "that prevents indiscriminate and discriminatory breaches of privacy interests by ensuring that the police have an objective and reasonable basis" for the privacy interference: para. 25.

[71] Although both *Hunter* and *Chehil* concern review of the lawfulness of a search, rather than the use or reliability of its findings, in my view similar considerations apply, especially where the consequences of the seizure follow automatically and immediately. The nature of the review required will of course vary with the circumstances, including the nature of the scheme. On the other hand, the availability of oversight is particularly important where, as here, a search or seizure occurs without prior authorization: *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 84. While less exacting review may be sufficient in a regulatory context, the availability and adequacy of review is nonetheless relevant to reasonableness under s. 8.

[72] In my view, the chambers judge was correct to consider the scope and availability of review as part of his analysis under s. 8. While s. 8 is not primarily concerned with issues of procedural fairness and safeguards, the restrictive review of the basis and consequences of the breath demand was a central feature of the ARP scheme, particularly given the concerns about the reliability of the ASD, the lack of an intermediate step between the ASD analysis and the roadside suspension, and the immediacy

s'agit d'apprécier le caractère raisonnable d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie : par. 88; voir également *S.A.B.*, par. 35. Dans *Hunter*, le juge Dickson a conclu qu'un pouvoir discrétionnaire de fouille, de perquisition et de saisie non susceptible de révision serait contraire à l'art. 8 : p. 166. Plus récemment, dans l'arrêt *Chehil*, la Cour a jugé que la norme des « soupçons raisonnables » applicable aux fouilles effectuées à l'aide d'un chien renifleur respectait l'équilibre établi par l'art. 8 en raison d'un contrôle judiciaire ultérieur qui « permet [. . .] d'empêcher les atteintes aveugles et discriminatoires au droit à la vie privée, les tribunaux vérifiant que l'atteinte policière à l'attente raisonnable en matière de vie privée repose bel et bien sur un fondement objectif et raisonnable » : par. 25.

[71] Bien que les arrêts *Hunter* et *Chehil* portent tous deux sur le contrôle de la légalité d'une fouille ou d'une perquisition plutôt que sur l'utilisation ou la fiabilité des résultats de cette fouille, je suis d'avis que des considérations similaires s'appliquent, surtout dans les cas où les conséquences de la saisie s'ensuivent automatiquement et sur-le-champ. Évidemment, la nature du contrôle nécessaire varie selon les circonstances, y compris la nature du régime. Par ailleurs, la possibilité de recourir à la surveillance après coup est particulièrement importante lorsque, comme en l'espèce, une fouille, une perquisition ou une saisie a lieu sans autorisation préalable : *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 84. Même si un contrôle moins rigoureux peut se révéler suffisant dans un contexte réglementaire, la possibilité de recourir au contrôle et l'efficacité de celui-ci sont néanmoins pertinentes pour juger du caractère raisonnable sur le fondement de l'art. 8.

[72] À mon sens, le juge en chambre a eu raison d'examiner l'étendue du contrôle et la possibilité d'y recourir dans son analyse fondée sur l'art. 8. Bien que l'art. 8 ne vise pas principalement des questions d'équité procédurale et de mesures de protection, l'examen limité du fondement et des conséquences de la demande d'échantillon d'haleine était un élément central du RIAC, surtout compte tenu des doutes concernant la fiabilité de l'ADA, de l'absence d'une étape intermédiaire

of the penalties that ensue. A driver's ability to challenge the accuracy of the ASD result is thus critical to the reasonableness of the ARP scheme.

[73] It is common ground that the ARP scheme permits a driver to apply to the Superintendent for review of a driving prohibition, and that the Superintendent's decision is subject to judicial review. However, the process for review of suspensions under the ARP regime only permits the Superintendent to consider two issues: whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the applicant refused to provide a sample. If both criteria are met, the Superintendent is required to confirm the suspension: s. 215.5(1). The chambers judge concluded that "[t]he result of the limited scope of review is that if a driver did not have a blood-alcohol level over 0.08 or 0.05 at the time of the prohibition, he or she still cannot challenge the suspension based on the roadside screening device": para. 305.

[74] The Chief Justice raises the possibility that the Superintendent could hear challenges to the reasonableness of the manner in which a search or seizure is conducted under s. 8 of the *Charter*. These reasons should not be taken as expressing an opinion on this point. However, this case is not about the reasonableness of a police officer's behaviour in conducting a particular seizure. It concerns a more fundamental issue: whether the law authorizing the seizure is itself reasonable. The fact that a driver may be able to challenge the conduct of a particular seizure does not resolve whether the ARP scheme itself complies with s. 8.

[75] While I agree with the Chief Justice that the administrative nature of the scheme justifies the administrative nature of the review, this does not, in my view, resolve the issue of whether the scope of such review is adequate in the circumstances. I agree with the chambers judge's conclusion that the

entre l'analyse effectuée au moyen d'un ADA et la suspension imposée lors d'un contrôle routier et de l'immédiateté des sanctions qui s'ensuivent. La possibilité pour le conducteur de contester l'exactitude du résultat de l'ADA est donc essentielle au caractère raisonnable du RIAC.

[73] Il est admis que le RIAC permet à un conducteur de demander au Surintendant la révision d'une interdiction de conduire et que la décision du Surintendant est susceptible de contrôle judiciaire. Toutefois, la procédure de contrôle des suspensions imposées en application du RIAC permet seulement au Surintendant de trancher deux questions : le demandeur était-il un « conducteur » et l'ADA a-t-il affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou le demandeur a-t-il refusé de fournir un échantillon? Si les deux conditions sont remplies, le Surintendant est tenu de confirmer la suspension : par. 215.5(1). Le juge en chambre a conclu qu'en [TRADUCTION] « raison de la portée limitée de l'examen, le conducteur dont l'alcoolémie n'est pas supérieure à 0,08 ou à 0,05 au moment de l'interdiction ne peut tout de même pas contester la suspension sur la base de l'appareil de détection » : par. 305.

[74] La Juge en chef évoque la possibilité que le Surintendant connaisse des contestations, fondées sur l'art. 8 de la *Charte*, du caractère raisonnable de la manière dont une fouille, une perquisition ou une saisie a été effectuée. Il ne faut pas voir les présents motifs comme l'expression d'une opinion sur ce point. Toutefois, la présente affaire ne porte pas sur le caractère raisonnable du comportement d'un policier qui fait une saisie en particulier. Elle porte sur une question plus fondamentale : la loi qui autorise la saisie est-elle en soi raisonnable? La possibilité pour un conducteur de contester la manière dont une saisie en particulier a été opérée ne règle pas la question de savoir si le RIAC lui-même est conforme à l'art. 8.

[75] Bien que je partage l'avis de la Juge en chef selon lequel la nature administrative du régime justifie la nature administrative du contrôle, j'estime que la question de savoir si la portée d'un tel contrôle est suffisante dans les circonstances n'est pas réglée pour autant. Je souscris à la conclusion

absence of meaningful review of the accuracy of the result of the seizure, in light of the unreliability of the test, raises concerns about the reasonableness of the ARP scheme. Absent such review, a driver could find herself facing serious administrative sanctions without the precondition for the sanctions being met, and without any mechanism for redress.

(4) Conclusion on Section 8

[76] The chambers judge found that the serious consequences of a driver registering a "fail", combined with an inability to challenge the basis on which these consequences are imposed, rendered the ARP scheme unreasonable. I agree.

[77] The ARP scheme as enacted in 2010 depends entirely on the results from a test conducted using an ASD, a device known to produce false positives where mouth alcohol is present. Despite this defect regarding ASD reliability, the scheme provides no meaningful opportunity to challenge a licence suspension issued under this scheme on the basis that the result is unreliable. In the particular circumstances of these appeals, in which a "fail" result automatically triggers serious consequences for a driver without the possibility of review, the scheme fails to provide adequate safeguards. Thus, despite the pressing objective and minimal intrusiveness of the seizure, the ARP scheme fails to strike a reasonable balance between the interests of the state against those of individual motorists, and infringes drivers' s. 8 rights.

[78] I need not determine whether the same result follows where the "warn" scheme is concerned. The chambers judge's finding of the s. 8 breach related only to the "fail" branch. In some aspects, he drew a distinction between the two branches. There was no cross-appeal in the Court of Appeal or before us regarding his finding that the "warn" branch of the regime did not infringe s. 8 of the *Charter*. As a result, it is not properly before us. In these circumstances, I

du juge en chambre que l'absence d'un contrôle valable de l'exactitude du résultat de la saisie, vu la non-fiabilité du test, suscite des doutes concernant le caractère raisonnable du RIAC. En l'absence d'un tel contrôle, le conducteur pourrait se voir imposer de graves sanctions administratives sans que les conditions préalables à l'imposition des sanctions ne soient réunies et sans qu'il ne puisse bénéficier d'un mécanisme pour obtenir réparation.

(4) Conclusion sur l'art. 8

[76] Le juge en chambre a conclu que les graves conséquences subies par le conducteur qui échoue au test, conjuguées à l'impossibilité pour lui de contester le motif pour lequel ces conséquences sont imposées, rendent le RIAC abusif. Je suis du même avis.

[77] Le RIAC mis en place en 2010 dépend entièrement des résultats d'un test administré à l'aide d'un ADA, un appareil reconnu pour donner de faux résultats positifs lorsqu'il y a de l'alcool dans la bouche de l'intéressé. Malgré ce vice entachant la fiabilité de l'ADA, le régime ne permet pas réellement de contester la suspension d'un permis imposée en application de ses dispositions au motif que le résultat n'est pas fiable. Dans les circonstances particulières des présents pourvois, où un « échec » entraîne automatiquement de graves conséquences pour un conducteur sans possibilité de contrôle, le régime ne prévoit pas de mesures de protection adéquates. Ainsi, malgré l'objectif urgent et l'atteinte minimale portée par la saisie, le RIAC n'établit pas un équilibre raisonnable entre les intérêts de l'État et ceux des automobilistes et porte atteinte aux droits garantis aux conducteurs par l'art. 8.

[78] Je n'ai pas à décider si le volet « avertissement » du régime mène au même résultat. La conclusion du juge en chambre que l'art. 8 a été violé intéressait uniquement le volet « échec ». À certains égards, il a établi une distinction entre les deux volets. Aucun appel incident n'a été formé devant la Cour d'appel ou la Cour contre sa conclusion selon laquelle le volet « avertissement » du régime ne contrevenait pas à l'art. 8 de la *Charte*.

prefer not to address the issue. I note that to the extent that the legislative amendments addressed both the "warn" and "fail" aspects of the programme, this issue is moot.

D. *Is the Seizure in the ARP Scheme Saved Under Section 1?*

[79] The Province bears the burden of justifying the violation of s. 8 under s. 1 of the *Charter*. To do so, it must demonstrate, on a balance of probabilities, that the ARP scheme has a pressing and substantial objective and that the means chosen to achieve that objective are proportionate. The proportionality test comprises three inquiries: (1) whether the means adopted are rationally connected to the objective, (2) whether the law is minimally impairing of the violated right, and (3) whether the deleterious and salutary effects of the law are proportionate to each other; see *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 111; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[80] I agree with the chambers judge that the objective of the scheme is "to remove impaired drivers from the highway and keep them off the highway": para. 357. The parties do not dispute that this objective is pressing and substantial.

[81] Further, I agree with the chambers judge that the automatic prohibitions from driving based on roadside screening are rationally connected to the "objective of reducing death and injury caused by impaired driving": para. 360.

[82] At the second stage of the proportionality test, the Province must establish that the ARP scheme minimally impairs the s. 8 right in pursuit of its objective. This inquiry does not require the government to adopt the least impairing measure, but rather one "that falls within a range of reasonable alternatives": *Mounted Police Association of*

Par conséquent, nous ne sommes pas régulièrement saisis de cette conclusion. Dans les circonstances, je préfère ne pas me prononcer sur ce point. Je signale que, dans la mesure où les modifications législatives traitaient à la fois de l'aspect « avertissement » et de l'aspect « échec » du programme, cette question est théorique.

D. *L'article premier sauvegarde-t-il la saisie prévue par le RIAC?*

[79] Il incombe à la Province de justifier la violation de l'art. 8 en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour ce faire, elle doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le RIAC a un objectif urgent et réel et que les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont proportionnels. Le critère de proportionnalité comporte trois questions : (1) existe-t-il un lien rationnel entre les moyens choisis et l'objectif; (2) la loi porte-t-elle atteinte de façon minimale au droit violé; (3) les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi sont-ils proportionnels entre eux; voir *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 111; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

[80] Je conviens avec le juge en chambre que l'objectif du régime est [TRADUCTION] « de chasser des routes les conducteurs aux facultés affaiblies et de les empêcher de conduire à nouveau » : par. 357. Les parties s'entendent pour dire que cet objectif est urgent et réel.

[81] En outre, je partage l'avis du juge en chambre qu'il existe un lien rationnel entre les interdictions automatiques de conduire fondées sur une analyse faite lors d'un contrôle routier et [TRADUCTION] « l'objectif de réduire les décès et les blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies » : par. 360.

[82] À la deuxième étape du critère de proportionnalité, la Province doit établir que le RIAC porte atteinte de façon minimale au droit garanti par l'art. 8 dans la poursuite de son objectif. À cette étape, le gouvernement n'est pas tenu d'adopter la mesure la moins attentatoire possible, mais celle qu'il choisit doit « se situer à l'intérieur d'une

Ontario v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 149.

[83] I recognize the Province's concern that certain alternatives requiring police to take drivers back to the police station would be more intrusive on the privacy interests of drivers and would reduce the time that the police could spend conducting roadside screenings. However, as the chambers judge noted, "it is possible to allow for a more meaningful review to be put in place without in any material way affecting the government's objective of removing impaired drivers promptly and effectively from the road": para. 319.

[84] Indeed, subsequent amendments to the ARP scheme enhancing the scope for review of roadside screenings and prohibitions demonstrate that such measures can feasibly be put into place without undermining the Province's objective. The 2012 amendments empower the Superintendent, on review, to determine the weight to be given to any evidence, including any information or document not sworn: *MVA*, s. 215.49(4). Most significantly, the amendments also require the Superintendent to be satisfied that the driver was advised of the right to request a second analysis, that the second analysis was performed with a different ASD, that the prohibition was issued on the basis of the lower of the two results, and that the result of the ASD analysis was reliable: *MVA*, ss. 215.42(1), 215.5(1)(a)(i), (ii) and (iv).

[85] The constitutionality of the amended ARP scheme is not before this Court. However, the enhanced review measures in the amended scheme speak to the less-impairing legislative options available to the Province. In the circumstances, I agree with the chambers judge that the ARP scheme as it existed "does not minimally impair the right of a driver to be free of unreasonable search and seizure":

gamme de mesures alternatives raisonnables » : *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 149.

[83] Je prends acte de la crainte de la Province que certaines solutions de rechange obligeant la police à ramener les conducteurs au poste de police portent davantage atteinte au droit des conducteurs à la vie privée et réduisent le temps que la police pourrait passer à effectuer des analyses lors de contrôles routiers. Toutefois, comme l'a signalé le juge en chambre, [TRADUCTION] « il est possible de permettre la mise en place d'un mécanisme de contrôle plus rigoureux sans nuire sensiblement de quelque façon que ce soit à l'objectif du gouvernement de chasser rapidement et efficacement des routes les conducteurs aux facultés affaiblies » : par. 319.

[84] En effet, les modifications apportées subséquemment au RIAC pour élargir le contrôle des analyses et des interdictions survenues à l'occasion de contrôles routiers démontrent que de telles mesures peuvent facilement être mises en place sans nuire à l'objectif de la Province. Les modifications de 2012 habilitent le Surintendant, dans le cadre d'un contrôle, à décider du poids à accorder à tout élément de preuve, y compris à tout renseignement ou document non fait sous serment : *MVA*, par. 215.49(4). Mais surtout, les modifications exigent également du Surintendant qu'il soit convaincu que le conducteur a été avisé de son droit de demander une deuxième analyse, que la deuxième analyse a été effectuée au moyen d'un autre ADA, que l'interdiction a été prononcée sur la base du plus faible résultat des deux analyses et que le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA était fiable : *MVA*, par. 215.42(1) et sous-al. 215.5(1)a)(i), (ii) et (iv).

[85] La constitutionnalité du RIAC modifié n'est pas en cause devant la Cour. Cependant, les mesures de contrôle renforcées dans le régime modifié concernent les solutions législatives les moins attentatoires qui s'offrent à la Province. Dans les circonstances, je conviens avec le juge en chambre que le RIAC en vigueur à l'époque [TRADUCTION] « ne port[ait] pas atteinte de façon minimale au droit

para. 379 (emphasis deleted). I conclude that the former "fail" branch of the ARP scheme is not saved under s. 1.

VI. Disposition

[86] I would dismiss the motion to strike. The published articles fall within the scope of "articles and texts" permitted in books of authorities filed with this Court: *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, rr. 2 "authorities" and 36(2)(*a*)(i); see also *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 774-77.

[87] I would dismiss both the Goodwin appeal and the Province appeal and uphold the chambers judge's declaration that the "fail" provisions of the ARP scheme infringe s. 8 of the *Charter* and are not saved by s. 1.

VII. Costs

[88] In the Province appeal, the respondents are the successful parties and are entitled to their costs throughout.

[89] In the Goodwin appeal, Mr. Goodwin seeks costs below and costs of this appeal, even if unsuccessful. He argues that this is justified by the public interest of this constitutional litigation. The Province does not seek costs, and asks that none be awarded against it.

[90] Unsuccessful litigants may be awarded costs in highly exceptional cases involving matters of public importance: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 30; see also *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 166. It is not enough that a matter be of public interest or importance; to warrant costs in any event of the cause, the case

du conducteur d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives » : par. 379 (soulignement omis). Je conclus que l'ancien volet « échec » du RIAC n'est pas sauvegardé par l'article premier.

VI. Dispositif

[86] Je suis d'avis de rejeter la requête en radiation. Les articles publiés font partie des « textes doctrinaux » autorisés dans les recueils de sources présentés à la Cour : *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 2 « sources », sous-al. 36(2)*a*)(i); voir également l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 774-777.

[87] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. Goodwin ainsi que celui de la Province et de confirmer le jugement dans lequel le juge en chambre déclare que les dispositions du RIAC relatives au volet « échec » portent atteinte à l'art. 8 de la *Charte* et ne sont pas sauvegardées par l'article premier.

VII. Dépens

[88] Dans le pourvoi de la Province, les intimés sont les parties ayant gain de cause et ont droit à leurs dépens devant toutes les cours.

[89] Dans le pourvoi de M. Goodwin, ce dernier sollicite les dépens devant les tribunaux d'instance inférieure et les dépens relatifs à son pourvoi, même s'il est débouté. Il dit avoir droit à ses dépens parce que le présent litige constitutionnel est d'intérêt public. La Province ne réclame aucuns dépens et demande de ne pas être condamnée aux dépens.

[90] Les parties déboutées peuvent obtenir les dépens dans des affaires vraiment exceptionnelles mettant en cause des questions d'importance pour le public : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 30; voir aussi *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 166. Il ne suffit pas qu'une question soit d'intérêt public ou d'importance pour

must be "highly exceptional". In my view, this case is not highly exceptional. Accordingly, there will be no costs order on the Goodwin appeal.

The following are the reasons delivered by

[91] THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — I have read the reasons of Justice Karakatsanis. While I agree with much of them, I take a different view on the issue of whether the province's roadside suspension scheme violates the constitutional requirement that searches and seizures be reasonable. In my view it does not.

[92] I will suggest that it is not sufficient under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to simply balance the competing state and private interests; rather, the courts should examine three requirements for a reasonable search or seizure: (1) a state objective capable of overriding individual private interests, (2) restraint of the incursion on the private interest to what is reasonably necessary to achieve the object, and (3) the availability of judicial supervision.

Whether Section 8 of the *Charter* Applies

[93] A preliminary issue is whether the scheme, which does not itself authorize a seizure of breath, is subject to s. 8 of the *Charter*. The provincial scheme relies on the *Criminal Code* provisions that allow a police officer to compel a driver to give a sample of his breath: R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(2). This is clearly a seizure of a bodily substance, which means that it must not be "unreasonable" under s. 8 of the *Charter*. The argument that the seizure is authorized by the *Criminal Code*, and that therefore there is no seizure under the provincial scheme, is artificial. The fact is that the police officer in cases such as this is seizing the breath for purposes of the provincial scheme: the *Criminal Code* authorization is expressly contemplated

le public; pour justifier l'octroi de dépens quelle que soit l'issue de la cause, l'affaire doit être « vraiment exceptionnelle ». À mon sens, la présente affaire ne l'est pas. Par conséquent, aucuns dépens ne seront adjugés relativement au pourvoi de M. Goodwin.

Version française des motifs rendus par

[91] LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie) — J'ai pris connaissance des motifs de la juge Karakatsanis. Bien que je souscrive à eux dans une large mesure, je diverge d'opinion sur le point de savoir si le régime provincial de suspension imposée lors d'un contrôle routier enfreint l'exigence constitutionnelle que les fouilles, perquisitions et saisies ne soient pas abusives. À mon avis, le régime n'enfreint pas cette exigence.

[92] J'estime que, selon l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il ne suffit pas de simplement mettre en balance les intérêts de l'État et les intérêts privés opposés; les tribunaux doivent plutôt examiner trois conditions d'une fouille, perquisition ou saisie raisonnable : (1) un objectif de l'État susceptible de l'emporter sur les intérêts privés d'une personne; (2) l'atteinte à l'intérêt privé ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif; (3) la possibilité de recourir à la surveillance judiciaire.

L'article 8 de la *Charte* s'applique-t-il?

[93] La question préliminaire est de savoir si le régime, qui n'autorise pas lui-même la saisie d'un échantillon d'haleine, est visé par l'art. 8 de la *Charte*. Le régime provincial s'en remet aux dispositions du *Code criminel* qui permettent à un policier de contraindre un conducteur à donner un échantillon d'haleine : L.R.C. 1985, c. C-46, par. 254(2). Il s'agit là clairement de la saisie d'un échantillon d'une substance corporelle, ce qui signifie qu'elle ne doit pas être « abusive » au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il est factice de plaider que la saisie est autorisée par le *Code criminel* et que le régime provincial n'en prévoit donc aucune. Le fait est que, dans des cas comme celui en l'espèce, le policier saisit un échantillon d'haleine pour l'application du régime

by that provincial scheme. The seizure is the plank upon which the whole provincial scheme rests. The seizure, although authorized by a different enactment, is part and parcel of the provincial scheme.

Is the Seizure Reasonable?

[94] This brings us to the main question: Is the seizure under the provincial scheme "reasonable" and hence compliant with s. 8 of the *Charter*, which protects individuals against unreasonable search and seizure?

[95] The purpose and effect of s. 8 is to protect individuals against unreasonable state incursions into their private life. The common law has for centuries protected privacy. The protection that began as security against trespass (Lord Coke's dictum, "A man's home is his castle": see *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 22; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 426-29) has been elaborated under s. 8 to encompass three dimensions of privacy: personal, informational and territorial (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 35; *Tessling*, at paras. 20-24).

[96] As with other *Charter* interests such as expression and liberty, the privacy interest is essentially about the fundamental tension in a constitutional democracy between the individual and the state: *Dyment*, at pp. 427-29. Generally speaking, the state may intrude on the privacy interest of the individual if authorized by a reasonable law and executed in a reasonable manner. This will be the case where: (1) the state has an important purpose grounded in the broader public interest for doing the search and/or seizure, (2) the intrusion goes no further than reasonably necessary to achieve the state purpose, and (3) the intrusion is subject to judicial supervision to guard against abusive state action.

provincial : l'autorisation du *Code criminel* est expressément évoquée par ce régime provincial. La saisie est la base sur laquelle repose tout le régime provincial. Bien qu'elle soit autorisée par un autre texte de loi, la saisie fait partie intégrante de ce régime.

La saisie est-elle raisonnable?

[94] Cela nous amène à la question principale : la saisie prévue par le régime provincial est-elle « raisonnable » et de ce fait conforme à l'art. 8 de la *Charte*, qui protège l'individu contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives?

[95] L'article 8 a pour objet et pour effet de protéger l'individu contre les atteintes abusives de l'État à sa vie privée. La common law protège la vie privée depuis des siècles. Cette protection, qui visait au départ la violation de domicile (le dicton de lord Coke « La maison de chacun est son château » : voir *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 22; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 157-158; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426-429), a été transformée sous l'égide de l'art. 8 de façon à englober trois dimensions de la vie privée : la personne, l'information et les lieux (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 35; *Tessling*, par. 20-24).

[96] À l'instar des autres droits garantis par la *Charte* comme l'expression et la liberté, le droit à la vie privée concerne essentiellement la tension fondamentale présente dans une démocratie constitutionnelle entre l'individu et l'État : *Dyment*, p. 427-429. En général, l'État peut porter atteinte au droit de l'individu à la vie privée si cette atteinte est autorisée par une loi raisonnable et portée de manière raisonnable. Ce sera le cas lorsque : (1) l'État procède à la fouille, à la perquisition ou à la saisie pour réaliser un objectif important qui se fonde sur l'intérêt public général; (2) l'atteinte ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État; (3) l'atteinte est soumise à la surveillance judiciaire pour empêcher que l'État se livre à des abus.

[97] The first requirement is that the state purpose be important enough to override the individual privacy interests at stake. This requirement explains why as a general rule a search or seizure requires reasonable grounds to believe the item sought will be found: without such grounds, the state purpose does not justify the intrusion upon the protected sphere of the individual. In some circumstances however — notably roadside breath tests to combat drunk driving — the importance of the state purpose and the difficulty of achieving it may justify a search or seizure even in the absence of reasonable grounds.

[98] The second requirement — that the intrusion on the private interest go no further than reasonably necessary to achieve the state object — confines the intrusion to what is justified by the circumstances. These circumstances notably include the nature of the regime, and this Court has recognized that if the purpose of a scheme is regulatory and not criminal, it may be subject to less stringent standards: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, per Wilson J.; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, per Sopinka and Iacobucci JJ.; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757.

[99] The third requirement, the availability of judicial review, insists on a mechanism to ensure that searches and seizures conform to the rule of law and protect against abuse of those powers by the state. The common law has long insisted on judicial supervision of state intrusions into the private sphere. This concern explains the general requirement of prior judicial authorization for a criminal search, failing which the search is *prima facie* unreasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 277-78; *Hunter v. Southam Inc.*, at p. 161. It also explains the requirement that in some circumstances the authorities must keep detailed notes as to what was searched and why: *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at paras. 4 and 82; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 70; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 101. Where searches without warrant are permitted, it is especially important

[97] Selon la première condition, l'objectif de l'État doit être suffisamment important pour primer les droits de l'individu à la vie privée en jeu. C'est pourquoi il faut, en règle générale, avoir des motifs raisonnables de croire que l'on trouvera l'objet recherché pour pouvoir effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie : à défaut de ces motifs, l'objectif de l'État ne justifie pas l'intrusion dans la sphère privée de l'individu. Toutefois, dans certaines situations — notamment les alcootests administrés lors de contrôles routiers pour lutter contre la conduite en état d'ébriété — l'importance de l'objectif de l'État et la difficulté de l'atteindre justifient parfois une fouille, une perquisition ou une saisie malgré l'absence de motifs raisonnables.

[98] La deuxième condition — l'atteinte au droit à la vie privée ne doit pas aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État — limite l'atteinte à ce qui est justifié dans les circonstances, qui comprennent notamment la nature du régime. La Cour a reconnu que le régime dont l'objet est de nature réglementaire et non criminelle peut être assujetti à des normes moins rigoureuses : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la juge Wilson; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, les juges Sopinka et Iacobucci; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757.

[99] La troisième condition, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire, exige la présence d'un mécanisme garantissant que les fouilles, perquisitions et saisies soient conformes à la règle de droit et empêchent que l'État abuse de ces pouvoirs. La common law insiste depuis longtemps sur la surveillance judiciaire des intrusions de l'État dans la sphère privée. C'est en raison de ce souci qu'il faut généralement obtenir une autorisation judiciaire préalable pour une fouille ou perquisition de nature criminelle, à défaut de quoi la fouille ou perquisition est à première vue abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277-278; *Hunter c. Southam Inc.*, p. 161. Ce souci explique également le fait que, dans certains cas, les autorités doivent conserver des notes détaillées de ce qu'elles ont fouillé et des raisons pour le faire : *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 4 et 82; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 70; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83,

that they be subject to scrutiny on judicial review: *Fearon*, at paras. 82 and 87.

[100] While different cases have formulated the test in different ways, at heart, the three requirements just discussed — important state purpose, restraint of the intrusion to what is reasonably necessary, and the availability of judicial review — determine whether a search is reasonable under s. 8 of the *Charter*.

[101] It is sometimes said that whether a search or seizure is reasonable is determined by asking whether the state action represents an appropriate balance between the state purpose (the first requirement) and the individual's privacy interest: see for example *Tessling*, at paras. 17-18. The balancing metaphor is best understood as a gloss on the requirements for reasonable search or seizure under s. 8. Without suggesting that balancing necessarily produces the wrong result, to view the s. 8 analysis simply as a matter of balancing the state interest against the individual's privacy interest may fail to capture what is required to establish that a search or seizure is reasonable.

[102] One concern is that a balancing approach may suggest that if the state's purpose is sufficiently compelling, it may dispense with restraint and procedures that permit judicial review. In my view this cannot be so. Even where the state purpose (as in this case) is of great importance, the state must not intrude upon the individual's protected sphere more than reasonably justified by that purpose, nor do so in a way that lacks appropriate safeguards capable of judicial review. Once again, what constitutes appropriate judicial supervision may vary with the nature of the scheme and other circumstances. In some circumstances warrants are not required. And an administrative appeal mechanism, subject to judicial review, may suffice for regulatory regimes: see, e.g., *McKinlay Transport Ltd.* and *Branch*.

[2001] 3 R.C.S. 679, par. 101. Lorsque des fouilles sans mandat sont autorisées, il est particulièrement important qu'elles fassent l'objet d'un examen à l'étape du contrôle judiciaire : *Fearon*, par. 82 et 87.

[100] Bien que le critère ait été énoncé de différentes manières dans la jurisprudence, au fond, les trois conditions que je viens d'exposer — un objectif important de l'État, une atteinte qui se limite à ce qui est raisonnablement nécessaire et la possibilité de recourir au contrôle judiciaire — établissent si une fouille ou perquisition est raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte.*

[101] On dit parfois que, pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, on se demande si l'acte de l'État représente un juste équilibre entre l'objectif de l'État (la première condition) et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée : voir, par exemple, *Tessling*, par. 17-18. Il faut voir la métaphore de la mise en balance comme une interprétation élargie des conditions d'une fouille, perquisition ou saisie raisonnable au sens de l'art. 8. Sans prétendre que la mise en balance donne forcément le mauvais résultat, considérer l'analyse fondée sur l'art. 8 comme une simple mise en balance de l'intérêt de l'État et du droit de l'individu à la vie privée ne permet pas toujours de prendre en compte ce qu'il faut pour établir qu'une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable.

[102] Un problème est que la mise en balance peut laisser croire que, si l'objectif de l'État est suffisamment impérieux, il permet de passer outre à la retenue et aux procédures qui ouvrent la voie au contrôle judiciaire. À mon avis, ce ne saurait être le cas. Même lorsque l'objectif de l'État (comme en l'espèce) revêt une grande importance, l'État ne doit pas empiéter dans la sphère protégée de l'individu davantage que ne le justifie raisonnablement cet objectif, ni le faire en l'absence de garanties appropriées susceptibles de donner lieu à un contrôle judiciaire. Je le répète, ce qui constitue une surveillance judiciaire adéquate peut varier selon la nature du régime et d'autres facteurs. Il n'est parfois pas nécessaire d'obtenir un mandat. Et un mécanisme d'appel administratif soumis au contrôle judiciaire peut suffire dans le cas des régimes réglementaires : voir, p. ex., *McKinlay Transport Ltd.* et *Branch.*

[103] Another concern with the balancing approach is that it may focus unduly on the seriousness of the intrusion of the search or seizure on the individual's privacy interest, conceived in terms of how "secret" or closeted the thing searched for or seized is. As a result, search and seizure of something that is not secret may be more easily justified, on the ground that the "privacy" expectation is low and so the state intrusion is minimal. The privacy interest should not be understood in the narrow sense of secrecy or what is unknown to others. It should rather be understood in the sense of what falls within the private sphere of the individual within which the individual reasonably expects to be free from state intrusion absent a higher state purpose and legal safeguards: see, e.g., *Dyment*, at pp. 427-29 and 431-35. As already mentioned, this private sphere has three dimensions: personal, informational (including anonymity, see *Spencer*, at paras. 35 and 38), and territorial.

[104] In this case, the claimants attack the law that authorizes the search and seizure as constitutionally unreasonable within the meaning of s. 8. I cannot agree.

[105] In my view, all three requirements of a reasonable search and seizure are met in this case. The state's purpose — to prevent death and serious injury on the highway from impaired driving — is important and capable of justifying intrusion into the private sphere of the individual's bodily substances. At this stage, the biggest challenge to the state is that the scheme takes breath samples without reasonable grounds or even suspicion to believe the driver is impaired to the point of affecting driving. However, the Province has produced compelling evidence that requiring such grounds would subvert the goal of preventing death and injury caused by impaired driving, and that routine tests are required to achieve the administrative scheme's purpose.

[103] La mise en balance pose un autre problème : elle risque de mettre indûment l'accent sur la gravité de l'atteinte par la fouille, perquisition ou saisie au droit de l'individu à la vie privée, vue sous l'angle de la mesure dans laquelle la chose recherchée ou saisie est « secrète » ou cachée. En conséquence, il peut être plus facile de justifier la fouille et la saisie de quelque chose qui n'est pas secret au motif que l'attente en matière de « vie privée » est faible et que l'atteinte de l'État est de ce fait minimale. Le droit à la vie privée ne doit pas s'entendre au sens strict du secret ou de ce qu'autrui ignore. Il doit plutôt s'entendre au sens de ce qui appartient à la sphère privée de l'individu dans laquelle ce dernier s'attend raisonnablement à être à l'abri de l'intrusion de l'État en l'absence d'un objectif supérieur de celui-ci et de garanties juridiques : voir, p. ex., *Dyment*, p. 427-429 et 431-435. Comme je l'ai déjà mentionné, cette sphère privée comporte trois dimensions : la personne, l'information (y compris l'anonymat, voir *Spencer*, par. 35 et 38) et les lieux.

[104] En l'espèce, les demandeurs attaquent la loi qui autorise la fouille, la perquisition et la saisie en la qualifiant d'abusive sur le plan constitutionnel au sens de l'art. 8. Je ne saurais être d'accord.

[105] J'estime que les trois conditions d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie raisonnable sont toutes réunies en l'espèce. L'objectif de l'État — prévenir les décès et les blessures graves imputables à la conduite avec facultés affaiblies — est important et susceptible de justifier l'intrusion dans la sphère privée des substances corporelles de l'individu. À ce stade, le plus grand défi auquel fait face l'État est que le régime permet aux policiers de prélever des échantillons d'haleine sans avoir des motifs raisonnables de croire ou même soupçonner que les facultés du conducteur sont affaiblies au point de nuire à sa conduite. La Province a toutefois produit une preuve convaincante selon laquelle le fait d'exiger la présence de tels motifs contrecarrerait l'objectif de prévenir les décès et les blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies, et les tests de routine sont nécessaires pour atteindre l'objectif du régime administratif.

[106] The second requirement is also met. The seizure does not go further than reasonably necessary to achieve the state's purpose. In *McKinlay Transport Ltd.*, the Court, per Wilson J., held that compelled production of records was minimally intrusive of privacy rights because the securities regime at issue was regulatory, not criminal, and because the securities sector was highly regulated, reducing the expectation of privacy of the individual engaged in it. The same may be said here. The regime is regulatory and not criminal. And the activity of driving on highways is highly regulated and common in road enforcement. Moreover, obtaining a roadside breath sample is less intrusive than alternatives, such as compelling a driver to provide a breath sample at a police station or taking a blood sample.

[107] The third element presents the greatest difficulty. The question is whether judicial supervision is available. It is argued that the review is inadequate because the scheme does not provide the *Criminal Code* protections to ensure readings are accurate — namely a subsequent test with a more accurate device at the police station — and that it may be difficult for an individual to contest an inaccurate reading by the roadside testing device. However, the driver can request a second test on a different device at the roadside: *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, s. 215.42(1) and (2). The driver may apply to have a suspension reviewed by the Superintendent of Motor Vehicles and present statements and evidence in support of her application: *ibid.*, s. 215.48 and 215.49. The Superintendent's decision is subject to judicial supervision by way of judicial review. Furthermore, despite a failed test, if the officer lacks reasonable grounds to believe the driver is impaired, he does not impose sanctions: *ibid.*, s. 215.41(3). This could be the case, for example, if he doubts the accuracy, reliability or functioning of the device or any other aspect of the analysis process: *Wilson v. British Columbia (Superintendent*

[106] La deuxième condition est également réunie. La saisie ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État. Dans *McKinlay Transport Ltd.*, la Cour, par l'entremise de la juge Wilson, a jugé que la production obligatoire de documents portait atteinte de façon minimale aux droits à la vie privée parce que le régime de réglementation des valeurs mobilières en cause était de nature réglementaire plutôt que criminelle et que ce secteur était fortement réglementé, ce qui a pour effet de réduire l'attente en matière de vie privée de la personne qui y œuvre. On peut dire la même chose en l'espèce. Le régime est de nature réglementaire, non criminelle. De plus, la conduite sur les routes est fortement réglementée et occupe une grande place dans l'application des règles de sécurité routière. Qui plus est, l'obtention d'un échantillon d'haleine lors d'un contrôle routier est moins envahissante que les solutions de rechange, telles que contraindre un conducteur à fournir un échantillon d'haleine au poste de police ou prélever un échantillon de sang.

[107] Le troisième élément est le plus problématique. La question est de savoir s'il est possible de recourir à la surveillance judiciaire. On soutient que le contrôle est inadéquat car le régime n'offre pas les garanties du *Code criminel* assurant l'exactitude des résultats — en l'occurrence un test subséquent administré au poste de police avec un appareil plus précis — et il peut être difficile pour une personne de contester un résultat inexact enregistré par l'alcootest. Le conducteur peut cependant demander qu'un deuxième test soit effectué à l'aide d'un autre appareil lors du contrôle routier : *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, par. 215.42(1) et (2). Il peut aussi demander que le Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») révise une suspension et présenter des déclarations et autres éléments de preuve à l'appui de sa demande : *ibid.*, art. 215.48 et 215.49. La décision du Surintendant peut être soumise à la surveillance des tribunaux par voie de contrôle judiciaire. En outre, si, malgré l'échec au test, le policier n'a pas de motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur sont affaiblies, il ne lui impose pas de sanction : *ibid.*, par. 215.41(3). Ce pourrait être le cas, par exemple,

of Motor Vehicles), 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300, at para. 29.

si le policier a des doutes au sujet de l'exactitude, de la fiabilité ou du fonctionnement de l'appareil ou de tout autre aspect du processus d'analyse : *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300, par. 29.

[108] Although the manner of the search was not challenged in this case, it of course is also subject to constitutional scrutiny. At the review stage, the driver can challenge the reasonableness of the search under s. 8 and the Superintendent can, if warranted, exclude the evidence under s. 24(2): see *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765.

[108] Bien que la manière de procéder à la fouille n'ait pas été contestée en l'espèce, elle est évidemment sujette à un examen de sa constitutionnalité. Au stade du contrôle, le conducteur peut remettre en question le caractère raisonnable de la fouille en vertu de l'art. 8 et il est loisible au Surintendant d'écarter la preuve au titre du par. 24(2) dans les cas où cela est justifié : voir *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765.

[109] In the end, the differences between the provisions for judicial review under the *Criminal Code* on the one hand, and the provincial roadside suspension scheme here at issue, reflect the fact that the *Criminal Code* provisions are penal, while the roadside suspension provisions are regulatory. The administrative nature of the scheme and the nature of the driver's interests at play justify the administrative nature of the review, as do the less stringent provisions to ensure accuracy of the sample. (If sanctions under an administrative scheme were more severe, for example if the deprivation itself engaged a *Charter* right, more direct judicial supervision may be required under s. 8. However, that is not before us.) The ultimate question is whether the review provisions of the roadside suspension scheme offer reasonable protection against abusive exercise of the state power to intrude on the individual's private sphere, having regard to the nature of the scheme and the privacy interests at stake. In my view, the answer to this question is yes.

[109] Au bout du compte, les différences entre les dispositions du *Code criminel* relatives au contrôle judiciaire et le régime provincial de suspension imposée lors d'un contrôle routier en litige dans la présente affaire traduisent le fait que les dispositions du *Code criminel* sont de nature pénale, tandis que celles sur la suspension imposée lors d'un contrôle routier sont de nature réglementaire. Le caractère administratif du régime ainsi que la nature des droits du conducteur en jeu justifient la nature administrative du contrôle, tout comme les dispositions moins strictes visant à assurer l'exactitude de l'échantillon. (Si les sanctions prévues par un régime administratif étaient plus sévères, par exemple si l'atteinte elle-même faisait intervenir un droit garanti par la *Charte*, l'art. 8 pourrait exiger une surveillance judiciaire plus directe. Nous ne sommes toutefois pas en présence d'une telle situation.) La question fondamentale est de savoir si les dispositions du régime de suspension en matière de révision offrent une protection raisonnable contre l'exercice abusif du pouvoir de l'État d'empiéter dans la sphère privée de l'individu, eu égard à la nature du régime et aux droits à la vie privée en jeu. J'estime qu'il faut y répondre par l'affirmative.

[110] I would therefore allow the appeal of the British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia.

[110] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de la Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et du procureur général de cette province.

Appeals dismissed, McLachlin C.J. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant/respondent Richard James Goodwin: Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitor for the appellants/respondents British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondents Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts and Carol Marion Beam: Gudmundseth Mickelson, Vancouver; Carr Buchan & Company, Victoria.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Dolgin, Marshman Law, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Insurance Bureau of Canada: Stikeman Elliott, Toronto and Ottawa.

Pourvois rejetés, la juge en chef McLachlin *est dissidente en partie.*

Procureurs de l'appelant/intimé Richard James Goodwin : Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureur des appelants/intimés Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs des intimés Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts et Carol Marion Beam : Gudmundseth Mickelson, Vancouver; Carr Buchan & Company, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Dolgin, Marshman Law, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada : Stikeman Elliott, Toronto et Ottawa.

Solicitors for the interveners the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) and the Criminal Defence Lawyers Association (Calgary): Gunn Law Group, Edmonton; Savage Oykhman, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Greenspan Partners, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Solicitor for the intervener the Alberta Registrar of Motor Vehicle Services: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Mothers Against Drunk Driving Canada: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Victoria; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) et Criminal Defence Lawyers Association (Calgary) : Gunn Law Group, Edmonton; Savage Oykhman, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Greenspan Partners, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l'intervenant Alberta Registrar of Motor Vehicle Services : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Victoria; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Lee Michael Wilson *Appellant*

v.

Superintendent of Motor Vehicles and Attorney General of British Columbia *Respondents*

Indexed as: Wilson *v.* British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)

2015 SCC 47

File No.: 35959.

2015: May 19; 2015: October 16.

Present: McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

To address the problem of impaired driving, British Columbia has instituted a regime in the *Motor Vehicle Act* ("*MVA*") known as the automatic roadside driving prohibition scheme ("ARP"). Approved screening devices ("ASD") are used to collect roadside breath samples. Under s. 215.41(3.1) of the *MVA*, when a driver registers a "Warn" or "Fail" on the ASD, a peace officer must issue a Notice of Driving Prohibition, provided that the officer "has reasonable grounds to believe, as a result of the

Lee Michael Wilson *Appelant*

c.

Superintendent of Motor Vehicles et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

Répertorié : Wilson *c.* Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)

2015 CSC 47

N° du greffe : 35959.

2015 : 19 mai; 2015 : 16 octobre.

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

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

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

Pour résoudre le problème de la conduite avec facultés affaiblies, la Colombie-Britannique a mis en place un régime créé par la *Motor Vehicle Act* (« *MVA* ») et connu sous le nom de régime d'interdiction automatique de conduire (« RIAC »). Des échantillons d'haleine sont prélevés lors de contrôles routiers au moyen d'un appareil de détection approuvé (« ADA »). Aux termes du par. 215.41(3.1) de la *MVA*, lorsque le conducteur obtient le résultat « Avertissement » ou « Échec » sur cet appareil,

analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol".

In 2012, W was stopped at a police road check. He provided two samples of his breath that registered a "Warn" reading. The peace officer served him with a Notice, prohibiting him from driving for a period of three days.

W applied to the Superintendent of Motor Vehicles for a review, seeking to have the Notice revoked. He argued that the ASD result alone could not provide the officer with the reasonable grounds required by s. 215.41(3.1) and that the officer was also required to point to other confirmatory evidence. The Superintendent rejected this argument. On judicial review, the Notice was set aside. The Court of Appeal concluded that the Superintendent's interpretation of s. 215.41(3.1) was reasonable and reinstated the Notice.

Held: The appeal should be dismissed.

W's case rests on the premise that s. 215.41(3.1) is ambiguous and that *Charter* values must be applied to resolve the ambiguity. This argument suffers from a fatal flaw — s. 215.41(3.1) is not ambiguous. Rather, when read in light of its text, context, and legislative objective, there is only one reasonable interpretation — the one arrived at by the Superintendent. *Charter* values may not be used to create ambiguity where none exists and have no role to play as an interpretive tool in this case.

The plain meaning of s. 215.41(3.1) explicitly links the officer's belief to the result of the ASD analysis. The wording could not be clearer. W's submission that the officer's belief must be based not only on the ASD result, but also on confirmatory evidence is not supported by the text of the provision. The officer must have an honest belief in the accuracy of the ASD result in order to have reasonable grounds to believe "as a result of the analysis" that the individual's ability to drive is affected by alcohol. This interpretation gives meaning to the words used in the statute without reading in words that would introduce a new dimension to the provision.

l'agent de la paix est tenu de lui signifier une interdiction immédiate de conduire s'il « a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool ».

En 2012, W a été arrêté par la police à un poste de contrôle routier. Il a fourni deux échantillons de son haleine qui ont donné le résultat « Avertissement ». L'agent de la paix lui a signifié un avis qui lui interdisait de conduire pendant une période de trois jours.

W a présenté une demande de réexamen au Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») en vue d'obtenir la révocation de l'avis. Il a fait valoir que le résultat de l'ADA ne pouvait, à lui seul, fournir à l'agent les motifs raisonnables exigés par le par. 215.41(3.1) et que l'agent devait également mentionner d'autres éléments de preuve corroborants. Le Surintendant a rejeté cet argument. Lors du contrôle judiciaire, l'avis a été annulé. La Cour d'appel a conclu que l'interprétation donnée par le Surintendant au par. 215.41(3.1) était raisonnable et elle a rétabli l'avis.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Le recours de W repose sur la prémisse voulant que le par. 215.41(3.1) soit ambigu et qu'il faille recourir aux valeurs consacrées par la *Charte* pour dissiper cette ambiguïté. Cet argument souffre d'un vice fatal : le par. 215.41(3.1) n'est pas ambigu. Lorsque cette disposition est interprétée à la lumière de son libellé, du contexte et de l'intention du législateur, on ne peut plutôt lui donner qu'une seule interprétation raisonnable — soit celle à laquelle en est venu le Surintendant. Les valeurs consacrées par la *Charte* ne sauraient servir à créer une ambiguïté alors qu'il n'en existe aucune et elles ne constituent pas un outil d'interprétation en l'espèce.

Le sens ordinaire du par. 215.41(3.1) établit explicitement un lien entre la croyance de l'agent et le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA. Le libellé ne saurait être plus clair. Selon W, la croyance de l'agent doit reposer non seulement sur le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA, mais aussi sur des éléments de preuve qui confirment ce résultat. Cette interprétation ne trouve pas appui dans le texte de la disposition. L'agent doit croire sincèrement en l'exactitude du résultat de l'ADA afin d'avoir des motifs raisonnables de croire, « en raison de l'analyse », que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool. Cette interprétation donne un sens aux mots utilisés dans la loi sans y introduire des termes qui lui apporteraient une dimension nouvelle.

The context of the statutory scheme also indicates that the Superintendent's interpretation is reasonable and consistent with the limited grounds for review of a peace officer's decision. Nothing suggests that the Superintendent may revoke a Notice if a peace officer does not point to other confirmatory evidence. Although the ARP regime is triggered by a roadside demand for a breath sample under s. 254 of the *Criminal Code*, it is an independent regime. It is not subsidiary to the *Code* and does not incorporate its protections. Rather, the ARP regime is regulatory legislation which balances individual liberties against the protection of the public, placing greater weight on the public good.

The Superintendent's decision is also consistent with the twin legislative objectives of increasing highway safety and deterring impaired driving. The ARP regime establishes a common standard for removing drivers from the road who pose an elevated risk to others. Allowing the police to rely on ASD test results is critical to the fulfilment of the legislative objectives.

Cases Cited

Applied: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; **referred to:** *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612; *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *R. v. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77;

Le caractère raisonnable de l'interprétation du Surintendant ressort également du contexte dans lequel s'inscrit le régime législatif en cause et cette interprétation se concilie avec les motifs limités qui autorisent le Surintendant à réexaminer la décision d'un agent de la paix. Rien n'indique que le Surintendant peut révoquer un avis si l'agent de la paix ne mentionne pas d'autres éléments de preuve corroborants. Même si l'application du RIAC est déclenchée lorsque le prélèvement d'un échantillon d'haleine est ordonné en vertu de l'art. 254 du *Code criminel*, il s'agit d'un régime indépendant. Il ne s'agit pas d'une mesure accessoire au *Code* et elle n'emporte pas l'application des mesures de protections que prévoit ce dernier. Le RIAC est plutôt un régime législatif qui met en balance les libertés individuelles et la protection du public, et qui accorde plus de poids à l'intérêt public.

La décision du Surintendant est également compatible avec le double objectif législatif d'accroître la sécurité routière et de décourager la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC établit une norme commune permettant d'écarter de la circulation les conducteurs qui constituent un risque élevé pour autrui. Permettre aux policiers de se fonder sur les résultats d'une analyse effectuée au moyen d'un ADA est essentiel à la réalisation des objectifs visés par la loi.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; **arrêts mentionnés :** *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *R. c. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor*

Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles), 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(*b*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 25.1(1), 215.41(3.1), 215.43(1), (2.1), 215.45, 215.46, 215.5, 253(6), (7).
Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966, S.B.C. 1966, c. 30, s. 34.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09.

Motor Vehicle Amendment Act, 2010, S.B.C. 2010, c. 14, s. 19.
Motor Vehicle Amendment Act, 2012, S.B.C. 2012, c. 26.

Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, pp. 11492-93.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Levine and Harris JJ.A.), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371, 311 C.C.C. (3d) 369, 356 B.C.A.C. 133, 610 W.A.C. 133, [2015] 4 W.W.R. 579, 66 M.V.R. (6th) 99, [2014] B.C.J. No. 1055 (QL), 2014 CarswellBC 1453 (WL Can.), setting aside a decision of Dley J., 2013 BCSC 1638, [2013] B.C.J. No. 1960 (QL), 2013 CarswellBC 2696 (WL Can.). Appeal dismissed.

Kyla Lee and *Paul Doroshenko*, for the appellant.

Robert Mullett and *Tyna Mason*, for the respondents.

Vehicles), 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10*b*).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 25.1(1), 215.41(3.1), 215.43(1), (2.1), 215.45, 215.46, 215.5, 253(6), (7).
Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966, S.B.C. 1966, c. 30, art. 34.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09.
Motor Vehicle Amendment Act, 2010, S.B.C. 2010, c. 14, art. 19.
Motor Vehicle Amendment Act, 2012, S.B.C. 2012, c. 26.

Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, pp. 11492-93.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Levine et Harris), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371, 311 C.C.C. (3d) 369, 356 B.C.A.C. 133, 610 W.A.C. 133, [2015] 4 W.W.R. 579, 66 M.V.R. (6th) 99, [2014] B.C.J. No. 1055 (QL), 2014 CarswellBC 1453 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dley, 2013 BCSC 1638, [2013] B.C.J. No. 1960 (QL), 2013 CarswellBC 2696 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Kyla Lee et *Paul Doroshenko*, pour l'appelant.

Robert Mullett et *Tyna Mason*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Impaired driving is a matter of grave public concern in Canada. Over the years, various *Criminal Code* offences have been enacted to deal with this problem. The provinces have also enacted regulatory legislation in an attempt to curb the number of impaired drivers on the road. Despite these measures, the problem of drunk driving persists, resulting as it often does in lives lost and lives shattered.

[2] This appeal concerns one of the mechanisms British Columbia has instituted to address the problem: a regime in the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 ("*MVA*"), known as the automatic roadside driving prohibition scheme ("ARP regime" or "ARP scheme"). The ARP regime at issue in this appeal is the successor to the regime at issue in the companion case of *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250. Although the ARP regime is a provincial scheme, it is triggered by a roadside demand for a breath sample under s. 254 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Approved screening devices ("ASDs") are used to collect roadside samples. Under s. 215.41(3.1) of the *MVA*, when a driver registers a "Warn" or "Fail" on the ASD, a peace officer must issue an immediate driving prohibition if the officer "has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol".

[3] The interpretation of that provision is central to this appeal. The question that arises is this: In assessing whether a peace officer has the requisite grounds to believe that a driver's ability to drive is affected by alcohol, can the officer rely solely on the ASD result?

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] La conduite avec facultés affaiblies est un sujet de préoccupation majeure pour le public canadien. Diverses infractions ont été ajoutées au *Code criminel* au fil des ans pour remédier à ce problème. Les provinces ont également adopté des lois de nature réglementaire dans le but de diminuer le nombre de conducteurs avec facultés affaiblies sur les routes. Malgré ces mesures, le problème de l'alcool au volant persiste, causant souvent la mort et brisant des vies.

[2] Le présent pourvoi porte sur un des mécanismes mis en place par la Colombie-Britannique pour résoudre le problème : un régime créé par la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (« *MVA* »), et connu sous le nom de régime d'interdiction automatique de conduire (« RIAC »). Le RIAC dont il est question dans le présent appel est celui qui a succédé au régime en cause dans l'arrêt connexe *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250. Même s'il s'agit d'un régime provincial, il entre en jeu lorsqu'un échantillon d'haleine est exigé dans le cadre d'un contrôle routier effectué en vertu de l'art. 254 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »). L'échantillon est prélevé au moyen d'un appareil de détection approuvé (« ADA »). Aux termes du par. 215.41(3.1) de la *MVA*, lorsque le conducteur obtient le résultat [TRADUCTION] « Avertissement » ou « Échec » sur cet appareil, l'agent de la paix est tenu de lui signifier une interdiction immédiate de conduire s'il « a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool ».

[3] L'interprétation de cette disposition est au cœur du présent pourvoi. La question en litige est la suivante : pour avoir les motifs requis qui lui permettent de croire qu'un conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool, l'agent peut-il se fonder uniquement sur le résultat indiqué par l'ADA?

[4] Mr. Wilson says no. He submits that to meet the "reasonable belief" standard, the ASD result must be backed by other evidence indicating that the driver's ability to drive is affected by alcohol. This could include evidence of erratic driving, or other indicators commonly associated with impairment, such as slurred speech, glassy and bloodshot eyes, unsteady gait, and so on.

[5] The Superintendent of Motor Vehicles rejected this argument and upheld a notice of driving prohibition ("Notice") served on Mr. Wilson. In his view, the ASD test result was sufficient, on its own, to provide a peace officer with the grounds needed to issue a Notice. On judicial review, the British Columbia Supreme Court set aside the Notice. On appeal from that decision, the British Columbia Court of Appeal reinstated it.

[6] Before this Court, Mr. Wilson contends that s. 215.41(3.1) is ambiguous, and that the adjudicator, a delegate of the Superintendent of Motor Vehicles, erred in failing to consider *Canadian Charter of Rights and Freedoms* values to resolve the ambiguity. According to Mr. Wilson, this rendered his decision unreasonable. With respect, I disagree. The provision is not ambiguous, and the adjudicator's interpretation was the only reasonable one. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

A. *British Columbia's Automatic Roadside Prohibition Regime*

[7] Since the 1960s, British Columbia has sought to address the problem of impaired driving through regulatory legislation enabling peace officers to issue roadside driving prohibitions: see the *Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966*, S.B.C. 1966, c. 30, s. 34. In 2010, the province expanded the powers of peace officers to issue such driving prohibitions: *Motor Vehicle Amendment Act, 2010*,

[4] M. Wilson est d'avis que non. Selon lui, pour qu'il soit satisfait à la norme des « motifs raisonnables de croire », le résultat indiqué par l'ADA doit être corroboré par d'autres éléments de preuve qui indiquent que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool. Il pourrait s'agir d'une preuve de conduite irrégulière ou d'autres indices que l'on associe généralement à l'affaiblissement des facultés, comme une articulation déficiente, des yeux vitreux et injectés de sang, une démarche chancelante, et ainsi de suite.

[5] Le Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») a rejeté cet argument et confirmé l'avis d'interdiction de conduire signifié à M. Wilson. À son avis, le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA fournissait à lui seul à l'agent de la paix les motifs nécessaires pour signifier un tel avis. Lors du contrôle judiciaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé l'avis. En appel de cette décision, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a rétabli.

[6] Devant la Cour, M. Wilson soutient que le par. 215.41(3.1) est ambigu et que l'arbitre, un délégué du Surintendant, a commis une erreur en ne tenant pas compte des valeurs consacrées par la *Charte canadienne des droits et libertés* pour dissiper cette ambiguïté. Selon M. Wilson, la décision de l'arbitre est donc déraisonnable. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord. La disposition n'est pas ambiguë et l'interprétation qu'en a faite l'arbitre constituait la seule interprétation raisonnable. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

A. *Régime d'interdiction automatique de conduire de la Colombie-Britannique*

[7] Depuis les années 60, la Colombie-Britannique cherche à remédier au problème de la conduite avec facultés affaiblies au moyen de lois de nature réglementaire qui permettent aux agents de la paix de signifier des interdictions de conduire lors de contrôles routiers (voir la *Motor-vehicle Act Amendment Act, 1966*, S.B.C. 1966, c. 30, art. 34). En 2010, la province a élargi les pouvoirs des agents de la paix à cet

S.B.C. 2010, c. 14, s. 19. The constitutionality of the 2010 regime is at issue in the companion case of *Goodwin*. The present appeal concerns an amended version of the 2010 regime: *Motor Vehicle Amendment Act, 2012*, S.B.C. 2012, c. 26. It raises no constitutional challenge.

[8] The amended ARP scheme is dependent upon, and is only triggered by, a roadside demand for a breath sample made under s. 254 of the *Criminal Code*. Under the ARP scheme, when a driver registers a "Warn" or "Fail" on the ASD, the peace officer must issue a Notice, provided he or she has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol. A driving prohibition must also be issued to individuals who fail or refuse to comply with a demand for a breath sample without reasonable excuse.

[9] Drivers who blow a "Warn" — when the ASD registers a blood alcohol concentration of 50 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood ("50 mg%") or higher — receive a Notice prohibiting them from driving for 3, 7, or 30 days, depending on their driving history: *MVA*, s. 215.43(1). There is a corresponding fine of $200, $300, or $400, respectively: *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09. Drivers who blow a "Fail" — when the ASD registers a blood alcohol concentration of 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood ("80 mg%") or higher — and drivers who refuse or fail to provide a breath sample receive a Notice prohibiting them from driving for 90 days and a $500 fine: *MVA*, s. 215.43(2.1); *Motor Vehicle Act Regulations*, s. 43.09. Drivers who receive either a 30- or 90-day driving prohibition are subject to a mandatory 30-day vehicle impoundment: *MVA*, ss. 215.46(2) and 253(7). At the peace officer's discretion, drivers who are served with a 3- or 7-day driving prohibition may also have their vehicle impounded for the duration of their driving prohibition: *MVA*, ss. 215.46(1) and 253(6). Drivers may also be subjected to a variety of other consequences, including enrollment in a remedial program and the imposition of an ignition interlock device: *MVA*, ss. 215.45 and 25.1(1). Drivers are required to bear

égard (*Motor Vehicle Amendment Act, 2010*, S.B.C. 2010, c. 14, art. 19). La constitutionnalité du régime de 2010 est en cause dans l'arrêt connexe *Goodwin*. Le présent appel porte sur une version modifiée de ce régime (*Motor Vehicle Amendment Act, 2012*, S.B.C. 2012, c. 26) et il ne soulève pas de contestation constitutionnelle.

[8] Le RIAC modifié s'applique, et ce, uniquement lorsque le prélèvement d'un échantillon d'haleine est ordonné en vertu de l'art. 254 du *C. cr.* Suivant ce régime, si le conducteur obtient le résultat « Avertissement » ou « Échec » sur l'ADA, l'agent de la paix est tenu de lui signifier un avis d'interdiction de conduire s'il a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur en question sont affaiblies par l'alcool. Une telle interdiction doit également être signifiée au conducteur qui, sans excuse raisonnable, n'obtempère pas ou refuse d'obtempérer à un ordre de fournir un échantillon d'haleine.

[9] Les conducteurs qui obtiennent le résultat « Avertissement » — lorsque l'ADA mesure 50 milligrammes d'alcool par 100 millilitres (« 50 mg par 100 ml ») de sang ou plus — reçoivent un avis leur interdisant de conduire pendant 3, 7 ou 30 jours, selon leur dossier de conduite (*MVA*, par. 215.43(1)). L'amende applicable est de 200 $, 300 $ ou 400 $ respectivement (*Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09). Les conducteurs qui obtiennent le résultat « Échec » — lorsque l'ADA mesure 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres (« 80 mg par 100 ml ») de sang ou plus — et les conducteurs qui refusent ou omettent de fournir un échantillon d'haleine reçoivent un avis leur interdisant de conduire pendant 90 jours ainsi qu'une amende de 500 $ (*MVA*, par. 215.43(2.1); *Motor Vehicle Act Regulations*, art. 43.09). De plus, le véhicule des conducteurs visés par une interdiction de conduire de 30 ou de 90 jours est obligatoirement mis en fourrière pendant 30 jours (*MVA*, par. 215.46(2) et 253(7)). Les conducteurs ayant reçu signification d'une interdiction de conduire de 3 ou 7 jours peuvent également, à la discrétion de l'agent de la paix, voir leur véhicule mis en fourrière pour la durée de cette interdiction (*MVA*, par. 215.46(1) et 253(6)). Diverses autres mesures peuvent également être imposées, notamment l'inscription à un programme de

the costs of these programs, and must pay a fee to have their licence reinstated and their vehicle released if it has been impounded.

[10] An individual who has been issued a Notice may apply to the Superintendent of Motor Vehicles for review. However, the review is limited and the Superintendent may only revoke a Notice under certain grounds prescribed in s. 215.5 of the *MVA*. For an individual who has blown a "Warn" or "Fail", the factors the Superintendent is to consider are:

- Whether the person was a "driver" within the statutory meaning;
- Whether the person was advised of his or her right to a second ASD analysis and provided with a second analysis (if requested);
- Whether the second analysis, if requested, was performed with a different ASD machine;
- Whether the Notice was served on the basis of the lower of the two analysis results;
- Whether the ASD registered a "Warn" as a result of the driver's blood alcohol concentration being at least 50 mg% or the ASD registered a "Fail" as a result of the driver's blood alcohol concentration being at least 80 mg%;
- Whether the result of the analysis was reliable; and
- In the case of a 7-day prohibition, whether it was the driver's second prohibition, and in the case of a 30-day prohibition, whether it was the driver's third or subsequent prohibition.

rééducation et l'installation d'un dispositif de verrouillage du système de démarrage (*MVA*, art. 215.45 et 25.1(1)). Les conducteurs doivent assumer le coût de ces programmes et payer les droits requis pour récupérer leur permis ainsi que leur véhicule si celui-ci a été mis en fourrière.

[10] Le conducteur ayant reçu un avis d'interdiction de conduire peut présenter une demande de réexamen au Surintendant. Cependant, ce réexamen est limité et le Surintendant ne peut révoquer un tel avis qu'en se fondant sur certains motifs prévus à l'art. 215.5 de la *MVA*. En effet, lorsqu'une personne a obtenu le résultat « Avertissement » ou « Échec », le Surintendant doit prendre en considération les facteurs suivants :

- Était-elle la « conductrice » au sens de la loi?
- A-t-elle été informée de son droit à une deuxième analyse effectuée au moyen d'un ADA et la deuxième analyse (si elle en a fait la demande) a-t-elle été effectuée?
- La deuxième analyse (si la personne en a fait la demande) a-t-elle été effectuée avec un ADA différent?
- La signification de l'avis reposait-elle sur le plus bas des deux résultats d'analyse?
- L'ADA a-t-il donné le résultat « Avertissement » parce que la personne visée avait une alcoolémie d'au moins 50 mg par 100 ml de sang, ou a-t-il donné le résultat « Échec » parce qu'elle avait une alcoolémie d'au moins 80 mg par 100 ml de sang?
- Le résultat de l'analyse était-il fiable?
- Dans le cas d'une interdiction de 7 jours, s'agissait-il de la deuxième interdiction lui ayant été infligée, et, dans le cas d'une interdiction de 30 jours, s'agissait-il de la troisième interdiction ou d'une interdiction subséquente lui ayant été infligée?

B. *Mr. Wilson's Driving Prohibition and Application for Review*

[11] On September 19, 2012, at 10:40 p.m., Mr. Wilson was stopped at a police road check near Coombs, British Columbia. The peace officer conducting the road check noticed an odour of alcohol on Mr. Wilson's breath. Upon being questioned, Mr. Wilson admitted to having consumed four beers hours earlier. Mr. Wilson then provided samples of his breath into two different ASDs — the first at 10:41 p.m. and the second at 10:46 p.m. Both devices registered a "Warn" reading. Consequently, the peace officer served Mr. Wilson with a Notice, prohibiting him from driving for a period of three days, under s. 215.41(3.1) of the *MVA*.

[12] Mr. Wilson applied to the Superintendent of Motor Vehicles for a review, seeking to have the Notice revoked. He argued that the officer lacked reasonable grounds to believe that his ability to drive was affected by alcohol. According to Mr. Wilson, the ASD result alone could not provide the officer with the reasonable grounds required by s. 215.41(3.1) of the *MVA*: the officer was also required to point to other confirmatory evidence indicating that his ability to drive was affected by alcohol. The relevant provision of the *MVA* reads:

215.41 . . . .

(3.1) If, at any time or place on a highway or industrial road,

(a) a peace officer makes a demand to a driver under the Criminal Code to provide a sample of breath for analysis by means of an approved screening device and the approved screening device registers a warn or a fail, and

(b) the peace officer has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol,

the peace officer, or another peace officer, must,

B. *Interdiction de conduire infligée à M. Wilson et demande de réexamen*

[11] Le 19 septembre 2012 à 22 h 40, M. Wilson a été arrêté par la police à un poste de contrôle routier près de Coombs, en Colombie-Britannique. L'agent de la paix ayant effectué le contrôle a remarqué que l'haleine de M. Wilson dégageait une odeur d'alcool. Lorsqu'il a été interrogé, ce dernier a admis avoir consommé quatre bières quelques heures auparavant. Il a ensuite fourni des échantillons de son haleine dans deux ADA différents, soit à 22 h 41 et à 22 h 46. Les deux appareils ont donné le résultat « Avertissement ». L'agent de la paix a donc signifié à M. Wilson un avis qui lui interdisait de conduire pendant une période de trois jours, en application du par. 215.41(3.1) de la *MVA*.

[12] M. Wilson a présenté une demande de réexamen au Surintendant en vue d'obtenir la révocation de l'avis. Il a fait valoir que l'agent n'avait pas de motifs raisonnables de croire que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool. Selon M. Wilson, le résultat de l'ADA ne pouvait, à lui seul, fournir à l'agent les motifs raisonnables exigés par le par. 215.41(3.1) de la *MVA* : en effet, à son avis, l'agent devait également mentionner d'autres éléments de preuve confirmant que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool. La disposition pertinente de la *MVA* est rédigée en ces termes :

[TRADUCTION]

215.41 . . .

(3.1) Lorsque, à un moment ou à un endroit quelconque sur une autoroute ou une route industrielle,

(a) un conducteur obtient un avertissement ou un échec après avoir fourni pour analyse dans un appareil de détection approuvé un échantillon d'haleine exigé par un agent de la paix en application du Code criminel et que

(b) l'agent de la paix a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool,

l'agent de la paix ou un autre agent de la paix doit

(c) if the driver holds a valid licence or permit issued under this Act, or a document issued in another jurisdiction that allows the driver to operate a motor vehicle, take possession of the driver's licence, permit or document if the driver has it in his or her possession, and

(d) subject to section 215.42, serve on the driver a notice of driving prohibition.

[13] Adjudicator Hughes rejected Mr. Wilson's argument and held that the "Warn" result, standing alone, provided the officer with the grounds he needed to issue a Notice. He therefore confirmed Mr. Wilson's driving prohibition.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court (Dley J.), 2013 BCSC 1638*

[14] Mr. Wilson applied to the British Columbia Supreme Court for judicial review. The reviewing judge noted that s. 215.41(3.1)(b) of the *MVA* requires a peace officer to *believe*, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol (para. 20). In his view, if it was the legislature's intent that a Notice be issued solely on the basis of an ASD reading, it would not have included this requirement. He therefore held that on a plain reading of the legislation, additional confirmatory evidence was required before a Notice could be issued. It followed that the adjudicator's interpretation of s. 215.41(3.1) was unreasonable. As there was no confirmatory evidence indicating that Mr. Wilson's ability to drive was affected by alcohol, the reviewing judge set aside the Notice.

B. *British Columbia Court of Appeal (Saunders, Levine and Harris JJ.A.), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371*

[15] The Superintendent appealed to the British Columbia Court of Appeal. Writing for a unanimous court, Harris J.A. considered the text, context, and purpose of the *MVA*, and concluded that the adjudicator's interpretation was reasonable. In his view,

(c) prendre possession du permis ou certificat valide que détient le conducteur sous le régime de la présente loi ou de tout autre document qui lui a été délivré à l'extérieur de la province et qui l'autorise à conduire un véhicule à moteur, si ce permis, certificat ou autre document est en sa possession;

(d) sous réserve de l'art. 215.42, signifier un avis d'interdiction de conduire au conducteur.

[13] L'arbitre Hughes a rejeté l'argument de M. Wilson et conclu que le message d'« Avertissement » fournissait à l'agent, à lui seul, les motifs requis pour signifier un avis. Il a donc confirmé l'interdiction de conduire infligée à M. Wilson.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (juge Dley), 2013 BCSC 1638*

[14] M. Wilson a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le juge saisi de la demande a souligné que selon l'al. 215.41(3.1)(b) de la *MVA*, il faut que l'agent de la paix *croie*, en raison de l'analyse, que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool (par. 20). À son avis, si le législateur avait voulu que l'avis soit signifié sur la seule foi du résultat indiqué sur l'ADA, il n'aurait pas prévu cette exigence. Il a donc conclu que, suivant le sens ordinaire de la loi, il faut des éléments de preuve corroborants additionnels avant qu'un avis puisse être signifié. À son avis, l'interprétation donnée par l'arbitre au par. 215.41(3.1) était donc déraisonnable. Comme aucun élément de preuve ne confirmait que la capacité de conduire de M. Wilson était affaiblie par l'alcool, le juge chargé du contrôle a annulé l'avis.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (juges Saunders, Levine et Harris), 2014 BCCA 202, 60 B.C.L.R. (5th) 371*

[15] Le Surintendant a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans un jugement unanime, le juge Harris a examiné le texte, le contexte et l'objet de la *MVA* avant de conclure que l'interprétation de l'arbitre était raisonnable.

it better fulfilled the legislative purpose than did Mr. Wilson's interpretation (para. 33). He therefore reinstated the Notice.

IV. Issue

[16] The only issue on appeal is whether the adjudicator's interpretation of s. 215.41(3.1) of the *MVA* was reasonable. That is a matter of statutory interpretation. Mr. Wilson does not challenge the constitutionality of the provision.

V. Analysis

[17] An administrative decision maker's interpretation of his or her home statute is presumptively owed deference: *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 21; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54. The parties acknowledge, correctly in my view, that reasonableness is the applicable standard of review.

[18] When assessing the reasonableness of an administrative decision maker's interpretation, Driedger's modern rule of statutory interpretation provides helpful guidance:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.
>
> (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

[19] These principles must be kept in mind when analyzing the reasonableness of the adjudicator's interpretation. For convenience, I repeat the relevant portion of s. 215.41(3.1):

À son avis, cette interprétation répondait davantage à l'objectif législatif que celle proposée par M. Wilson (par. 33). Il a donc rétabli l'avis.

IV. Question en litige

[16] La seule question en litige en l'espèce est celle de savoir si l'interprétation donnée par l'arbitre au par. 215.41(3.1) de la *MVA* était raisonnable. Il s'agit d'une question d'interprétation législative. M. Wilson ne conteste pas la constitutionnalité de la disposition.

V. Analyse

[17] On présume que l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive commande la déférence : *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 21; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54. Les parties reconnaissent, à juste titre selon moi, que la norme applicable est celle de la décision raisonnable.

[18] Pour juger du caractère raisonnable de l'interprétation d'un décideur administratif, la règle moderne d'interprétation des lois formulée par Driedger apporte un éclairage utile dans l'évaluation :

> [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.
>
> (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87)

[19] Il faut garder ces principes à l'esprit lors de l'analyse du caractère raisonnable de l'interprétation de l'arbitre. Par souci de commodité, je répète ici le passage pertinent du par. 215.41(3.1) :

(3.1) If, at any time or place on a highway or industrial road,

(a) a peace officer makes a demand to a driver under the Criminal Code to provide a sample of breath for analysis by means of an approved screening device and the approved screening device registers a warn or a fail, and

(b) the peace officer has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol,

[20] Mr. Wilson has the burden of demonstrating that the adjudicator's interpretation was unreasonable: *McLean*, at para. 41. While he advances various arguments in an attempt to meet this burden, in the end, his case rests on the premise that s. 215.41(3.1) of the *MVA* is ambiguous and that *Charter* values must be applied to resolve the ambiguity: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 28. And because the adjudicator did not take *Charter* values into account, his decision must, for that reason, be set aside as unreasonable.

[21] Before considering the merits of Mr. Wilson's argument, I feel obliged to point out, in fairness to the adjudicator, that he was not asked to consider *Charter* values as an interpretive tool; nor, indeed, was the reviewing judge. The ambiguity claim was made for the first time in the Court of Appeal — and then, only in passing. This may explain why the Court of Appeal did not explicitly address it in its reasons, although I believe it did so implicitly.

[22] It is settled law that a genuine ambiguity only exists when there are "two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute": *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14; *Bell ExpressVu*, at paras. 29-30. In stating that the adjudicator's interpretation better fulfilled the legislative purpose than did Mr. Wilson's

[TRADUCTION]

(3.1) Lorsque, à un moment ou à un endroit quelconque sur une autoroute ou une route industrielle,

(a) un conducteur obtient un avertissement ou un échec après avoir fourni pour analyse dans un appareil de détection approuvé un échantillon d'haleine exigé par un agent de la paix en application du Code criminel et que

(b) l'agent de la paix a, en raison de l'analyse, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool,

[20] M. Wilson a le fardeau de démontrer que l'interprétation de l'arbitre était déraisonnable : *McLean*, par. 41. Même s'il invoque divers arguments pour s'acquitter de ce fardeau, son recours repose en définitive sur la prémisse voulant que le par. 215.41(3.1) de la *MVA* soit ambigu et qu'il faille recourir aux valeurs consacrées par la *Charte* pour dissiper cette ambiguïté : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 28. Selon M. Wilson, comme l'arbitre n'a pas pris en considération ces valeurs, sa décision doit être annulée en raison de son caractère déraisonnable.

[21] Avant d'examiner le bien-fondé de l'argument de M. Wilson, il me faut souligner, pour être juste envers l'arbitre, qu'on ne lui a pas demandé de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* comme outil d'interprétation; et, d'ailleurs, qu'on n'a pas demandé non plus au juge chargé du contrôle de le faire. L'argument d'ambiguïté a été invoqué pour la première fois devant la Cour d'appel — et uniquement de manière incidente. Cela pourrait d'ailleurs expliquer pourquoi cette dernière n'en a pas traité explicitement dans ses motifs, bien que j'estime qu'elle l'ait fait implicitement.

[22] Il est bien établi en droit qu'il n'y a ambiguïté véritable que lorsqu'il existe « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14; *Bell ExpressVu*, par. 29-30. L'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'interprétation de l'arbitre

interpretation, this could be taken to mean that the Court of Appeal did not consider the provision to be ambiguous (para. 33).

[23] Be that as it may, Mr. Wilson maintains that s. 215.41(3.1) is ambiguous and that *Charter* values must be applied to discern the legislature's true intent. In support of his position, he emphasizes that the *Criminal Code* roadside screening regime passes constitutional muster because it contains various safeguards designed to protect the ss. 8 and 10(*b*) *Charter* rights of drivers — safeguards that do not exist under the ARP regime. In particular, he points to the following features of the *Criminal Code* regime:

- A driver may challenge whether the police had the "reasonable suspicion" necessary to make a demand;
- The test must be conducted forthwith; and
- The ASD results cannot be used as evidence in a criminal trial to prove either impairment or the driver's blood alcohol level.

[24] Mr. Wilson submits that because the ARP scheme is triggered by a roadside demand for a breath sample under the *Criminal Code*, it must be interpreted in a way that is consistent with the *Code*'s protections. To that end, he contends that the "reasonable grounds to believe" requirement must be given a robust interpretation — it cannot be satisfied by the ASD result alone. Other confirmatory evidence is required. Mr. Wilson insists that unless his interpretation is adopted, the ARP scheme will be out of sync with *Charter* values because it does not approximate the protections associated with ASD testing under the *Criminal Code*.

répondait davantage à l'objectif législatif que celle proposée par M. Wilson pourrait donner à penser qu'elle n'a pas considéré que la disposition était ambiguë (par. 33).

[23] Quoi qu'il en soit, M. Wilson soutient que le par. 215.41(3.1) est ambigu et qu'il faut recourir aux valeurs consacrées par la *Charte* pour cerner l'intention véritable du législateur. À l'appui de sa thèse, il souligne que le régime de détection routier établi par le *C. cr.* est constitutionnel parce qu'il comporte diverses mesures destinées à protéger les droits garantis aux conducteurs par l'art. 8 et l'al. 10*b*) de la *Charte*, des mesures absentes du RIAC. Plus particulièrement, M. Wilson fait ressortir les caractéristiques suivantes du régime prévu au *C. cr.* :

- Le conducteur peut contester le fait que les policiers avaient les « soupçons raisonnables » requis pour pouvoir exiger le prélèvement d'un échantillon d'haleine;
- Le test doit être effectué immédiatement;
- Les résultats indiqués sur l'ADA ne peuvent servir à prouver l'affaiblissement des facultés ou l'alcoolémie du conducteur dans le cadre d'un procès criminel.

[24] Selon M. Wilson, comme il entre en jeu lorsque le prélèvement d'un échantillon d'haleine est ordonné en application du *C. cr.*, le RIAC doit être interprété d'une manière qui soit compatible avec les protections conférées par celui-ci. À cet égard, il soutient que l'exigence des « motifs raisonnables de croire » doit recevoir une interprétation robuste — le résultat de l'ADA n'est pas suffisant en soi pour permettre d'y satisfaire; d'autres éléments de preuve corroborants sont nécessaires. M. Wilson prétend que, si son interprétation n'est pas retenue, le RIAC sera incompatible avec les valeurs consacrées par la *Charte* parce qu'il n'accorde pas de protections comparables à celles que confère le *C. cr.* lors d'une analyse effectuée au moyen d'un ADA.

[25] With respect, Mr. Wilson's argument must fail. It suffers from a fatal flaw — s. 215.41(3.1) is not ambiguous. As I observed earlier, at para. 22, a genuine ambiguity exists only when there are two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute. Section 215.41(3.1) does not meet that test. Indeed, in my view, it does not even give rise to two plausible readings, let alone two such readings that are equally in accordance with the intentions of the statute. Rather, as I will explain, when read in light of its text, context, and legislative objective, it admits of only one reasonable interpretation — the one arrived at by the adjudicator. *Charter* values may not be used "to create ambiguity when none exists": *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612, at para. 1. Consequently, they have no role to play as an interpretive tool in this case: *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563, at paras. 23-24; *Bell ExpressVu*, at para. 62. That being so, in the circumstances, I need not decide whether Mr. Wilson's argument would necessarily have succeeded had I found s. 215.41(3.1) to be ambiguous.

A. *Text*

[26] The plain meaning of s. 215.41(3.1) supports the adjudicator's interpretation. It explicitly links the officer's belief to the result of the ASD analysis. The provision states that the peace officer must have reasonable grounds to believe, *as a result of the analysis*, that the driver's ability to drive is affected by alcohol. The wording could not be clearer. The ASD analysis is the yardstick against which to measure the reasonableness of the officer's belief.

[27] Mr. Wilson submits that the officer's belief must be based not only on the ASD result, but also on confirmatory evidence showing that the driver's ability to drive is affected by alcohol. I would reject this interpretation. It is not supported by the text of the provision, and it requires the court to read in

[25] À mon avis, l'argument de M. Wilson doit être rejeté. Il souffre d'un vice fatal : le par. 215.41(3.1) n'est pas ambigu. Comme je l'ai souligné au par. 22, il n'y a ambiguïté véritable que lorsqu'il existe deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur. Or, le par. 215.41(3.1) ne satisfait pas à ce test. En effet, selon moi, cette disposition ne donne même pas ouverture à deux interprétations plausibles, et encore moins à deux telles interprétations qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur. Comme je l'expliquerai, lorsque cette disposition est interprétée à la lumière de son libellé, du contexte et de l'intention du législateur, on ne peut plutôt lui donner qu'une seule interprétation raisonnable — soit celle à laquelle en est venu l'arbitre. Les valeurs consacrées par la *Charte* ne sauraient servir « à créer une ambiguïté alors qu'il n'en existe aucune » : *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612, par. 1. Elles ne constituent donc pas un outil d'interprétation en l'espèce : *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 23-24; *Bell ExpressVu*, par. 62. Dans les circonstances, je n'ai donc pas à décider si l'argument de M. Wilson aurait nécessairement été retenu si j'avais conclu que le par. 215.41(3.1) était ambigu.

A. *Libellé*

[26] Le sens ordinaire du par. 215.41(3.1) étaye l'interprétation de l'arbitre. Cette disposition établit explicitement un lien entre la croyance de l'agent et le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA. En effet, elle prévoit que l'agent de la paix doit avoir, *en raison de l'analyse*, des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool. Le libellé ne saurait être plus clair. L'analyse effectuée au moyen de l'ADA sert de jalon pour mesurer le caractère raisonnable de la croyance de l'agent.

[27] Selon M. Wilson, la croyance de l'agent doit reposer non seulement sur le résultat de l'analyse effectuée au moyen de l'ADA, mais aussi sur des éléments de preuve qui confirment que les facultés du conducteur sont affaiblies par l'alcool. Je suis d'avis de rejeter cette interprétation qui ne trouve

words that are simply not there. This Court has cautioned against judicial rewriting of legislation under the guise of interpreting it:

> . . . the contextual approach allows the courts to depart from the common grammatical meaning of words where this is required by a particular context, but it does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. It is only when words are "reasonably capable of bearing" a particular meaning that they may be interpreted contextually. . . .
>
> . . .
>
> The Crown is asking this Court to read words into s. 34(2) which are simply not there. In my view, to do so would be tantamount to amending s. 34(2), which is a legislative and not a judicial function. [First emphasis in original; second emphasis added.]

(*R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at p. 701; cited with approval in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 174. See also *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at paras. 8-9 and 36; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at para. 40.)

[28] Mr. Wilson further submits that the adjudicator's interpretation gives no meaning to s. 215.41 (3.1)(b). He points out that the provision uses mandatory language requiring peace officers to issue a Notice when there are reasonable grounds to believe an individual's ability to drive is affected by alcohol. He argues that if a "Warn" or a "Fail" result constitutes reasonable grounds on its own, para. (b) is superfluous: the legislature could have simply stated that the officer must issue a Notice on the basis of a "Warn" or "Fail" result. For that reason, he contends that the wording of the statute must require something more than merely the ASD result.

pas appui dans le texte de la disposition et qui obligerait la cour à y inclure des termes qui ne s'y trouvent tout simplement pas alors qu'elle a souligné antérieurement que les tribunaux doivent se garder de réécrire une loi sous prétexte de l'interpréter :

> . . . l'analyse contextuelle permet aux tribunaux de s'écarter du sens grammatical ordinaire des termes lorsqu'un contexte particulier l'exige, mais elle n'exige généralement pas des tribunaux qu'ils introduisent des termes dans une disposition législative. C'est seulement lorsqu'« ils peuvent raisonnablement avoir » un sens particulier que ces termes peuvent être interprétés d'après leur contexte. . .
>
> . . .
>
> Le ministère public demande à notre Cour d'inclure dans le par. 34(2) des termes qui ne s'y trouvent pas. À mon avis, cela équivaudrait à modifier le par. 34(2), ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

(*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, p. 701; cité avec approbation dans *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 174. Voir aussi *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 8-9 et 36; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 40.)

[28] M. Wilson soutient également que l'interprétation de l'arbitre ne donne aucun sens à l'al. 215.41 (3.1)(b). Il souligne que la disposition utilise un libellé impératif ayant pour effet d'obliger les agents de la paix à signifier un avis lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de croire que la capacité de conduire d'une personne est affaiblie par l'alcool. Selon lui, si un « Avertissement » ou un « Échec » fournit, à lui seul, de tels motifs, l'al. (b) est superflu : le législateur aurait pu tout simplement dire que l'agent doit signifier un avis si l'un de ces deux résultats est obtenu. Pour ce motif, il soutient que le libellé de la loi exige sûrement davantage que le seul résultat de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA.

[29] In my view, both the Court of Appeal and the Crown respondent provide a convincing answer to this argument. As they point out, there can be situations in which a driver blows a "Warn" or "Fail", but the officer has reason to doubt the accuracy of the result. Two examples come to mind:

- The officer has reason to doubt that the ASD device functioned properly.
- The officer has reason to doubt that the sample was taken properly (i.e., in accordance with the procedures for obtaining reliable readings from ASD devices).

The inclusion of the phrase "as a result of the analysis" precludes an officer from issuing a Notice in such situations. The officer must have an honest belief in the accuracy of the ASD result. Only then will he or she have reasonable grounds to believe "as a result of the analysis" that the individual's ability to drive is affected by alcohol. This interpretation gives meaning to the words used in the statute; it does not read in wording that introduces a new dimension to the provision, as Mr. Wilson would have it.

B. *Context*

[30] The context of the statutory scheme also indicates that the adjudicator's interpretation is reasonable. His interpretation is consistent with the grounds on which the Superintendent may review a peace officer's decision to issue a Notice: *MVA*, s. 215.5(1). The grounds for review are limited. As described in para. 10, they include whether the driver was advised of his or her right to a second analysis, whether the second analysis was performed on a different machine, whether the ASD accurately registered a "Warn" or "Fail", and whether the ASD result was reliable. In short, the grounds of review focus primarily on the manner in which the ASD test was administered and the reliability of the results. Nothing suggests that the Superintendent may revoke a Notice if a peace officer does not point to other confirmatory evidence. This indicates that the legislature did not intend to require other confirmatory evidence

[29] À mon avis, la Cour d'appel et le ministère public intimé répondent tous deux de manière convaincante à cet argument. Comme ils le font remarquer, il peut y avoir des cas où un conducteur obtient un « Avertissement » ou un « Échec », mais où l'agent a des raisons de douter de l'exactitude de ce résultat. Deux exemples viennent à l'esprit :

- L'agent a des motifs de douter du bon fonctionnement de l'ADA;
- L'agent a des raisons de douter que l'échantillon ait été prélevé correctement (c.-à-d. conformément aux procédures applicables pour obtenir des résultats fiables d'un ADA).

L'inclusion des mots « en raison de l'analyse » empêche l'agent de signifier un avis dans de telles situations. En effet, il doit croire sincèrement à l'exactitude du résultat indiqué sur l'ADA. Ce n'est que dans ce cas qu'il pourra avoir, « en raison de l'analyse », des motifs raisonnables de croire que le conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool. Cette interprétation donne un sens aux mots utilisés dans la loi et elle n'introduit pas de termes qui lui apporteraient une dimension nouvelle, comme le souhaiterait M. Wilson.

B. *Contexte*

[30] Le caractère raisonnable de l'interprétation de l'arbitre ressort également du contexte dans lequel s'inscrit le régime législatif en cause. En effet, cette interprétation se concilie avec les motifs limités qui autorisent le Surintendant à réexaminer la décision d'un agent de signifier un avis (*MVA*, par. 215.5(1)). Comme nous l'avons vu au par. 10, le Surintendant doit se demander notamment si le conducteur a été informé de son droit à une deuxième analyse, si la deuxième analyse a été effectuée avec une machine différente, si l'ADA a donné avec exactitude l'indication « Avertissement » ou « Échec » et si le résultat de l'analyse était fiable. En somme, les motifs de réexamen s'attachent principalement à la manière dont l'analyse a été effectuée ainsi qu'à la fiabilité des résultats. Rien n'indique que le Surintendant peut révoquer un avis si l'agent de la paix ne mentionne pas d'autres éléments de preuve corroborants.

as a precondition to issuing a Notice, and in turn, supports the reasonableness of the adjudicator's interpretation.

[31] Mr. Wilson makes one final argument about context. He asserts that because the ARP scheme is triggered by a *Criminal Code* demand for a breath sample, it is subsidiary legislation and therefore must incorporate the protections that are present under the *Code*. He insists that by departing from these protections, the adjudicator's interpretation ignores the link between the two statutes.

[32] This argument can be disposed of summarily. The *MVA* and the *Code* are two independent statutes, with two distinct purposes. They were enacted by two different levels of government, neither of which is subordinate to the other: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 71. Under the *MVA*, the demand for a breath sample triggers a regulatory regime that is wholly independent of the *Criminal Code*. The fact that the *MVA* relies on a *Criminal Code* demand for a breath sample does not render it subsidiary legislation.

[33] In addition, it has long been recognized that regulatory legislation, such as the *MVA*, differs from criminal legislation in the way it balances individual liberties against the protection of the public. Under regulatory legislation, the public good often takes on greater weight. In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 219, this Court held that

> [r]egulatory legislation involves a shift of emphasis from the protection of individual interests and the deterrence and punishment of acts involving moral fault to the protection of public and societal interests. While criminal offences are usually designed to condemn and punish past, inherently wrongful conduct, regulatory measures are generally directed to the prevention of future harm through the enforcement of minimum standards of conduct and care.

Cela montre que le législateur n'avait pas l'intention d'exiger d'autres éléments de preuve corroborants comme condition préalable à la signification d'un avis et que l'interprétation de l'arbitre était donc raisonnable.

[31] M. Wilson invoque un dernier argument relatif au contexte. À son avis, comme il entre en jeu lorsque le prélèvement d'un échantillon d'haleine est ordonné en application du *C. cr.*, le RIAC constitue une mesure législative accessoire qui doit donc inclure les protections offertes par ce dernier. Selon lui, en faisant abstraction de ces protections, l'interprétation de l'arbitre ne tient pas compte du lien qui existe entre les deux lois.

[32] Cet argument peut être tranché sommairement. La *MVA* et le *C. cr.* sont deux lois indépendantes ayant deux objets distincts. Ils ont été édictés par deux ordres de gouvernement différents, aucun des deux n'étant subordonné à l'autre : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 71. Dans la *MVA*, l'ordre de fournir un échantillon d'haleine déclenche l'application d'un régime de réglementation entièrement indépendant du *C. cr.* Le fait que la *MVA* renvoie à un ordre de fournir un échantillon d'haleine donné en application de ce dernier ne permet pas d'assimiler cette loi à une mesure législative accessoire.

[33] En outre, il est reconnu depuis longtemps qu'une loi de nature réglementaire comme la *MVA* se distingue d'une loi de nature criminelle dans la manière dont elle met en balance les libertés individuelles et la protection du public. Dans une loi de nature réglementaire, on accorde souvent plus de poids à l'intérêt public. Dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 219, la Cour a conclu :

> [L]a législation réglementaire implique que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des intérêts individuels et avant la dissuasion et la sanction d'actes comportant une faute morale. Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence.

[34] These comments are particularly apt in the case of regulatory legislation involving roadside driving prohibitions: *R. v. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35, at paras. 26-27. Roadside driving prohibitions are a tool to promote public safety. As such, the legislation necessarily places greater weight on this goal. Unlike the criminal law regime, persons who register a "Warn" or "Fail" under the regulatory regime do not end up with a criminal record, nor are they exposed to the more onerous sanctions under the criminal law, including the risk of incarceration. In short, regulatory legislation does not share the same purpose as the criminal law, and it would be a mistake to interpret it as though it did. I therefore reject Mr. Wilson's contention that the ARP scheme must incorporate the same protections as those provided under the *Criminal Code* regime.

[34] Ces commentaires sont particulièrement pertinents dans le cas d'une loi de nature réglementaire qui prévoit l'imposition d'interdictions de conduire dans le cadre de contrôles routiers : *R. c. Gordon*, 2002 BCCA 224, 100 B.C.L.R. (3d) 35, par. 26-27. Ces interdictions visent à favoriser la sécurité publique. La loi accorde donc nécessairement plus de poids à cet objectif. Contrairement à ce qui se produit en cas d'application du régime de droit criminel, les personnes qui obtiennent un « Avertissement » ou un « Échec » suivant le régime réglementaire ne se retrouvent pas avec un casier judiciaire; elles ne sont pas non plus passibles des sanctions plus sévères prévues par le premier de ces régimes, dont l'incarcération. Bref, une loi de nature réglementaire ne vise pas le même objectif qu'une loi de nature criminelle et ce serait une erreur de l'interpréter comme si c'était le cas. Je rejette donc l'argument de M. Wilson selon lequel le RIAC doit comporter les mêmes mesures de protection que celles offertes par le régime établi par le *C. cr.*

[35] In sum, the adjudicator's interpretation of s. 215.41(3.1) is consistent with the statutory context, and Mr. Wilson's is not.

[35] En somme, l'interprétation que donne l'arbitre au par. 215.41(3.1) est compatible avec le contexte législatif, ce qui n'est pas le cas de celle proposée par M. Wilson.

C. *Legislative Objective*

C. *Objectif législatif*

[36] The adjudicator's decision is also consistent with the legislative objective. Roadside driving prohibitions serve a pressing public safety purpose. As Cory J. said in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at para. 16:

[36] La décision de l'arbitre est également compatible avec l'objectif législatif. Les interdictions de conduire signifiées lors de contrôles routiers servent un objectif de sécurité publique urgent. Comme l'a affirmé le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, par. 16 :

> Every year, drunk driving leaves a terrible trail of death, injury, heartbreak and destruction. From the point of view of numbers alone, it has a far greater impact on Canadian society than any other crime. In terms of the deaths and serious injuries resulting in hospitalization, drunk driving is clearly the crime which causes the most significant social loss to the country.

> Chaque année, l'ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Au plan numérique seulement, l'ivresse au volant a une plus grande incidence sur la société canadienne que tout autre crime. Du point de vue des décès et des blessures graves donnant lieu à l'hospitalisation, la conduite avec facultés affaiblies est de toute évidence le crime qui cause la plus grande perte sociale au pays.

[37] Roadside driving prohibitions are an important tool for confronting and reducing the devastating effects of impaired driving. Courts have repeatedly

[37] Les interdictions de conduire infligées lors de contrôles routiers constituent un outil important pour contrer et réduire les effets dévastateurs de la

held that driving prohibitions serve the twin purposes of increasing highway safety and deterring impaired driving: *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77, at para. 104; *Gordon*, at paras. 25-27; *Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344, at paras. 28-29.

[38] The ARP regime in question is no exception. When its predecessor was introduced in 2010, Minister de Jong confirmed that the objective of the scheme was to improve highway safety and to deter impaired driving:

> Bill 14 [the *Motor Vehicle Amendment Act, 2010*] fulfils a throne speech commitment to introduce significant changes to reduce impaired driving and dangerous driving and improve public safety on our highways.
>
> The amendments will address impaired driving by focusing on intervention and deterrence. . . .
>
> Of late we are sadly seeing an escalation in incidents of impaired driving and all of the resulting tragedy that flows from that. The amendments . . . will give police more tools at the roadside to remove impaired and dangerous drivers from the road as a means of reducing the body count on B.C.'s highways. [Emphasis added.]

(British Columbia, Legislative Assembly, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, at p. 4871)

[39] When the amended regime came into force in 2012, Minister Bond emphasized that the legislature had not wavered from these goals:

> In September 2010, with the support of this House, we introduced new sanctions for impaired driving. We set a

conduite avec facultés affaiblies. Les tribunaux ont conclu à maintes reprises que de telles interdictions poursuivent deux objectifs : accroître la sécurité routière et décourager la conduite avec facultés affaiblies : *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 307 C.C.C. (3d) 77, par. 104; *Gordon*, par. 25-27; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 1999 BCCA 114, 170 D.L.R. (4th) 344, par. 28-29.

[38] Le RIAC en cause en l'espèce ne fait pas exception. Quand la version antérieure du régime été présentée en 2010, le ministre de Jong a confirmé qu'il avait pour objectif d'accroître la sécurité routière et de décourager la conduite avec facultés affaiblies :

> [TRADUCTION] Le projet de loi 14 [la *Motor Vehicle Amendment Act, 2010*] remplit un engagement du discours du Trône soit d'apporter des modifications importantes au régime en place en vue de réduire les cas de conduite avec facultés affaiblies et de conduite dangereuse, et d'accroître la sécurité du public sur nos routes.
>
> Les modifications s'attaqueront au problème de la conduite avec facultés affaiblies en mettant l'accent sur l'intervention et sur la dissuasion. . .
>
> Nous constatons malheureusement récemment une augmentation des cas de conduite avec facultés affaiblies et de l'ensemble des conséquences tragiques qui en découlent. Les modifications dont il est question ici [. . .] offriront aux policiers davantage d'outils pour écarter de la circulation les conducteurs ivres et dangereux et ainsi réduire le nombre de décès sur les routes de la Colombie-Britannique. [Je souligne.]

(Colombie-Britannique, Assemblée législative, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, nº 1, 2e sess., 39e lég., 27 avril 2010, p. 4871)

[39] Lors de l'entrée en vigueur du régime modifié en 2012, la ministre Bond a souligné que le législateur n'avait pas dévié de ces objectifs :

> [TRADUCTION] En septembre 2010, avec l'appui de cette Chambre, nous avons adopté de nouvelles sanctions

goal to reduce impaired driving fatalities by 35 percent by the end of 2013 . . . .

After just one year we saw a 40 percent drop in alcohol-related deaths on British Columbia's highways, and 45 people are alive today because this House was bold in the attempt to change the way we tackle drinking and driving. . . .

. . .

. . . Our goal is to protect this important law that has shown great success in deterring drinking and driving and in saving lives in our province. [Emphasis added.]

(British Columbia, Legislative Assembly, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, No. 7, 4th Sess., 39th Parl., May 3, 2012, at pp. 11492-93)

[40] Allowing the police to rely on ASD test results is critical to the fulfilment of these objectives. ASD testing provides an immediate, efficient tool for assessing whether an individual's ability to drive is affected by alcohol. As the Court of Appeal noted, at para. 33, scientific evidence shows that at 50 mg% — the level needed to register a "Warn" — driving skills are significantly impaired and the likelihood of being involved in a collision is markedly elevated. Evidence also shows that it is extremely difficult to identify drivers who have been drinking by observation alone: *Sivia*, at para. 100. These are the concerns that the ARP scheme is designed to address. It establishes a common standard for removing drivers from the road who pose an elevated risk to others. It also serves to deter drunk driving.

[41] In sum, the adjudicator's interpretation is consistent with the legislative objectives of the ARP scheme, and Mr. Wilson's is not.

pour les infractions de conduite avec facultés affaiblies. Nous nous sommes fixés comme objectif de réduire de 35 p. 100 le nombre de décès causés par l'alcool au volant d'ici la fin de 2013 . . .

Après seulement une année, nous avons constaté une diminution de 40 p. 100 du nombre de décès liés à l'alcool sur les routes de la Colombie-Britannique et 45 personnes sont encore en vie aujourd'hui grâce à l'audace dont cette Chambre a fait preuve en essayant de changer notre façon de lutter contre l'alcool au volant. . .

. . .

. . . Notre objectif est de protéger cette loi importante, qui s'est avérée très efficace pour décourager la conduite avec facultés affaiblies et sauver des vies dans notre province. [Je souligne.]

(Colombie-Britannique, Assemblée législative, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 36, nº 7, 4e sess., 39e lég., 3 mai 2012, p. 11492-11493)

[40] Permettre aux policiers de se fonder sur les résultats d'une analyse effectuée au moyen d'un ADA est essentiel à la réalisation de ces objectifs. Une telle analyse constitue un moyen immédiat et efficace de déterminer si la capacité de conduire d'une personne est affaiblie par l'alcool. Comme l'a souligné la Cour d'appel au par. 33, la preuve scientifique indique qu'une alcoolémie de 50 mg par 100 ml de sang — le niveau requis pour obtenir l'indication « Avertissement » — compromet sérieusement la capacité de conduire d'une personne et accroît de façon marquée son risque de faire un accident. La preuve montre également qu'il est extrêmement difficile de reconnaître les conducteurs qui ont bu par simple observation visuelle : *Sivia*, par. 100. Il s'agit des problèmes auxquels vise à remédier le RIAC. En effet, ce régime établit une norme commune permettant d'écarter de la circulation les conducteurs qui constituent un risque élevé pour autrui. Il vise aussi à décourager la conduite avec facultés affaiblies.

[41] En somme, l'interprétation de l'arbitre est compatible avec les objectifs législatifs du RIAC alors que celle proposée par M. Wilson ne l'est pas.

D. *Conclusion on the Interpretation of Section 215.41(3.1)*

[42] The adjudicator's interpretation is consistent with the text, context, and legislative objectives of the ARP scheme. Mr. Wilson's interpretation is not. The provision is unambiguous. The adjudicator's interpretation is the only plausible one.

VI. Disposition

[43] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Acumen Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Attorney General of British Columbia, Victoria.

D. *Conclusion sur l'interprétation du par. 215.41(3.1)*

[42] L'interprétation de l'arbitre est compatible avec le libellé, le contexte et l'objectif du RIAC. L'interprétation proposée par M. Wilson ne l'est pas. La disposition n'est pas ambiguë. L'interprétation de l'arbitre est la seule interprétation plausible.

VI. Dispositif

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Acumen Law Corporation, Vancouver.

Procureur des intimés : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

M.J.B. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* M.J.B.

2015 SCC 48

File No.: 36421.

2015: October 16.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Court of Appeal correct in finding that trial judge's verdict reasonable and supported by evidence.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, Rowbotham and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 146, [2015] A.J. No. 460 (QL), 2015 CarswellAlta 713, affirming the accused's conviction of sexual assault. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Deborah R. Hatch, for the appellant.

Troy Couillard, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] Abella J. — The majority is of the view that the appeal should be dismissed for the reasons of Justices Watson and Rowbotham in the Court of Appeal. Justice Côté is dissenting and she would allow the appeal substantially for the reasons of Justice Wakeling.

Judgment accordingly.

M.J.B. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* M.J.B.

2015 CSC 48

N° du greffe : 36421.

2015 : 16 octobre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Conclusion justifiée de la part de la Cour d'appel portant que le verdict du juge du procès était raisonnable et appuyé par la preuve.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Watson, Rowbotham et Wakeling), 2015 ABCA 146, [2015] A.J. No. 460 (QL), 2015 CarswellAlta 713, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Deborah R. Hatch, pour l'appelant.

Troy Couillard, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] La juge Abella — La majorité est d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par les juges Watson et Rowbotham de la Cour d'appel. La juge Côté est dissidente et accueillerait le pourvoi, essentiellement pour les motifs exprimés par le juge d'appel Wakeling.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Gunn Law Group, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Department of Justice, Edmonton.

Procureurs de l'appelant : Gunn Law Group, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice de l'Alberta, Edmonton.

Steven Michael Neville *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Neville

2015 SCC 49

File No.: 36412.

2015: November 5.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Jurors — Deliberations — Accused convicted of second degree murder and attempted murder — Majority of Court of Appeal erred in concluding that trial judge's failure to clarify intent question raised by jury did not result in error — Verdicts set aside and new trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Rowe and Barry JJ.A.), 2015 NLCA 16, 365 Nfld. & P.E.I.R. 1, 1138 A.P.R. 1, 322 C.C.C. (3d) 480, [2015] N.J. No. 115 (QL), 2015 CarswellNfld 98 (WL Can.), affirming the accused's convictions for second degree murder and attempted murder. Appeal allowed.

Derek Hogan, for the appellant.

Lloyd M. Strickland, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] The Chief Justice — This is an appeal as of right. We would allow the appeal.

[2] The jury in its final question asked the judge to clarify the distinction between "to kill" and "to

Steven Michael Neville *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* Neville

2015 CSC 49

N° du greffe : 36412.

2015 : 5 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Jurés — Délibérations — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et de tentative de meurtre — Conclusion erronée de la majorité de la Cour d'appel portant que l'omission du juge du procès d'obtenir des précisions sur la question du jury relativement à l'intention n'avait pas entraîné d'erreur — Verdicts écartés et nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Rowe et Barry), 2015 NLCA 16, 365 Nfld. & P.E.I.R. 1, 1138 A.P.R. 1, 322 C.C.C. (3d) 480, [2015] N.J. No. 115 (QL), 2015 CarswellNfld 98 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et pour tentative de meurtre prononcées contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Derek Hogan, pour l'appelant.

Lloyd M. Strickland, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] La Juge en chef — Il s'agit en l'espèce d'un appel de plein droit. Nous sommes d'avis d'accueillir cet appel.

[2] Dans sa dernière question, le jury a demandé au juge de lui expliquer la distinction entre les mots

murder". This raised the question of intent in relation to the charges of murder and attempted murder. The judge should have clarified the nature of the concern, and then addressed it. Instead, the judge merely referred the jury to the written instructions he had previously given the jury.

[3] Viewing the record as a whole, we are satisfied that there is a possibility that the jury could have misunderstood what had to be proved for them to return guilty verdicts. We note in this regard the Crown's concession that the decision tree given to the jury was in error on the issue of provocation.

[4] The evidence is not so overwhelming as to permit us to conclude that the error would have had no effect on the verdicts.

[5] The appeal is allowed, the verdicts are set aside, and a new trial ordered on both charges.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

anglais « *to kill* » (tuer) et « *to murder* » (commettre un meurtre). Cela se rapportait à la question de l'intention relativement aux accusations de meurtre et de tentative de meurtre. Le juge aurait dû faire préciser la nature de cette préoccupation, puis y répondre. Il s'est plutôt contenté de renvoyer les jurés aux instructions écrites qu'il leur avait fournies précédemment.

[3] Considérant le dossier dans son ensemble, nous sommes convaincus qu'il existe une possibilité que les jurés aient pu se méprendre sur les éléments qui devaient être prouvés afin qu'ils puissent prononcer des verdicts de culpabilité. À cet égard, nous soulignons que la Couronne a concédé le fait que l'arborescence décisionnelle remise au jury était erronée quant à la question de la provocation.

[4] La preuve n'est pas accablante au point de nous permettre de conclure que l'erreur n'a eu aucune incidence sur les verdicts.

[5] L'appel est accueilli, les verdicts sont écartés et un nouveau procès est ordonné à l'égard des deux accusations.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Procureur de l'intimée : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Gurminder Singh Riar *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Riar

2015 SCC 50

File No.: 36449.

2015: November 10.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused convicted of importation and possession for purpose of trafficking of controlled drug — Trial judge erred in mischaracterizing accused's defence and in assessing accused's evidence and credibility — Errors deprived accused of fair trial and caused miscarriage of justice.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, van Rensburg and Benotto JJ.A.), 2015 ONCA 350, 334 O.A.C. 361, [2015] O.J. No. 2475 (QL), 2015 CarswellOnt 7013 (WL Can.), affirming the accused's conviction for importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking. Appeal allowed.

James Lockyer and *Lance Beechener*, for the appellant.

Kevin Wilson and *Howard Piafsky*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] The Chief Justice — We are all of the view that the appeal should be allowed, substantially for the reasons of Laskin J.A.

Gurminder Singh Riar *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* Riar

2015 CSC 50

N° du greffe : 36449.

2015 : 10 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'importation d'une drogue désignée et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic — Erreur commise par le juge du procès dans la qualification de la défense invoquée par l'accusé et dans l'appréciation du témoignage et de la crédibilité de ce dernier — Erreurs ayant privé l'accusé d'un procès équitable et entraîné une erreur judiciaire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, van Rensburg et Benotto), 2015 ONCA 350, 334 O.A.C. 361, [2015] O.J. No. 2475 (QL), 2015 CarswellOnt 7013 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour importation de cocaïne et pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

James Lockyer et *Lance Beechener*, pour l'appelant.

Kevin Wilson et *Howard Piafsky*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] La Juge en chef — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être accueilli, essentiellement pour les motifs du juge d'appel Laskin.

[2] The conviction is set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

[2] La déclaration de culpabilité est écartée et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca