Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2015 Vol. 3

3e cahier, 2015 Vol. 3

Cited as [2015] 3 S.C.R. 615-908

Renvoi [2015] 3 R.C.S. 615-908

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.

CONTENTS

Canadian Broadcasting Corp. *v.* SODRAC 2003 Inc. 615

Intellectual property — Copyright — Licences — Collective societies — SODRAC administering reproduction rights as collective society — Application by SODRAC to set terms and conditions of licence for reproduction by CBC of musical works in SODRAC's repertoire from 2008 to 2012 — CBC making ephemeral synchronization copies, including musical works, as producer and ephemeral broadcast incidental copies, including musical works, as broadcaster — Synchronization copies made during production subject to licence — Whether broadcast incidental copies engage reproduction right — If so, whether licence for broadcast incidental copies should be implied in synchronization licences — If reproduction licence required for broadcast incidental copies, whether Board erred in valuation of licence — Whether Board applied principles of technological neutrality and balance properly — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(d).

Intellectual property — Copyright — Interim licences — Collective societies — Board decision setting terms and conditions of licence released after expiry of licence period — Board setting interim licence based on status quo — 2008-2012 licence selected as status quo — Whether Board erred in setting terms of interim licence — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.51.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board — Appropriate standard of review — Whether specific standard of review should be ascribed to each issue arising in decision under review.

B010 *v.* Canada (Citizenship and Immigration).... 704

Immigration — Inadmissibility and removal — Organized criminality — People smuggling — Migrants aided illegal entry of asylum-seekers to Canada in course of collective flight to safety — Migrants seeking refugee status in Canada but found inadmissible based on grounds of organized criminal people smuggling — What conduct makes a person inadmissible to apply for refugee status for having engaged in people smuggling? — Whether people

Continued on next page

SOMMAIRE

Société Radio-Canada *c.* SODRAC 2003 Inc. 615

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences — Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la gestion des droits de reproduction en tant que société de gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer pour les années 2008 à 2012 les modalités d'une licence de reproduction, par la SRC, d'œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a-t-elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1)d).

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d'une licence rendue après l'expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 66.51.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d'auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit-elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l'objet du contrôle?

B010 *c.* Canada (Citoyenneté et Immigration)..... 704

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Criminalité organisée — Passage de clandestins — Aide fournie par des migrants à des demandeurs d'asile pour entrer illégalement au Canada alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge — Migrants revendiquant le statut de réfugié au Canada mais jugés interdits de territoire pour passage criminel organisé de clandestins — Quelle conduite empêche une personne de revendiquer le

Suite à la page suivante

smuggling engaged in, in context of transnational crime, confined to activities conducted, directly or indirectly, for financial or other material benefit — What limits may be inferred from provision rendering persons inadmissible on grounds of organized criminality? — What is effect of requirement that people smuggling be in context of transnational crime? — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 37(1)(b).

R. *v.* Appulonappa 754

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Overbreadth — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Trial judge finding that offence provision overbroad and therefore unconstitutional because it criminalizes not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees — Whether offence provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — If no, what is appropriate remedy for constitutional infirmity — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

Immigration — Offences — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Whether offence provision unconstitutional — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

Canadian Imperial Bank of Commerce *v.* Green 801

Securities — Class actions — Limitation of actions — Statutory action for secondary market misrepresentation — Suspension of limitation period — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation in s. 138.3 of Securities Act — Leave required to commence

Continued on next page

statut de réfugié pour s'être livrée au passage de clandestins? — Le fait de se livrer au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale se limite-t-il aux activités menées afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel? — Quelles limites peuvent être inférées de la disposition qui a pour effet d'interdire de territoire une personne pour criminalité organisée? — Quel est l'effet de l'exigence que le passage de clandestins se fasse dans le cadre de la criminalité transnationale? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 37(1)b).

R. *c.* Appulonappa 754

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Portée excessive — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — Le juge du procès a conclu que la disposition créant l'infraction avait une portée excessive et était donc inconstitutionnelle parce qu'elle criminalisait non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d'aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile — La disposition créant l'infraction viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au regard de l'article premier de la Charte? — Si elle ne peut l'être, quelle est la réparation convenable à l'égard de l'inconstitutionnalité? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

Immigration — Infractions — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — La disposition créant l'infraction est-elle inconstitutionnelle? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

Banque Canadienne Impériale de Commerce *c.* Green 801

Valeurs mobilières — Recours collectifs — Prescription — Action prévue par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — Suspension du délai de prescription — Dommages intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

statutory action under s. 138.8 of Securities Act — Limitation period for statutory action expiring prior to leave being granted — Whether s. 28 of Class Proceedings Act, 1992, operates to suspend limitation period applicable to statutory action before leave to commence statutory action is granted — Whether statutory action time barred — If yes, whether statutory action can be saved by order granting leave nunc pro tunc or doctrine of special circumstances — Whether threshold of reasonable possibility of success applies for leave to commence statutory action under s. 138.3 of Securities Act — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 28 — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 138.3, 138.8, 138.14.

Civil procedure — Class actions — Preferable procedure — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation — Whether Court of Appeal erred in holding that five of seven common issues relating to common law misrepresentation claim should be certified.

SOMMAIRE (Fin)

inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières — Autorisation requise par l'art. 138.8 de la Loi sur les valeurs mobilières pour intenter l'action prévue par la loi — Délai de prescription pour intenter l'action échu avant que l'autorisation ne soit accordée — L'article 28 de la Loi de 1992 sur les recours collectifs a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à l'action prévue par la loi avant que l'autorisation d'intenter celle-ci ne soit accordée? — L'action prévue par la loi est-elle prescrite? — Si oui, peut-elle être sauvegardée par une ordonnance accordant l'autorisation nunc pro tunc ou par la doctrine des circonstances particulières? — Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable d'avoir gain de cause s'applique-t-il à la demande d'autorisation d'intenter une action en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 28 — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.3, 138.8, 138.14.

Procédure civile — Recours collectifs — Procédure constituant le meilleur moyen — Dommages intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que cinq des sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law devaient être autorisées?

Canadian Broadcasting Corporation *Appellant*

v.

SODRAC 2003 Inc. and Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. *Respondents*

and

Centre for Intellectual Property Policy, Ariel Katz, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., Canadian Music Publishers Association, International Confederation of Music Publishers, Music Canada, International Federation of the Phonographic Industry, Canadian Council of Music Industry Associations, Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo *Interveners*

Société Radio-Canada *Appelante*

c.

SODRAC 2003 Inc. et Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. *Intimées*

et

Centre des politiques en propriété intellectuelle, Ariel Katz, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, Association canadienne des éditeurs de musique, Confédération internationale des éditeurs de musique, Music Canada, Fédération internationale de l'industrie phonographique, Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, Association canadienne de la musique indépendante et Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo *Intervenants*

Indexed as: Canadian Broadcasting Corp. *v.* SODRAC 2003 Inc.

2015 SCC 57

File No.: 35918.

2015: March 16; 2015: November 26.

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

Répertorié : Société Radio-Canada *c.* SODRAC 2003 Inc.

2015 CSC 57

N° du greffe : 35918.

2015 : 16 mars; 2015 : 26 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Licences — Collective societies — SODRAC administering reproduction rights as collective society — Application by SODRAC to set terms and conditions of licence for reproduction by CBC of musical works in SODRAC's repertoire from

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences — Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la gestion des droits de reproduction en tant que société de gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer pour les années 2008 à 2012 les modalités d'une licence

2008 to 2012 — CBC making ephemeral synchronization copies, including musical works, as producer and ephemeral broadcast-incidental copies, including musical works, as broadcaster — Synchronization copies made during production subject to licence — Whether broadcast-incidental copies engage reproduction right — If so, whether licence for broadcast-incidental copies should be implied in synchronization licences — If reproduction licence required for broadcast-incidental copies, whether Board erred in valuation of licence — Whether Board applied principles of technological neutrality and balance properly — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(d).

Intellectual property — Copyright — Interim licences — Collective societies — Board decision setting terms and conditions of licence released after expiry of licence period — Board setting interim licence based on status quo — 2008-2012 licence selected as status quo — Whether Board erred in setting terms of interim licence — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.51.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board — Appropriate standard of review — Whether specific standard of review should be ascribed to each issue arising in decision under review.

CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. SODRAC is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. When broadcasters, including CBC, produce a program, they make several kinds of copies. "Synchronization copies" incorporate musical works into an audiovisual program. A "master copy" is the final copy created when synchronization is complete. CBC loads the master copy into its digital content management system and makes several copies of the completed program, and thus of the music incorporated into the program, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they are called "broadcast-incidental copies".

de reproduction, par la SRC, d'œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent-elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a-t-elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1)d).

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d'une licence rendue après l'expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 66.51.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d'auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit-elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l'objet du contrôle?

La SRC est à la fois un producteur et un diffuseur d'émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu'elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. La SODRAC est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Lorsque les diffuseurs, y compris la SRC, produisent une émission, ils font plusieurs sortes de copies. Les « copies de synchronisation » incorporent les œuvres musicales dans une émission audiovisuelle. La « copie maîtresse » est la copie finale créée une fois complété le processus de synchronisation. La SRC intègre la copie maîtresse dans son système de gestion du contenu numérique et confectionne plusieurs copies de l'émission complétée — et, par conséquent, de la musique que celle-ci contient — à des fins d'utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies sont appelées « copies accessoires de diffusion ».

Following *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, in which it was held that "ephemeral" copies engaged the reproduction right in s. 3(1)(*d*) of the *Copyright Act* and that the right to make those copies is not implied by law in a broadcast licence, SODRAC began to differentiate between synchronization copies and copies made for other purposes. Initially, it granted free synchronization licences to licence holders, but it began asking producers to pay for those licences in or about 2006. In 2008, when SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC's licence, SODRAC asked the Board to set the terms of a licence for November 14, 2008, to March 31, 2012. CBC argues that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right, or, in the alternative, that if a licence covering broadcast-incidental copies is required, it should be implied from its synchronization licences or the synchronization licences of third party producers.

In 2012, the Copyright Board held that CBC's broadcast-incidental copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidental copying. The Board valued this licence based on a ratio used in the commercial radio context and found to be equally applicable to the television context. The Board later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

Held (Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be allowed; the 2008-2012 licence and the interim licence should both be set aside and the decisions of the Copyright Board should be remitted to the Board for reconsideration.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Because of the unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question at first instance, the standard of correctness applies

Suivant l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, dans lequel la Cour a statué que les copies « éphémères » mettent en jeu le droit de reproduction visé à l'al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d'auteur* et qu'une licence de diffusion ne permet pas d'inférer en droit celui de faire de telles copies, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation des copies faites à d'autres fins. Elle a d'abord octroyé des licences de synchronisation gratuitement aux titulaires de licence, mais en 2006 ou vers 2006, elle a commencé à demander aux producteurs de payer ces licences. En 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d'en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC, la SODRAC a demandé à la Commission de fixer les modalités d'une licence pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012. La SRC plaide que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction ou, à titre subsidiaire, que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s'inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers.

En 2012, la Commission du droit d'auteur a conclu que l'activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l'existence d'une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de diffusion. La Commission a fixé la valeur de la licence en fonction d'un ratio utilisé antérieurement dans le contexte de la radio commerciale et qu'elle estimait également applicable au contexte télévisuel. La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l'expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d'appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

Arrêt (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli; la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire sont annulées et les décisions de la Commission du droit d'auteur sont renvoyées devant elle pour un nouvel examen.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté : Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur

to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying. A standard of reasonableness applies to each of the remaining issues.

The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop* and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] S.C.R. 231, have refined the understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. Ephemeral copies are not exempted by ss. 30.8 and 30.9, and nothing in the text, context or legislative history of ss. 3(1), 30.8 or 30.9 supports the view that broadcast-incidental copies are not reproductions under the Act. While balance between user and right-holder interests and technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the Act.

The Board was also correct in finding that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC. The synchronization licences do not give any indication that they included the right to make broadcast-incidental copies. The separation of synchronization and broadcast-incidental licences does not offend technological neutrality. Recognizing production and broadcasting as distinct activities validly subject to disaggregated licences does not impose new layers of protections and fees based solely on technological change. Economic considerations also justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences.

un même point de droit, la norme de la décision correcte s'applique à l'égard de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC. La norme de la décision raisonnable s'applique à l'égard de chacune des autres questions.

La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à l'arrêt de la Cour dans *Bishop* et au régime législatif mis en place par la *Loi sur le droit d'auteur*. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, ont précisé la compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. Les copies éphémères ne sont pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9 et rien dans le libellé du par. 3(1) et des art. 30.8 et 30.9, dans leur contexte ou dans leur historique législatif n'étaye l'opinion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne constituent pas des reproductions au sens de la *Loi*. Bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l'utilisateur et de ceux du titulaire d'un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d'auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *Loi*.

La Commission a également eu raison de conclure qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion. Les licences de synchronisation n'indiquent nulle part qu'il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. La distinction entre les licences de synchronisation et les licences accessoires de diffusion ne porte pas atteinte à la neutralité technologique. Reconnaître le caractère distinct de la production et de la diffusion justifiant l'octroi de licences distinctes n'impose pas de nouveaux paliers de protection et d'exigibilité d'une redevance sur le seul fondement d'un changement technologique. Des considérations économiques justifiaient aussi la pratique qui consiste à séparer la licence de synchronisation et les licences de copies accessoires de diffusion.

However, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation of this licence. The principle of technological neutrality recognizes that, absent parliamentary intent to the contrary, the Act should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, so the Board should compare the value derived from the use of reproduction in the old and new technologies in its valuation analysis.

To maintain a balance between user and right-holder interests, the Board must also assess the respective contributions of the user and the copyright-protected works to the value enjoyed by the user. It must have regard for factors it considers relevant in striking a balance between user and right-holder rights when fixing licence fees. Relevant factors will include the risks taken by the user, the extent of the investment made by the user in the new technology, and the nature of the copyright-protected work's use in the new technology.

The 2008-2012 licence is set aside as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incidental copies and the decision of the Board in that regard is remitted to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance. The Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC. The Board did not compare the value contributed by the copyright-protected reproductions in the old and new technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its new technology, as required by the balance principle.

It was reasonable to use the interim licence to maintain the status quo and to use the 2008-2012 statutory licence

Cela dit, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour déterminer la valeur de cette licence. Selon le principe de neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du législateur, la *Loi* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s'applique à l'évaluation d'une licence de reproduction, et la Commission devrait, dans son analyse de la valeur, comparer la valeur tirée de l'utilisation d'une reproduction au moyen de la technologie antérieure et la valeur tirée au moyen de la nouvelle technologie.

Afin de maintenir un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur, la Commission doit aussi évaluer les contributions respectives de l'utilisateur et des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport à la valeur dont profite l'utilisateur. Lorsqu'elle fixe des redevances, elle doit tenir compte des facteurs qu'elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l'utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment les risques pris par l'utilisateur, l'ampleur de son investissement dans la nouvelle technologie ainsi que la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans la nouvelle technologie.

La licence 2008-2012 est annulée en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et la décision de la Commission à cet égard lui est renvoyée pour qu'elle procède à un nouvel examen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. La méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC. La Commission n'a pas comparé la valeur générée par les reproductions d'œuvres protégées lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu'elle utilise sa nouvelle technologie. Elle a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport au risque qu'a pris l'utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie nouvelle, tel que l'exige le principe de mise en équilibre.

Il était raisonnable d'utiliser la licence provisoire afin de maintenir le statu quo et d'utiliser la licence légale

as the status quo in this case. However, because the interim licence was based on the terms of the 2008-2012 licence, it is set aside and the Board's decision in that regard is also remitted for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

Finally, the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but the user retains the ability to accept or decline those terms.

Per Abella J. (dissenting): The Board's decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable.

The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works, and obtaining a just reward for creators. Maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*. The question is how to preserve this balance in the face of new technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. The answer lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*.

A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(*d*) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality. Adopting a literal interpretation of the right in s. 3(1)(*d*) would leave no room for the principle of technological neutrality, which is rooted in the words "to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever". Technological neutrality ensures that copyright attaches to a particular activity based on the essential character of the activity or output, rather than to the process by which it occurs. Technological neutrality consists of media neutrality and functional equivalence. Media neutrality seeks to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies, preserving copyright not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive.

2008-2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, puisque la licence provisoire reposait sur les modalités de la licence légale 2008-2012, elle est annulée et la décision de la Commission est également renvoyée pour nouvel examen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

Enfin, la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre d'accepter ou de refuser ces modalités.

La juge Abella (dissidente) : La décision de la Commission d'imposer des redevances pour les copies accessoires de diffusion était déraisonnable.

La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur. Maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il faut se demander comment préserver cet équilibre face aux nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. La réponse repose sur l'application d'une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l'interprétation législative de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)*d*) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique. L'adoption d'une interprétation littérale du droit énoncé à l'al. 3(1)*d*) ne laissera aucune place pour le principe de neutralité technologique, qui émane des termes « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité technologique garantit qu'une activité donnée est assujettie à un droit d'auteur en fonction du caractère essentiel de l'activité ou de son résultat plutôt que du processus par lequel elle survient. La neutralité technologique se compose de la neutralité du support et de l'équivalence fonctionnelle. La neutralité du support vise à assurer que la doctrine du droit d'auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies, en préservant le droit d'auteur non seulement sur le support sur lequel l'œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l'œuvre pourrait être exprimée. Dans la mesure où l'expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d'auteur rattaché à l'œuvre survivra.

Functional equivalence, on the other hand, focuses on what the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it. This leads to interpretations of the *Act* that give functionally equivalent technologies similar treatment. It also avoids imposing copyright liability on technologies and activities that only incidentally implicate copyright. This case involves an application of functional equivalence.

Broadcast-incidental copies are those created to achieve a broadcast by providing the necessary technical modalities. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the core activity of broadcasting. A broadcast-incidental copy is not transformed into a separate reproduction of the work simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. Broadcast-incidental copies do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

SODRAC holds only the reproduction rights in the works in its repertoire. It is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works, which are paid to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN). SODRAC is attempting to claim royalties in this case for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

Sections 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act* were a legislative response to this Court's holding in *Bishop*, which was based on a literal interpretation of s. 3(1)(*d*). It held that the licensing of a performance right did not implicitly authorize ephemeral recordings of the performance for the purposes of effecting the broadcast. These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* are far from representing the kind of express statutory language needed to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. They were meant to provide greater certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability and to maintain technological neutrality, not

Par ailleurs, le principe de l'équivalence fonctionnelle met l'accent sur la fonction de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement*, ce qui oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire. On évite également ainsi de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire. L'application du principe de l'équivalence fonctionnelle intervient en l'espèce.

Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser une diffusion en fournissant les modalités techniques nécessaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion. Une copie accessoire de diffusion ne devient pas une reproduction distincte de l'œuvre simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

La SODRAC est seulement titulaire des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire. Elle n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres; ces redevances sont versées à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). En l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

Les articles 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* constituaient la réponse du législateur à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop*, laquelle reposait sur une interprétation littérale de l'al. 3(1)*d*). La Cour avait conclu que le fait de céder les droits d'exécution n'autorisait pas implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Elles visaient à assurer que certaines catégories d'enregistrements éphémères

to be a defining statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it.

The Federal Court of Appeal's suggestion that "more copies mean more value and thus, more royalties" violates technological neutrality by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies, by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user exercises the right that was bargained for, and by artificially raising the cost of broadcasting. It also fails to take account of the fact that broadcasters are required to make certain broadcast-incidental copies in order to comply with CRTC regulations and that the CBC already pays royalty fees for broadcasting rights to SOCAN.

The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not on the technical modalities by which it is achieved. Modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies do not change the essence of the broadcasting activity, and imposing additional fees for such copies raises the cost of broadcasting, an expense the consumer will be made to bear. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies therefore penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Act*.

The majority's articulation and application of the principle of technological neutrality on the issue of valuation is wholly inconsistent with the established case law in that it ties copyright-holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works, and focuses the inquiry on the value that the technology is creating for the user. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright-holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. If this new second factor is followed

ne soient pas assujetties à des redevances et à maintenir la neutralité technologique; elles ne constituaient pas un énoncé précis du contenu du droit de reproduction ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir.

L'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » contrevient au principe de neutralité technologique en imposant des redevances supplémentaires sur l'utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies, en liant erronément la rémunération des créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur à l'efficacité avec laquelle l'utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé, et en augmentant artificiellement le coût de diffusion. En outre, cette affirmation ne tient pas compte du fait que les diffuseurs sont tenus d'effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC et que la SRC paie déjà à SOCAN des redevances pour les droits de diffusion.

Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Les technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires ne modifient pas le caractère essentiel du processus de diffusion, et l'imposition de frais additionnels pour ces copies augmente le coût de diffusion, une dépense que les consommateurs devront absorber. Imposer le versement de redevances pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise donc les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi*.

La façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l'appliquent à la question de l'évaluation est complètement contraire à la jurisprudence établie en ce qu'elle lie la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes, et qu'elle fait porter l'examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur. Les juges majoritaires proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à la mise en équilibre des intérêts des utilisateurs et de ceux des titulaires du droit d'auteur : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de

to its logical conclusion, users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies. Focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as opposed to the functional result created by the technology, misconstrues technological neutrality. A technological innovation may well create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But SODRAC, the copyright holder, is not entitled to be compensated for how efficiently the CBC uses technology to achieve its broadcast.

The question of whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process, is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard. Extricating the various components of the Board's decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents a significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence. It risks creating an unworkable framework for the judicial review of administrative decision-making and may well be seen as a way to give reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions, as had been done in the pre-*Dunsmuir* era through the use of the "preliminary question doctrine".

Per Karakatsanis J. (dissenting): There is agreement with Abella J.'s decision on the merits and in the result, but not with her position on the standard of review. Instead, there is agreement with the majority's conclusion that the correctness standard applies to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right and that the reasonableness standard applies to

son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Si l'on suit ce nouveau second facteur jusqu'à sa conclusion logique, les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

Comme la Cour l'a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d'imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l'utilisateur uniquement parce qu'il utilise des technologies plus efficaces. Faire porter l'examen sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément le principe de neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l'utilisateur en augmentant l'efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais la SODRAC, le titulaire du droit d'auteur, n'a pas le droit de recevoir une compensation pour l'efficacité avec laquelle la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion.

La question de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Distinguer les diverses parties de la décision de la Commission et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle. Cet exercice risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives et pourrait bien être perçu comme une façon de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives, comme le permettait, avant l'arrêt *Dunsmuir*, l'application de la « doctrine de la condition préalable ».

La juge Karakatsanis (dissidente) : Je suis d'accord avec la décision de la juge Abella quant au fond et quant au résultat, mais non pour ce qui est de la norme de contrôle. Je suis plutôt d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de la décision correcte s'applique à la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, et que

the balance of the decisions of the Copyright Board. However, the general approach taken by the majority to their analysis of the standard of review is not endorsed. In this respect, although this Court's jurisprudence permits the isolation of a particular question of law on an exceptional basis, it does not require a separate standard of review analysis for each issue. An issue-by-issue approach, within each decision, unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *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; *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, file No. 2001-2004, March 28, 2003 (online: http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf); *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re: Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online: http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf); *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470; *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348; *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

la norme de la décision raisonnable s'applique au reste des décisions de la Commission du droit d'auteur. Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par les juges majoritaires pour analyser la norme de contrôle. À cet égard, même si la jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement une question de droit en particulier, elle n'exige pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Une approche qui se penche sur les questions une à la fois complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts appliqués : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *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; *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, nº de dossier 2001-2004, 28 mars 2003 (en ligne : http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf); *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré:Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l'égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne : http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf); *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470; *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

By Abella J. (dissenting)

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4, 3(1), 30.7 [ad. 1997, c. 24, s. 18(1)], 30.8 [*idem*], 30.9 [*idem*], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.

Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, summary.

Television Broadcasting Regulations, 1987, SOR/87-49, s. 10(5).

Authors Cited

Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada, 19 mars 1992, art. 2.

Craig, Carys J. "Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law", in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

Citée par la juge Abella (dissidente)

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

Lois et règlements cités

Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, c. 20, sommaire.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4, 3(1), 30.7 [aj. 1997, c. 24, art. 18(1)], 30.8 [*idem*], 30.9 [*idem*], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.

Règlement de 1987 sur la télédiffusion, DORS/87-49, art. 10(5).

Doctrine et autres documents cités

Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada, 19 mars 1992, art. 2.

Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

Copyright Law. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.

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

Gurry, Francis. "The Future of Copyright", speech delivered at the Blue Sky Conference, Queensland University of Technology, Sydney, February 25, 2011 (online: http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html).

Hagen, Gregory R. "Technological Neutrality in Canadian Copyright Law", in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 307.

Hutchison, Cameron J. "Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality" (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.

Hutchison, Cameron J. "Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*" (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.

Katz, Ariel. "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?", in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto: Irwin Law, 2009, 449.

Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012, file No. 70.2-2008-01, November 2, 2012, revised March 31, 2014, ss. 2.01, 5.03(2) (online: http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf).

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).

Pallante, Maria A. "The Next Great Copyright Act" (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.

Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).

Syrtash, Veronica. "Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada's Ephemeral Exception and the 'Three-Step Test'" (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.

Tussey, Deborah. "Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies" (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.

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

Copyright Law, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 271.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

Gurry, Francis. « L'avenir du droit d'auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference, Université de technologie du Queensland, Sydney, 25 février 2011 (en ligne : http://www.wipo.int/about-wipo/fr/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html).

Hagen, Gregory R. « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 307.

Hutchison, Cameron J. « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.

Hutchison, Cameron J. « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.

Katz, Ariel. « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*, Toronto, Irwin Law, 2009, 449.

Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012, nº de dossier 70.2-2008-01, 2 novembre 2012, révisé 31 mars 2014, art. 2.01, 5.03(2) (en ligne : http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf).

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).

Pallante, Maria A. « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.

Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).

Syrtash, Veronica. « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada's Ephemeral Exception and the "Three-Step Test" » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.

Tussey, Deborah. « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.

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

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Pelletier and Trudel JJ.A.), 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] F.C.J. No. 321 (QL), 2014 CarswellNat 808 (WL Can.), setting aside in part a decision of the Copyright Board of Canada, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online: http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), and affirming a decision of the Copyright Board of Canada, file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online: http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf). Appeal allowed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

Marek Nitoslawski and *Joanie Lapalme*, for the appellant.

Colette Matteau and *Lisane Bertrand*, for the respondents.

Howard P. Knopf, *David Lametti* and *Ariel Katz*, for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz.

David Fewer and *Jeremy de Beer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Casey M. Chisick, *Peter J. Henein* and *Eric Mayzel*, for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers.

Barry B. Sookman and *Daniel G. C. Glover*, for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Pelletier et Trudel), 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] A.C.F. nº 321 (QL), 2014 CarswellNat 809 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossiers nºs 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne : http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), et confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossier nº 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne : http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

Marek Nitoslawski et *Joanie Lapalme*, pour l'appelante.

Colette Matteau et *Lisane Bertrand*, pour les intimées.

Howard P. Knopf, *David Lametti* et *Ariel Katz*, pour les intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz.

David Fewer et *Jeremy de Beer*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Casey M. Chisick, *Peter J. Henein* et *Eric Mayzel*, pour les intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique.

Barry B. Sookman et *Daniel G. C. Glover*, pour les intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

[1] Rothstein J. — Broadcasting a program that uses copyright-protected music engages the right to communicate the work to the public by telecommunication — a right that rests exclusively with the copyright holder for that musical work. Thus, broadcasters must secure a licence to communicate the work. Broadcasting activities are complex, however, and broadcasters often engage not only in the telecommunication of musical works as part of the airing of a program, but also in making copies of programs, and thus of the music incorporated therein, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they may be described as broadcast-incidental copies.

[2] Making copies of a copyright-protected work implicates the reproduction right, which also rests exclusively with the copyright holder. This case concerns the relationship between broadcast-incidental copies and the reproduction right established by s. 3(1)(*d*) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

[3] In 2012, the Copyright Board, in setting the terms of a licence between Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") and SODRAC 2003 Inc. and the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (collectively, "SODRAC") for the 2008-2012 period, held that CBC's broadcast-incidental copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidental copying. The Board further found that the appropriate valuation for this licence was more than nominal, and issued a licence authorizing CBC to reproduce works in the SODRAC repertoire in conjunction

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté rendu par

[1] Le juge Rothstein — La diffusion d'une émission incorporant une musique protégée par un droit d'auteur met en jeu le droit de communiquer l'œuvre au public par voie de télécommunication — un droit qui appartient exclusivement au titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale en question. C'est pour cette raison que les diffuseurs qui communiquent l'œuvre doivent obtenir une licence. Cela dit, les activités de diffusion sont complexes, et il arrive souvent que les diffuseurs non seulement effectuent la télécommunication d'œuvres musicales dans le cadre de la diffusion d'une émission, mais aussi confectionnent des copies d'émissions — et, par conséquent, de la musique que celles-ci contiennent — à des fins d'utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies peuvent être qualifiées de copies accessoires de diffusion.

[2] La confection de copies d'une œuvre protégée par un droit d'auteur met en jeu le droit de reproduction, qui appartient, lui aussi, exclusivement au titulaire du droit d'auteur. Le présent pourvoi porte sur le rapport qui existe entre les copies accessoires de diffusion et le droit de reproduction visé à l'al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 (« *LDA* » ou « *Loi* »).

[3] Lorsqu'en 2012, elle a été appelée à fixer les modalités afférentes à la licence conclue entre la Société Radio-Canada (« SRC ») et la SODRAC 2003 Inc. ainsi que la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (collectivement « SODRAC ») pour la période de 2008 à 2012, la Commission du droit d'auteur a conclu que l'activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l'existence d'une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, pour la Commission, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de

with a list of activities, including the production of CBC's in-house programs and the broadcasting of programs on CBC's television services and on the Internet: *Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012* (online) ("2008-2012 statutory licence" or "2008-2012 licence"), s. 2.01.

[4] It later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

[5] The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 ("*ESA*"), have refined our understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. I further agree with the Board and the Federal Court of Appeal that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC.

[6] However, in my respectful opinion, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation

diffusion. Après avoir conclu également qu'il convenait d'attribuer à cette licence une valeur plus que symbolique, la Commission a octroyé à la SRC une licence l'autorisant à reproduire des œuvres tirées du répertoire de la SODRAC en conjonction avec une liste d'activités, y compris la production des émissions maison de la SRC et la diffusion d'émissions sur ses services de télévision et sur Internet : *Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012* (en ligne) (« licence légale 2008-2012 » ou « licence 2008-2012 »), art. 2.01.

[4] La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l'expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d'appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

[5] La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, et avec le régime législatif mis en place par la *LDA*. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA* »), ont précisé notre compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. En outre, j'estime, à l'instar de la Commission et de la Cour d'appel fédérale, qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion.

[6] Cela dit, à mon avis, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour

of this licence. I would remit this matter to the Board for reconsideration of the valuation of the 2008-2012 licence for CBC's television and Internet broadcast-incidental copies applying the principles of technological neutrality and balance. Because the interim licence that followed was based on the terms of the 2008-2012 licence, I would also set it aside and remit it for redetermination.

déterminer la valeur de cette licence. Ainsi, je suis d'avis de lui renvoyer le dossier pour qu'elle applique ces principes dans le cadre d'un nouvel examen de la valeur de la licence 2008-2012 pour les copies accessoires de diffusion aux fins des services de télévision et sur Internet de la SRC. Puisqu'elle reposait sur les modalités de la licence 2008-2012, j'estime que la licence provisoire délivrée subséquemment doit être annulée et renvoyée devant la Commission pour faire l'objet d'une nouvelle décision.

I. Facts

[7] The appellant CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. Where a program contains copyright-protected musical works, CBC must ensure that it has secured all necessary licences for that work in order to reproduce and broadcast the work as part of a television program. Production and broadcasting may implicate both reproduction and the telecommunication rights in a work. This appeal is concerned primarily with the reproduction right established by s. 3(1)(*d*) of the *Copyright Act*.

[8] The respondent the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. Its focus is on French-language music reproduction rights. Its members assign their reproduction rights to the collective society, which then stands in place of individual right holders in negotiations with parties who seek permission to reproduce works in its repertoire. This repertoire comprises the majority of French-language works written by Canadians.

I. Faits

[7] L'appelante, la SRC, est à la fois un producteur et un diffuseur d'émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu'elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. Lorsqu'une émission contient des œuvres musicales protégées par un droit d'auteur, la SRC doit veiller à obtenir toutes les licences nécessaires relativement à ces œuvres pour pouvoir en effectuer la reproduction et la diffusion dans le cadre d'une émission de télévision. La production et la diffusion peuvent mettre en cause à la fois le droit de reproduction et le droit de télécommunication d'une œuvre. Le présent pourvoi s'intéresse principalement au droit de reproduction visé à l'al. 3(1)*d*) de la *LDA*.

[8] L'intimée la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Elle s'intéresse surtout aux droits de reproduction de la musique de langue française. Ses membres lui cèdent leurs droits de reproduction, puis elle agit pour le compte des titulaires de droits individuels dans le cadre des négociations qu'elle mène avec des parties qui souhaitent obtenir la permission de reproduire des œuvres comprises dans son répertoire. Ce dernier comprend la majorité des œuvres de langue française composées par des Canadiens.

A. *Synchronization Copies and Broadcast-Incidental Copies*

[9] A producer who wishes to use a musical work in an audiovisual program must incorporate that work into the production copy of the program, a process known in the industry as "synchronization". The parties do not dispute that the synchronization process is an exercise of the reproduction right, and thus requires a licence if the musical work being incorporated is under copyright. Once the synchronization process is complete, the final product is referred to as a "master" copy. Where the producer is not also a broadcaster, this copy is then passed on once the program has been sold or licensed to a broadcaster.

[10] Once CBC is in possession of the master copy of a program, whether it has been produced in-house or by an independent producer, the master copy is loaded into CBC's digital content management system, a practice that has become widespread among broadcasters in recent years. Digital systems generally involve the storage of copies as electronic files on hard drives, while older analog systems stored copies on physical tapes. CBC makes use of its digital content management system to perform a number of functions that help prepare a program for broadcast.

[11] These processes result in the creation of several copies, which are at the heart of this appeal. The parties refer to these copies as "broadcast-incidental copies". Broadcast-incidental copies may be made for several purposes. For example, a copy may be made to reformat the master copy to suit CBC's technical requirements, or to edit the copy for timing, language or closed captioning purposes. One or more additional copies may also be made to allow for screening of the program by various teams within CBC before broadcast.

A. *Les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion*

[9] Le producteur qui souhaite se servir d'une œuvre musicale dans une émission audiovisuelle doit incorporer cette œuvre dans la copie de production de l'émission, un processus que les initiés appellent la « synchronisation ». Les parties ne contestent pas que le processus de synchronisation constitue un exercice du droit de reproduction et qu'il requière l'octroi d'une licence si l'œuvre musicale qui est incorporée est protégée par un droit d'auteur. Le produit créé grâce au processus de synchronisation est appelé la copie « maîtresse ». Si le producteur n'est pas un diffuseur, cette copie est transmise lors de la vente ou de la concession en licence de l'émission à un diffuseur.

[10] Dès qu'elle est en possession de la copie maîtresse d'une émission — que celle-ci ait été conçue à l'interne ou par un producteur indépendant —, la SRC l'intègre dans son système de gestion du contenu numérique, une pratique qui s'est répandue chez les diffuseurs au cours des dernières années. Les systèmes numériques supposent généralement que des copies soient entreposées sur des disques durs sous forme de fichiers électroniques, tandis que les systèmes analogiques plus anciens supposaient un entreposage des copies sur des rubans physiques. La SRC se sert de son système de gestion du contenu numérique pour exécuter un certain nombre de fonctions dans le cadre de la préparation d'une émission en vue de sa diffusion.

[11] Ces processus donnent lieu à la création de plusieurs copies, celles qui sont au cœur du présent pourvoi. Les parties les appellent : « copies accessoires de diffusion ». Celles-ci peuvent être faites à plusieurs fins, par exemple pour reformater la copie maîtresse afin qu'elle corresponde aux exigences techniques de la SRC, ou encore pour la modifier à des fins de synchronisation, de langue ou de sous-titrage codé. Une ou plusieurs copies supplémentaires peuvent aussi être faites pour que diverses équipes de la SRC puissent visionner l'émission avant sa diffusion.

B. *Licensing Practices*

[12] Broadly speaking, reproduction licences may take two forms: transactional or blanket. In a transactional licence, a prospective user seeks out the holder of the reproduction right in a particular work that the producer wishes to include in a program and negotiates an individual licence agreement. Blanket licences are negotiated between a producer and a collective society, and grant the producer the right to reproduce all works within the collective's repertoire, subject to the negotiated terms of the licence.

[13] Parties negotiating a reproduction licence may also choose to structure it as a "through-to-the-viewer" licence, in which the right holder grants the authority to make all reproductions necessary to take a program from production through to its ultimate broadcast to viewers. Alternately, they may choose to structure it as a "bare" synchronization licence, which grants the authority to make synchronization copies but does not cover additional copies made to facilitate broadcasting: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) ("Statutory Licence Decision"), at paras. 15-16. As will be discussed below, however, CBC disputes whether bare synchronization licences are possible, or whether they must include an implied licence to make broadcast-incidental copies.

[14] Where CBC acts as a producer, its practice has been to seek transactional synchronization licences from individual right holders where possible. When synchronizing French-language music, SODRAC exercises collective authority over the substantial majority of such works, and CBC has used blanket licences. Where CBC acts as a broadcaster of third party programs, it does not seek synchronization licences, as those licences will have

B. *Les pratiques de concession de licences*

[12] De façon générale, les licences de reproduction peuvent revêtir deux formes : soit elles sont ponctuelles, soit elles sont générales. Dans le cas d'une licence ponctuelle, l'utilisateur éventuel s'adresse au titulaire du droit de reproduction d'une œuvre en particulier que le producteur souhaite inclure dans une émission et il négocie un accord de licence individuel. Pour sa part, une licence générale est négociée entre un producteur et une société de gestion et elle accorde au producteur le droit de reproduire toutes les œuvres comprises dans le répertoire collectif, sous réserve des modalités négociées prévues dans la licence.

[13] Les parties qui négocient une licence de reproduction peuvent aussi choisir de structurer celle-ci comme une licence « libre de tous droits ». Dans ce cas, le titulaire d'un droit accorde l'autorisation de faire toutes les reproductions nécessaires pour mener une émission de l'étape de la production jusqu'à celle de sa diffusion à l'intention des téléspectateurs. Les parties peuvent également choisir de structurer cette licence comme une « simple » licence de synchronisation. Dans ce cas, le texte accorde l'autorisation de faire des copies de synchronisation, mais ne couvre pas les copies supplémentaires visant à faciliter la diffusion : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (« Décision sur la licence légale »), par. 15-16. Ainsi qu'il en sera question plus loin, la SRC conteste que les simples licences de synchronisation en question puissent exister, et en infère que les licences de synchronisation sont nécessairement assorties d'une licence implicite de faire des copies accessoires de diffusion.

[14] Si elle agit à titre de productrice, la SRC a comme pratique de tenter d'obtenir, dans la mesure possible, des licences de synchronisation ponctuelles auprès de chacun des titulaires d'un droit. Lorsqu'elle synchronise de la musique de langue française, la SRC utilise des licences générales, la SODRAC exerçant un pouvoir collectif à l'égard d'une importante majorité de telles œuvres. Lorsqu'elle agit à titre de diffuseur d'émissions de

been obtained by the producer before the final master copy of the program is handed over to CBC.

[15] The issues in dispute on appeal arise in part from the history of dealings between CBC and SODRAC with regard to reproduction licences. It is helpful to review this history in understanding the arguments presented by both parties.

[16] In 1990, this Court, per McLachlin J. (as she then was), issued its decision in *Bishop*, holding that "the right to broadcast a performance under s. 3(1) of the Act does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast": p. 485. Thus, reproductions made to facilitate broadcasting need to be authorized separate from the authorization to broadcast a performance to the public.

[17] Following *Bishop*, in 1992, CBC and SODRAC first entered into a negotiated licence agreement permitting CBC to make synchronization copies and other reproductions of works within the SODRAC repertoire: *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, March 19, 1992 ("1992 Licence"), A.R., vol. IV, at p. 1. This agreement did not disaggregate synchronization copies and broadcast-incidental copies, but rather granted to CBC the authority to make any copies of works in SODRAC's repertoire in connection with its broadcasting activities: 1992 Licence, art. 2. The 1992 Licence was thus a blanket, through-to-the-viewer licence. This licence also extended upstream authorization to third party producers to make synchronization copies in works commissioned for broadcast by CBC: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[18] In 1998, SODRAC began to differentiate between synchronization copies made by producers

tierces parties, la SRC ne tente pas d'obtenir de licences de synchronisation, car celles-ci ont déjà été obtenues par le producteur avant que la copie maîtresse définitive de l'émission ne lui soit remise pour qu'elle la diffuse.

[15] Les questions en litige en appel découlent en partie de l'historique des ententes conclues entre la SRC et la SODRAC en ce qui concerne les licences de reproduction. Il est utile de passer cet historique en revue pour comprendre les arguments avancés par l'une et l'autre partie.

[16] En 1990, sous la plume de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), la Cour a rendu dans *Bishop* une décision selon laquelle « le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion » : p. 485. Ainsi, l'autorisation d'effectuer des reproductions visant à faciliter la diffusion doit être accordée séparément de l'autorisation de diffuser une exécution à l'intention du public.

[17] En 1992, la SRC et la SODRAC ont, dans un premier temps, conclu un accord de licence négocié permettant à la SRC de faire des copies de synchronisation et autres reproductions d'œuvres comprises dans le répertoire de la SODRAC : *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, 19 mars 1992 (« Licence 1992 »), d.a., vol. IV, p. 1. Plutôt que d'établir une distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion, cette convention permettait à la SRC de faire tous types de copies d'œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour ses activités de diffusion : Licence 1992, art. 2. Cette licence était donc une licence générale, libre de tous droits. Elle avait également pour effet d'accorder aux producteurs tiers l'autorisation en amont de faire des copies de synchronisation d'œuvres commandées pour télédiffusion par la SRC : Décision sur la licence légale, par. 72.

[18] En 1998, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation effectuées par

and copies for other purposes made by broadcasters. It did so by announcing its intent to require producers to obtain synchronization licences, though it granted such licences for free where programs were commissioned by broadcasters who held licences to SODRAC's repertoire, on the understanding that the broadcaster had paid for the licence necessary to cover the producer's copying: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[19] In or about 2006, SODRAC began asking producers to pay for their synchronization licences. These licences were structured to permit producers to make synchronization copies, but virtually all of them expressly barred producers from authorizing further downstream copying by broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 73.

[20] In November 2008, after SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC's existing licence, SODRAC asked the Board, pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act*, to set the terms of a licence between the parties covering the reproduction by CBC of works in SODRAC's repertoire for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012: Statutory Licence Decision, at para. 3.

II. Proceedings Below

A. *Statutory Licence Decision*

[21] The Board issued its decision regarding the terms of the 2008-2012 statutory licence between CBC and SODRAC on November 2, 2012. This decision also set the terms of a licence between Les Chaînes Télé Astral and Teletoon ("Astral") and SODRAC, and of a tariff covering certain reproduction activities related to the distribution of cinematographic works. Neither the Astral licence nor the tariff is at issue before this Court.

les producteurs des copies faites à d'autres fins par les diffuseurs. En effet, elle a fait part de son intention d'exiger des producteurs qu'ils obtiennent des licences de synchronisation, bien qu'elle ait octroyé de telles licences gratuitement lorsque les émissions étaient commandées par des diffuseurs détenant des licences à l'égard du répertoire de la SODRAC, étant entendu que ceux-ci avaient payé la licence dont ils avaient besoin pour couvrir les activités de confection de copies du producteur : Décision sur la licence légale, par. 72.

[19] En 2006 ou vers 2006, la SODRAC a commencé à demander aux producteurs de payer leurs licences de synchronisation. Ces licences étaient structurées de manière à permettre aux producteurs de faire des copies de synchronisation, mais pour ainsi dire toutes ces licences leur interdisaient expressément d'autoriser la confection en aval de copies supplémentaires par les diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 73.

[20] En novembre 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d'en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC existante, la SODRAC a demandé à la Commission, en application de l'art. 70.2 de la *LDA*, de fixer les modalités d'une licence entre les parties couvrant la reproduction par la SRC d'œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012 : Décision sur la licence légale, par. 3.

II. Les instances inférieures

A. *Décision sur la licence légale*

[21] La Commission a rendu sa décision sur les modalités de la licence légale 2008-2012 entre la SRC et la SODRAC le 2 novembre 2012. Dans cette décision, elle a également fixé les modalités d'une licence conclue entre Les Chaînes Télé Astral et Télétoon (« Astral ») et la SODRAC ainsi que le tarif couvrant certaines activités de reproduction relatives à la distribution d'œuvres cinématographiques. Ni la licence d'Astral ni le tarif ne sont en litige devant la Cour.

[22] The Board conducted its analysis from the understanding that broadcast-incidental copies are reproductions within the meaning of the *Copyright Act*, and that they are not subject to an exception for ephemeral copies under the Act: see Statutory Licence Decision, at paras. 12 and 72.

[23] CBC and Astral argued in part that SODRAC's layered licence strategy — under which both producers and broadcasters would each be expected to pay a licence fee for their respective reproduction activities — went against prevailing industry practice, and was inconsistent with a through-to-the-viewer licensing approach: Statutory Licence Decision, at paras. 41-42 and 65. The Board remarked that the focus in this proceeding "must be to a large extent on SODRAC's practices": Statutory Licence Decision, at para. 64. Broader licensing practices were relevant, but not dispositive.

[24] The Board found that "outright [through-to-the-viewer] buyouts are not the dominant model in Canada", and that SODRAC "has issued few, if any, through-to-the-viewer [licences]": Statutory Licence Decision, at para. 71. Thus, the Board did not find that the weight of industry practice or of SODRAC's past practices established through-to-the-viewer licensing as a binding norm that would invalidate a layered approach to licensing.

[25] The Board turned to the question of how royalty payments under the licence should be valued. Regarding the relationship between technological innovation and licence valuation, the Board observed that

> [t]he adoption of copy-dependent technologies allows broadcasters to remain competitive and to protect their core business even when it does not generate direct profits.

[22] La Commission a procédé à son analyse étant entendu que les copies accessoires de diffusion sont des reproductions au sens de la *LDA* et qu'elles ne sont pas visées par une exception touchant les copies éphémères prévue par la *Loi* : Décision sur la licence légale, par. 12 et 72.

[23] La SRC et Astral ont fait valoir notamment que la stratégie de la SODRAC d'octroyer des licences à plusieurs niveaux — suivant laquelle tant les producteurs que les diffuseurs doivent acquitter des redevances pour mener leurs activités de reproduction respectives — ne concordait pas avec la pratique en vigueur dans ce secteur d'activités et n'était pas conforme à une méthode de concession de licences libres de tous droits : Décision sur la licence légale, par. 41-42 et 65. La Commission a fait remarquer que, dans l'instance qui nous intéresse, « il faut s'attacher principalement aux pratiques de la SODRAC » : Décision sur la licence légale, par. 64. En outre, selon la Commission, si elles sont pertinentes, les pratiques plus générales de concession de licences ne tranchent cependant pas le débat.

[24] La Commission a conclu que « les licences définitives [libres de tous droits] ne constituent pas le modèle dominant au Canada » et que la SODRAC « a délivré très peu, s'il en est, de licences libres de tous droits » : Décision sur la licence légale, par. 71. Donc, selon la Commission, ni le poids de la pratique dans ce domaine d'activités ni celui des pratiques passées de la SODRAC ne permettaient de revêtir l'octroi de licences libres de tous droits du caractère d'une norme obligatoire qui invaliderait la méthode de concession de licences à plusieurs niveaux.

[25] La Commission s'est ensuite penchée sur la manière de déterminer les redevances payables en application de la licence. En ce qui concerne la relation entre l'innovation technologique et l'évaluation de la licence, la Commission a signalé ce qui suit :

> L'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies permet aux télédiffuseurs de demeurer concurrentiels et de protéger leurs activités principales même

These technologies are necessary for Astral and CBC to remain relevant so that services continue to be seen by the public. These are clear benefits arising from the copy-dependant technologies. Since these technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies. [Endnote omitted; para. 81.]

[26] The Board set out its analysis of the appropriate valuation of the royalties covering CBC's television-related copying activity. Regarding the broadcast-incidental copies at issue before this Court, the Board employed a ratio methodology and found that the appropriate royalty payable to SODRAC for these reproductions was to be determined as a percentage of the royalties CBC paid to secure communication rights for music that it broadcast on radio and television: Statutory Licence Decision, at paras. 108-9. The Board applied its reasoning regarding television broadcast-incidental copies to copies related to Internet delivery as well: Statutory Licence Decision, at para. 148.

B. *Interim Licence Decision*

[27] Following the release of its final decision regarding the 2008-2012 licence, the Board issued an interim decision in January 2013 extending the terms of the 2008-2012 licence on an interim basis pending the Board's final determination of appropriate licence terms for the period from April 1, 2012 to March 31, 2016: Copyright Board file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online) ("Interim Licence Decision").

[28] In the Interim Licence Decision, the Board observed that "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo while avoiding a legal vacuum", though circumstances may sometimes warrant a departure from the status quo: Interim Licence Decision, at para. 18. The Board then found that the 2008-2012

lorsque ces copies ne génèrent pas de bénéfices directs. Astral et la SRC ont besoin de ces technologies pour demeurer pertinents et que le public continue de les visionner. Il s'agit de nets bénéfices découlant de technologies nécessitant la réalisation de copies. Puisque ces technologies supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires. [Note en fin d'ouvrage omise; par. 81.]

[26] La Commission a énoncé son analyse de l'évaluation applicable des redevances couvrant la confection pour la télévision de copies par la SRC. En ce qui concerne les copies accessoires de diffusion en cause devant la Cour, la Commission a retenu une méthodologie privilégiant le ratio et en est arrivée à la conclusion que les redevances payables à la SODRAC au titre de ces reproductions devaient être fixées en tant que pourcentage des redevances que la SRC avait dû verser pour obtenir le droit de communiquer la musique qu'elle diffusait à la radio et à la télévision : Décision sur la licence légale, par. 108-109. La Commission a appliqué aux copies se rapportant à la diffusion sur Internet le même raisonnement qu'elle a suivi à l'égard des copies accessoires de diffusion télévisuelle : Décision sur la licence légale, par. 148.

B. *Décision sur la licence provisoire*

[27] Après avoir rendu une décision finale sur la licence 2008-2012, soit en janvier 2013, la Commission a rendu une décision provisoire qui maintenait l'effet des modalités de la licence 2008-2012 à titre provisoire jusqu'à ce qu'elle se prononce définitivement sur les modalités dont il fallait assortir la licence pour la période allant du 1er avril 2012 au 31 mars 2016 : dossier de la Commission du droit d'auteur no 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne) (« Décision sur la licence provisoire »).

[28] Dans la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer que « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », bien que les circonstances puissent parfois justifier une dérogation au statu quo : Décision sur la licence provisoire, par. 18. La Commission

licence was a more appropriate representation of the status quo than the 1992 agreement that preceded it: Interim Licence Decision, at para. 19.

[29] Accordingly, the terms of the 2008-2012 licence were used to frame the interim licence. This structure included, among other things, a blanket synchronization fee, despite CBC's expressed desire to move to a transactional model: Interim Licence Decision, at para. 8.

C. *Federal Court of Appeal, 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509 ("FCA Decision")*

[30] The principal argument before the Federal Court of Appeal concerned whether the Board's Statutory Licence Decision was inconsistent with the principle of technological neutrality as discussed by this Court in *ESA*: FCA Decision, at para. 26.

[31] In analyzing the Board's approach to valuing broadcast-incidental copies, the Federal Court of Appeal cited as a fundamental proposition the notion that,

> if technological advances require the making of more copies of a musical work in order to get an audiovisual work that incorporates it to market, those additional copies add value to the enterprise. As a result, they attract additional royalties, not necessarily on a per-copy basis but on the basis of the additional value generated by those copies. Simply put, more copies mean more value and thus, more royalties. [para. 28]

It discussed the statements in *ESA* concerning the nature of technological neutrality, but did not find sufficient guidance to warrant its application to the facts of this case: paras. 40 and 44.

[32] The Federal Court of Appeal affirmed the Board's Statutory Licence Decision, subject to one

a ensuite conclu que la licence 2008-2012 représentait davantage le statu quo que l'accord de 1992 qui l'avait précédée : Décision sur la licence provisoire, par. 19.

[29] Les modalités de la licence 2008-2012 ont donc servi à encadrer la licence provisoire. Cette structure incluait entre autres choses des frais généraux de synchronisation, en dépit de la volonté exprimée par la SRC d'adhérer à un modèle ponctuel : Décision sur la licence provisoire, par. 8.

C. *Cour d'appel fédérale, 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509 (« Décision de la CAF »)*

[30] Le principal argument avancé devant la Cour d'appel fédérale posait la question de savoir si la Décision sur la licence légale de la Commission allait à l'encontre du principe de neutralité technologique que la Cour a formulé dans l'arrêt *ESA* : Décision de la CAF, par. 26.

[31] Dans son analyse de la méthode d'évaluation des copies accessoires de diffusion retenue par la Commission, la Cour d'appel fédérale a cité comme étant une proposition fondamentale la notion selon laquelle,

> si l'évolution technologique fait en sorte qu'il est nécessaire de faire plus de copies d'une œuvre musicale afin que l'œuvre audiovisuelle dans laquelle cette œuvre musicale est incorporée puisse être vendue, ces copies additionnelles ajoutent à la valeur de l'entreprise. Elles donnent donc droit à des redevances additionnelles qu'il ne convient pas nécessairement de calculer selon un taux par copie, mais plutôt selon un taux fondé sur la valeur additionnelle générée par ces copies. En termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances. [par. 28]

Si elle a analysé les remarques formulées dans l'arrêt *ESA* sur la nature de neutralité technologique, la Cour d'appel fédérale n'y a cependant pas vu suffisamment d'indications justifiant son application aux faits de la présente affaire : par. 40 et 44.

[32] La Cour d'appel fédérale a confirmé la Décision sur la licence légale de la Commission, sous

technical amendment to the discount formula intended to capture CBC's use of songs already subject to through-to-the-viewer licences: paras. 78-82. The court also affirmed the Board's Interim Licence Decision: paras. 93-94.

III. Issues

[33] This appeal raises the following issues:

(1) What is the appropriate standard of review?

(2) Do broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and if so, should a licence for such copies be implied in synchronization licences?

(3) If a licence for broadcast-incidental copies was required, did the Board err in setting the value of that licence in view of the principles of technological neutrality and balance?

(4) Did the Board err in setting the terms of the interim licence?

IV. Statutory Provisions

[34] The relevant statutory provisions are set out in the Appendix. The provisions most directly at issue in this appeal are ss. 3(1)(*d*), 30.7, 30.8, 30.9 and 70.2 of the *Copyright Act*.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[35] Whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying, is a question of law. This Court has established that there is a presumption that the decisions of administrative

réserve d'une modification technique de la formule de calcul de l'escompte prenant en compte l'utilisation par la SRC de chansons faisant déjà l'objet de licences libres de tous droits : par. 78-82. La cour a également confirmé la Décision sur la licence provisoire de la Commission : par. 93-94.

III. Questions en litige

[33] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

(1) Quelle est la norme de contrôle applicable?

(2) Les copies accessoires de diffusion déclenchent-elles l'application du droit de reproduction et, si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation l'existence d'une licence de confection de telles copies?

(3) Si une licence relative à des copies accessoires de diffusion était requise, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence compte tenu des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre?

(4) La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire?

IV. Dispositions législatives

[34] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Celles qui sont les plus directement en cause dans le présent pourvoi sont l'al. 3(1)*d*) et les art. 30.7, 30.8, 30.9 et 70.2 de la *LDA*.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[35] La question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, est une question de droit. La Cour a établi qu'il existe

bodies should receive deference when interpreting or applying their home statute. However, because of the "unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question [under the *Copyright Act*] at first instance", the presumption is rebutted here: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15. Thus, a standard of correctness applies to this issue.

une présomption selon laquelle il faut faire preuve d'une certaine retenue à l'endroit des décisions des organismes administratifs lorsqu'ils interprètent ou appliquent leur loi constitutive. Toutefois, étant donné le « caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit [sous le régime de la *LDA*] », cette présomption est réfutée en l'espèce : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15. La norme de la décision correcte s'applique donc à l'égard de cette question.

[36] Whether a licence for CBC's broadcast-incidental copying is implied in the associated synchronization licences involves both the scope of the reproduction right and the interpretation of SODRAC's synchronization licences. As this Court has recently observed, "[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix": *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50. The licences here fall under that principle. Accordingly, a standard of reasonableness applies when reviewing the Board's determination regarding what may be implied from the relevant synchronization licences.

[36] La question de savoir si une licence permettant à la SRC de faire des copies accessoires de diffusion s'infère des licences de synchronisation qui y sont associées met en cause à la fois la portée du droit de reproduction et l'interprétation des licences de synchronisation de la SODRAC. Ainsi que la Cour l'a fait remarquer récemment, « [l]'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50. Les licences en cause en l'espèce sont visées par ce principe. Par conséquent, la norme de la décision raisonnable s'applique aux fins de contrôler la décision de la Commission sur ce que l'on peut inférer des licences de synchronisation en cause.

[37] The Board's decision establishing the monetary value of a broadcast-incidental copying licence involves the examination of how the user intends to make use of the licensed works in light of the legal principles relevant to the reproduction right, and thus involves questions of mixed fact and law. Accordingly, a standard of reasonableness applies: *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 40; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26.

[37] La décision par laquelle la Commission fixe la valeur monétaire d'une licence de confection de copies accessoires de diffusion emporte l'examen de la manière dont l'utilisateur entend utiliser les œuvres visées par la licence à la lumière des principes juridiques pertinents relativement au droit de reproduction, et soulève donc des questions mixtes de fait et de droit. C'est pourquoi la norme de la décision raisonnable s'applique à cet égard : *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 40; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26.

[38] CBC challenges the Board's interim order on two points. First, CBC argues that the 2008-2012 licence was not an appropriate status quo baseline for the interim licence. The selection of the baseline involves the exercise of the Board's discretion to issue an interim licence under s. 66.51 of the *Copyright Act*. This exercise of discretion is not shared with the courts, and thus will be reviewed on a reasonableness standard.

[38] La SRC conteste l'ordonnance provisoire de la Commission sur deux points. Tout d'abord, elle fait valoir que la licence 2008-2012 n'était pas un point de référence du statu quo adéquat pour la licence provisoire. Le choix de ce point de référence emporte l'exercice par la Commission du pouvoir discrétionnaire d'octroyer une licence provisoire que lui confère l'art. 66.51 de la *LDA*. Comme elle n'exerce pas ce pouvoir discrétionnaire en conjonction avec les cours de justice, sa décision à cet égard sera contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.

[39] The second basis on which CBC challenges the interim order concerns whether the Board may impose a blanket synchronization licence on a user against that user's wishes. CBC characterizes this as a question of the Board's jurisdiction to issue certain types of licences, and argues that it should be reviewed for correctness. While it is possible to frame any interpretation of a tribunal's home statute as a question of whether the tribunal has the jurisdiction to take a particular action, this Court has rejected this definition of jurisdiction in the context of standard of review and emphasized that the category of "true questions of jurisdiction", if it exists at all, is narrow: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. As in *Alberta Teachers' Association*, the parties have not presented argument on the question of whether the category of true questions of jurisdiction should continue to be recognized. Assuming such questions exist, this issue is not one of the "exceptional" instances of a true question of jurisdiction.

[39] Le deuxième motif pour lequel la SRC conteste l'ordonnance provisoire porte sur la question de savoir si la Commission peut imposer une licence de synchronisation générale à un utilisateur contre son gré. La SRC affirme que cette question touche la compétence de la Commission de délivrer certains types de licences et fait valoir qu'elle devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. S'il est vrai qu'il est possible de formuler toute question d'interprétation de la loi constitutive d'un tribunal administratif comme étant une question de savoir si celui-ci est compétent pour prendre une mesure en particulier, la Cour a rejeté cette définition de la compétence dans le contexte de la décision quant à la norme de contrôle applicable et souligné que la catégorie des « véritables questions de compétence », si tant est qu'elle existe, est restrictive : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34. Comme dans cette affaire, les parties en l'espèce n'ont présenté aucun argument sur la question de savoir si la catégorie des véritables questions de compétence devrait encore être reconnue. À supposer que de telles questions existent, celle qui se pose en l'espèce ne relève pas des cas « exceptionnels » où se soulève une véritable question de compétence.

[40] The question of whether the Board is generally able to impose blanket synchronization licences under the *Copyright Act* against the wishes of a licensee is nonetheless a question of law, but it is not an interpretive question the Board shares with the courts at first instance: the courts can be seized of the question of whether the Board acted properly

[40] La question de savoir si la Commission est généralement en mesure d'imposer des licences de synchronisation générales en vertu de la *LDA* contre le gré d'un titulaire de licence demeure néanmoins une question de droit, mais elle n'est pas une question d'interprétation sur laquelle la Commission peut se pencher en première instance en

in structuring a licence only once there is a Board-imposed licence to review. Accordingly, this issue attracts a standard of reasonableness.

[41] Justice Abella objects to the segmentation of issues for the purpose of standard of review analysis and to the confusion she says this causes. This is the same objection she raised in *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, a decision issued by this Court in April 2015. *Saguenay* is the controlling authority and, on the issue of standard of review, these reasons apply *Saguenay*.

[42] Justice Karakatsanis disagrees that a specific standard of review should be ascribed to each issue arising in the appeal. However, she herself extricates the question of whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right. Then she says that a reasonableness standard applies to the balance of the decisions under review. She does not explain how she could come to that conclusion without considering the issues in the balance of the decisions under review. With respect, every standard of review analysis requires identification of the issues under review: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 51-64. She has simply done implicitly what these reasons do explicitly.

B. *SODRAC May Choose to Require a Licence for CBC's Broadcast-Incidental Copies in Addition to Related Synchronization Licences*

(1) Broadcast-Incidental Copies Engage the Reproduction Right

[43] Section 3(1)(*d*) of the *Copyright Act* provides the copyright holder with the sole right "to make

conjonction avec les cours de justice; en effet, ces dernières peuvent être appelées à déterminer si la Commission a agi correctement en structurant une licence uniquement une fois qu'elle a imposé une telle licence. C'est pourquoi cette question emporte l'application de la norme de la décision raisonnable.

[41] La juge Abella s'oppose à la segmentation des questions aux fins de l'analyse de la norme de contrôle et à la confusion qui en découle selon elle. C'est le même argument que celui qu'elle a soulevé dans *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, une décision rendue par la Cour en avril 2015. Cet arrêt est celui qui fait autorité et, en ce qui a trait à la norme de contrôle, les présents motifs appliquent les principes qui y sont énoncés.

[42] La juge Karakatsanis n'est pas d'accord pour assigner une norme de contrôle donnée à chaque question soulevée dans le présent appel. Toutefois, elle-même, elle traite séparément de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent eu jeu le droit de reproduction et affirme ensuite que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique aux autres décisions faisant l'objet du contrôle. Elle n'explique pas comment elle a pu tirer cette conclusion sans examiner les questions soulevées par ces autres décisions. Soit dit en tout respect, toute analyse de la norme de contrôle requiert d'identifier les questions faisant l'objet du contrôle : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 51-64. La juge Karakatsanis a tout simplement fait implicitement ce que les présents motifs font explicitement.

B. *La SODRAC peut choisir d'exiger une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC en plus des licences de synchronisation qui y sont associées*

(1) Les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction

[43] L'alinéa 3(1)*d*) de la *LDA* confère au titulaire du droit d'auteur sur une œuvre le droit exclusif

any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which [a] work may be mechanically reproduced or performed".

[44] SODRAC's efforts to seek licence payments for CBC's broadcast-incidental copying have their origins in this Court's decision in *Bishop*. This Court held that the making of "ephemeral" copies — in that case, recordings of a musical performance made to facilitate a later broadcast — does engage the reproduction right under the language of s. 3(1)(*d*) of the *Copyright Act*, and that the right to make such copies is not implied by law in a broadcast licence: pp. 484-85.

[45] CBC's principal argument on appeal is that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right, and thus do not support SODRAC's efforts to seek licence fees for such copies. In so arguing, CBC places considerable weight on two general principles of Canadian copyright law: the balancing of user and right-holder interests as discussed by this Court in *Théberge* per Binnie J., and the principle of technological neutrality discussed most prominently by this Court in *ESA*. In CBC's estimation, the development of these principles has resulted in a significant evolution of copyright law since *Bishop*.

[46] CBC asserts that "[t]he scope of the reproduction right is determined by a balancing exercise between the legitimate interests of copyright holders and copyright users, such as the one this Court conducted in *Théberge*" (A.F., at para. 81), and that a proper balancing of user and right-holder interests favours finding that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right. It also asserts that the principle of technological neutrality is a means of protecting the proper balance between users and right holders in a digital environment: A.F., at para. 66.

« d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement ».

[44] Les efforts de la SODRAC en vue d'obtenir des redevances pour la confection de copies accessoires de diffusion par la SRC tirent leur origine de la décision rendue par la Cour dans *Bishop*. Selon cet arrêt, la confection de copies « éphémères » — dans cette affaire, les enregistrements d'une prestation musicale visant à en faciliter la diffusion à une date ultérieure — met en jeu le droit de reproduction au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 3(1)*d*) de la *LDA*, et une licence de diffusion ne permet pas d'inférer en droit celui de faire de telles copies : p. 484-485.

[45] Le principal argument de la SRC en appel porte sur le fait que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction et donc qu'elles ne donnent pas à la SODRAC le droit d'exiger des redevances pour de telles copies. La SRC accorde ainsi beaucoup de poids à deux principes généraux du droit canadien en matière de droit d'auteur : d'une part, la mise en équilibre des intérêts de l'utilisateur et de ceux du titulaire d'un droit — ainsi que la Cour en a fait l'analyse dans *Théberge*, motifs du juge Binnie — et, d'autre part, le principe de neutralité technologique — que la Cour a analysé plus particulièrement dans l'arrêt *ESA*. De l'avis de la SRC, l'émergence de ces principes a engendré une importante évolution du droit d'auteur depuis *Bishop*.

[46] Selon la SRC, [TRADUCTION] « [l]a portée du droit de reproduction est fonction d'un exercice de mise en équilibre des intérêts légitimes des titulaires d'un droit d'auteur et des utilisateurs de ce droit, de la nature de celui qu'a effectué la Cour dans *Théberge* » (m.a., par. 81). La SRC soutient en outre que le juste équilibre entre les intérêts de l'utilisateur et ceux du titulaire d'un droit milite en faveur de la conclusion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction. Enfin, elle ajoute que le principe de neutralité technologique permet de protéger le juste équilibre en question dans un environnement numérique : m.a., par. 66.

[47] To be sure, *Théberge* demonstrates how this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved since the pronouncement in *Bishop* that the "single object" of the Act was to benefit authors: *Bishop*, at pp. 478-79, quoting *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, at p. 127. *Théberge* observed that, when weighing competing policy interests under copyright, "[t]he proper balance . . . lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature": para. 31. Similarly, in *ESA*, this Court observed that the principle of technological neutrality guards against "impos[ing] a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies": para. 9, per Abella and Moldaver JJ. But in neither case did the Court go so far as to allow these principles to override express statutory terms. The scope of a right under the *Copyright Act* is determined, first and foremost, by the Act itself. The principles at work in *Théberge* and *ESA* can inform the interpretation and application of the terms of the Act, but they cannot supplant them.

[48] The modern approach to statutory interpretation requires that we examine the "words of an Act . . . 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, approved and adopted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[49] The ordinary meaning of the text of the *Copyright Act* indicates that broadcast-incidental copying activities do engage the reproduction right. As this Court held in *Bishop*, the text of s. 3(1)(*d*) covers such activity by its terms. Making broadcast-incidental copies is the making of a "sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed": s. 3(1)(*d*). Though this Court's understanding of the purpose of copyright

[47] Bien sûr, l'arrêt *Théberge* témoigne de l'évolution de la manière dont la Cour interprète l'objet de la *LDA* depuis la décision *Bishop*, selon laquelle le « but unique » de la *Loi* devait profiter aux auteurs : *Bishop*, p. 478-479, citant *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, p. 127. Dans l'arrêt *Théberge*, la Cour a fait remarquer que, lorsqu'on soupèse des objectifs de politique générale qui s'opposent dans le domaine du droit d'auteur, « [o]n atteint le juste équilibre [. . .] non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qui convient à la nature limitée de ces droits » : par. 31. De même, dans l'arrêt *ESA*, la Cour a signalé que le principe de neutralité technologique protège contre l'imposition d'« un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces » : par. 9, motifs des juges Abella et Moldaver. Cependant, dans ni l'une ni l'autre de ces décisions la Cour n'est allée jusqu'à permettre que ces principes l'emportent sur des dispositions législatives explicites. La portée d'un droit créé par la *LDA* est déterminée, d'abord et avant tout, par la loi même. Les principes en cause dans les arrêts *Théberge* et *ESA* peuvent servir de guide dans l'interprétation des dispositions de la *LDA* et dans leur application, mais ils ne peuvent les supplanter.

[48] La méthode moderne d'interprétation législative exige que nous examinions 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, méthode approuvée et adoptée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[49] Suivant le sens ordinaire du texte de la *LDA*, les activités relatives aux copies accessoires de diffusion mettent effectivement en jeu le droit de reproduction. Ainsi que la Cour l'a conclu dans *Bishop*, le libellé même de l'al. 3(1)*d*) couvre une telle activité. La confection de copies accessoires de diffusion équivaut à faire un « enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement » : al. 3(1)*d*).

has evolved since the observation in *Bishop* that its "sole purpose" is protecting author interests, no recourse to this observation is required to read s. 3(1)(*d*) as being engaged by broadcast-incidental copying activities: p. 470. The plain language of the statute itself establishes this much.

[50] The broader statutory context of the Act further provides strong indications that the legislature intended for broadcast-incidental copies to engage the reproduction right. Most significantly, ss. 30.8 and 30.9 (set out in full in the Appendix), enacted as part of a series of amendments to the Act in 1997, establish specific circumstances in which "[i]t is *not* an infringement of copyright" to make copies to facilitate broadcasting: S.C. 1997, c. 24, s. 18(1). In order to gain the benefit of ss. 30.8 or 30.9, broadcasters must meet a list of stringent conditions concerning, among other things, the timing, record keeping, and destruction of the copies. As counsel for CBC acknowledged during the hearing before this Court, CBC's broadcast-incidental copying activities do not fit within the language of ss. 30.8 or 30.9: transcript, at p. 26.

[51] If it were true, as CBC urges, that the *Copyright Act* should properly be read such that broadcast-incidental copying does not engage the reproduction right, there would have been no need for the legislature to enact ss. 30.8 and 30.9. Their existence is strong evidence that Parliament intended, as a baseline, that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. As noted above, though the principles of balancing user and rightholder interests and of technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the *Copyright Act*.

Bien que la manière dont la Cour interprète l'objet du droit d'auteur ait évolué depuis la remarque énoncée dans *Bishop* selon laquelle son « seul but » est de protéger les droits de l'auteur, il n'est pas nécessaire de se référer à cette remarque pour en arriver à la conclusion que l'al. 3(1)*d*) est mis en cause par les activités relatives aux copies accessoires de diffusion : p. 470. Le libellé ordinaire de la loi même le confirme.

[50] Le contexte législatif plus général de la *LDA* illustre en outre clairement le souhait du législateur que les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Plus important encore, les art. 30.8 et 30.9 — reproduits intégralement en annexe et édictés comme partie intégrante d'une série de modifications apportées à la *LDA* en 1997 —, établissent les circonstances exactes dans lesquelles la confection de copies pour en faciliter la diffusion « *[n]e* constitue *pas* une violation du droit d'auteur » : L.C. 1997, c. 24, par. 18(1). Afin de pouvoir tirer profit des art. 30.8 ou 30.9, les diffuseurs doivent satisfaire à une série de conditions rigoureuses se rapportant notamment au choix de la date, à la tenue de registres et à la destruction des copies. Ainsi que l'avocat de la SRC l'a reconnu pendant l'audience tenue devant la Cour, les activités de la SRC relatives aux copies accessoires de diffusion ne relèvent pas du libellé des art. 30.8 ou 30.9 : transcription, p. 26.

[51] S'il était vrai, ainsi que la SRC le fait valoir, qu'il convient d'interpréter la *LDA* de manière que les activités relatives aux copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction, le législateur n'aurait pas eu besoin d'édicter les art. 30.8 et 30.9. Leur existence démontre clairement que le législateur souhaitait, à tout le moins, que les copies accessoires de diffusion déclenchent l'application du droit de reproduction. Comme je l'ai souligné précédemment, bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l'utilisateur et de ceux du titulaire d'un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d'auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *LDA*.

[52] Abella J. is of the opinion that, in reaching this conclusion, these reasons employ a "literal approach to the interpretation of s. 3(1)(*d*), reading the words of the provision without the benefit of the purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning": para. 170. It is rather my colleague who uses the principle of technological neutrality to displace the words Parliament has used. With respect, through her use of the principle of technological neutrality, she does not give sufficient attention to the text and context and the legislative history that explain the carve out from the reproduction right provided by ss. 30.8 and 30.9 and the residual broad scope of s. 3(1)(*d*).

[53] Subsequent to *Bishop*, in 1997, Parliament enacted ss. 30.8 and 30.9. Abella J. writes that these exceptions are not to be understood as a "comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it": para. 175. But before ss. 30.8 and 30.9 received royal assent, broadcasters asked Parliament to expand their scope. In their view, ss. 30.8 and 30.9 unduly favoured the rights of copyright holders. The pleas of the broadcasters, however, went unanswered: see V. Syrtash, "Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada's Ephemeral Exception and the 'Three-Step Test'" (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, at pp. 530-32; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 23-62 and 23-63. Thus, the scope of ss. 30.8 and 30.9 was specific and deliberate. Parliament could have adopted broader provisions. It chose not to. It is not for the Court to do by "interpretation" what Parliament chose not to do by enactment.

[54] The necessary implication of s. 30.7, also enacted in 1997, is that it absolves incidental, non-deliberate, inclusion of a work from infringement — a sterile provision and of no practical effect had Parliament considered incidental inclusion to

[52] La juge Abella estime qu'en concluant de la sorte, les présents motifs « interprète[nt] littéralement l'al. 3(1)*d*), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l'objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification » : par. 170. C'est plutôt ma collègue qui utilise le principe de neutralité technologique pour déformer le texte utilisé par le législateur. En effet, soit dit en tout respect, en utilisant le principe de neutralité technologique comme elle le fait, elle ne s'attarde pas suffisamment sur le libellé des dispositions législatives, sur leur contexte et sur l'historique législatif qui expliquent la mise à l'écart du droit de reproduction prévu aux art. 30.8 et 30.9 ainsi que la large portée résiduelle de l'al. 3(1)*d*).

[53] En 1997, soit après que la décision a été rendue dans *Bishop*, le législateur a édicté les art. 30.8 et 30.9. Selon la juge Abella, il ne faut pas interpréter ces exceptions comme un « énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni [comme] la liste des types de copies qui le feront intervenir » : par. 175. Or, avant que ces dispositions reçoivent la sanction royale, les diffuseurs ont demandé au Parlement d'en étendre la portée. À leur avis, les art. 30.8 et 30.9 favorisaient indûment les droits des titulaires du droit d'auteur. Les doléances des diffuseurs sont toutefois restées sans réponse : voir V. Syrtash, « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada's Ephemeral Exception and the "Three-Step Test" » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, p. 530-532; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 23-62 et 23-63. Ainsi, la portée des art. 30.8 et 30.9 était précise et voulue. Le législateur aurait pu leur donner une portée plus large. Il a choisi de ne pas le faire. Il n'appartient pas à la Cour de faire « en interprétant » la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l'adoptant.

[54] L'article 30.7, lui aussi édicté en 1997, empêche nécessairement que l'inclusion accessoire d'une œuvre, mais non celle qui est délibérée, constitue une infraction — une disposition qui aurait été stérile et sans effet pratique si le législateur

be outside s. 3(1)(*d*) in the first place. There is no doubt that this provision applies to broadcasting, among other activities, and that the use of broadcast-incidental copies is deliberate and thus not exempted. See D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 223.

[55] Although made in the process of broadcasting, these broadcast-incidental copies nevertheless trigger the reproduction right. They are not exempted by ss. 30.8 and 30.9. There is nothing in the text, context or legislative history of these provisions (or s. 3(1)) that supports the view that the broadcasting process obviates the fact that broadcast-incidental copies are reproductions under the *Copyright Act*. Arguments based on purpose in the form of technological neutrality and balance are advanced to come to the opposite conclusion, but purposive construction is a tool of statutory interpretation to assist in understanding the meaning of the text. It is not a stand-alone basis for the Court to develop its own theory of what it considers appropriate policy. Accordingly, the Board was correct in proceeding on the basis that broadcast incidental copies engage the reproduction right under s. 3(1)(*d*) of the *Copyright Act*.

(2) The Synchronization Licence Between CBC and SODRAC Does Not Imply a Licence to Make Broadcast-Incidental Copies

[56] CBC argues in the alternative that if a licence covering CBC's broadcast-incidental copies is required, it should be implied from CBC's synchronization licences or the synchronization licences of third party producers. To hold otherwise, CBC asserts, would be to render synchronization licences "economically sterile" and would allow SODRAC

avait jugé que les inclusions accessoires n'étaient pas visées par l'al. 3(1)*d*). Il ne fait aucun doute que cette disposition s'applique à la diffusion, entre autres activités, et que l'utilisation de copies accessoires de diffusion est délibérée et, par conséquent, n'est pas visée par l'exception. Voir D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trademarks* (2e éd. 2011), p. 223.

[55] Même si elles sont confectionnées dans le cadre du processus de diffusion, ces copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Elles ne sont donc pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9. Rien dans le libellé de ces dispositions (ou du par. 3(1)), dans leur contexte ou dans leur historique législatif, n'étaye l'opinion selon laquelle le processus de diffusion annule le fait que les copies de ce type constituent des reproductions au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *LDA*. Les arguments fondés sur l'objet visé que sont la neutralité technologique et la mise en équilibre sont invoqués pour qu'on en arrive à la conclusion inverse. Or, l'interprétation fondée sur l'objet visé est un outil d'interprétation législative qui cherche à aider à la compréhension du sens du texte. Elle ne constitue pas un fondement indépendant autorisant la Cour à élaborer sa propre théorie de ce qu'elle juge être une politique appropriée. Par conséquent, c'est à juste titre que la Commission a tenu pour acquis que les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction en application de l'al. 3(1)*d*) de la *LDA*.

(2) La licence de synchronisation conclue entre la SRC et la SODRAC n'emporte pas le droit de confectionner des copies accessoires de diffusion

[56] La SRC fait valoir à titre subsidiaire que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s'inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers. Conclure autrement, affirme la SRC, reviendrait à rendre les licences de synchronisation [TRADUCTION] « stériles du point de

to engage in "non-neutral royalty stacking": A.F., at paras. 99-100.

[57] CBC's economic argument is based on the proposition that "a single master copy [made under a synchronization licence] is useless without a corresponding implied licence to make the necessary broadcast-incidental copies": A.F., at para. 100. Instead, it argues that a "technologically-neutral approach to a synchronization licence is one that implies the necessary incidental rights in order to achieve the licence's agreed-upon purpose": A.F., at para. 100.

[58] I cannot agree. To the extent CBC's implied-licence argument turns on the language of SODRAC's actual synchronization licences, these licences do not give any indication that they ought to be read to include the right to make broadcast-incidental copies. To the contrary, the Board found that "[v]irtually all SODRAC licences issued to producers that were filed in these proceedings clearly specify, in one form or another, that the producer cannot authorize copies made by broadcasters, distributors and other exhibitors": Statutory Licence Decision, at para. 73.

[59] Nor am I persuaded that licences to make broadcast-incidental copies should be implied under synchronization licences more generally, lest the synchronization licences be rendered sterile. Synchronization licences are intended to facilitate the production of audiovisual works. That these works may ultimately be destined for broadcast does not make the production of the single master copy itself "useless". A stand-alone synchronization right is far from useless when held by an independent producer who synchronizes a song into a master copy and then sells or licences the finished product to a broadcaster. In that case, the primary purpose of the master copy, from the perspective of

vue économique » et permettrait à la SODRAC de s'adonner à un « cumul de redevances contraire au principe de neutralité » : m.a., par. 99-100.

[57] L'argument économique de la SRC repose sur la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « une copie maîtresse unique [confectionnée en vertu d'une licence de synchronisation] est inutile en l'absence d'une licence implicite correspondante de faire les copies accessoires de diffusion nécessaires » : m.a., par. 100. À son avis, il faut plutôt conclure que « l'approche neutre sur le plan technologique à l'égard d'une licence de synchronisation emporte les droits accessoires nécessaires pour réaliser l'objet de la licence sur lequel les parties se sont entendues » : m.a., par. 100.

[58] Je ne suis pas d'accord. Dans la mesure où l'argument de la SRC sur l'existence implicite d'une licence porte sur le texte des licences de synchronisation mêmes de la SODRAC, ces licences n'indiquent nulle part qu'il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. Au contraire, la Commission a conclu que « [p]ratiquement toutes les licences de la SODRAC qui ont été octroyées à des producteurs et qui ont été déposées dans le cadre de la présente instance indiquent clairement, sous une forme ou une autre, que le producteur ne peut autoriser la confection de copies par un télédiffuseur, un distributeur ou un autre exploitant » : Décision sur la licence légale, par. 73.

[59] Je ne suis pas convaincu non plus qu'il y a lieu d'inférer l'existence de licences pour faire des copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation plus généralement, de crainte que ces dernières ne soient rendues stériles. Les licences de synchronisation visent à faciliter la production d'œuvres audiovisuelles. Le fait que ces œuvres puissent en définitive être destinées à la diffusion ne rend pas « inutile » la production de la seule copie maîtresse elle-même. Le droit de synchronisation à lui seul est loin d'être inutile lorsqu'il est détenu par un producteur indépendant qui synchronise une chanson dans une copie maîtresse et vend le produit fini ou le donne ensuite en licence à un

the producer, was not for it to be broadcast, but for it to be sold or licensed to a broadcaster. The synchronization licence is sufficient to meet the needs of such a producer.

[60] Further, the Board identified certain economic considerations that it found justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences into separate payments. Separate licensing of synchronization and broadcast-incidental copies allows producers to "remain free to decide whether they wish to offer a turnkey service for the audiovisual works they licence, or whether they wish to pay only for the rights they use" (Statutory Licence Decision, at para. 83), a choice that may be particularly valuable for smaller producers with modest licensing budgets.

[61] In this case, the Board's decision does not raise the spectre of "double dipping". The terms of the licence set by the Board expressly protected against this possibility here. The 2008-2012 statutory licence includes a discount provision by which CBC's licence payments for broadcast-incidental copying may be reduced to the extent that it broadcasts programs for which the producer has already cleared reproduction rights on a through-to-the-viewer basis: s. 5.03(2). Though, as the Federal Court of Appeal noted, the Board's original discount formula was flawed (paras. 74-82), the formula, as amended by the Federal Court of Appeal, adequately guards against concerns that SODRAC may engage in double dipping by charging multiple parties for the same authorization.

[62] CBC's attempts to cast the implied-licence issue in terms of the principle of technological

diffuseur. Dans ce cas, l'objet principal de la copie maîtresse du point de vue du producteur ne tient pas dans sa diffusion, mais plutôt dans sa vente ou sa concession en licence à un diffuseur. La licence de synchronisation suffit pour satisfaire aux besoins de ce producteur.

[60] En outre, la Commission a cerné certaines considérations économiques justifiant à son avis la pratique qui consiste à séparer les paiements des licences de synchronisation et de copies accessoires de diffusion. La délivrance de licences distinctes pour la synchronisation, d'une part, et pour les copies accessoires de diffusion, d'autre part, permet aux producteurs d'être « libres de décider s'ils souhaitent offrir un service clé en main pour les œuvres audiovisuelles à l'égard desquelles ils octroient une licence, ou s'ils souhaitent payer uniquement pour les droits qu'ils utilisent » (Décision sur la licence légale, par. 83), un choix qui peut être particulièrement précieux pour les producteurs de plus petite taille dont les budgets de licence sont modestes.

[61] Dans le présent pourvoi, la décision de la Commission ne fait pas naître le spectre du « cumul des redevances ». Les modalités de la licence fixées par la Commission fermaient expressément la porte à une telle possibilité. En effet, la licence légale 2008-2012 inclut une disposition d'escompte en vertu de laquelle les redevances versées par la SRC pour les copies accessoires de diffusion peuvent être réduites dans la mesure où elle diffuse des émissions pour lesquelles le producteur a déjà libéré les droits de reproduction libres de tous droits : par. 5.03(2). Si, ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a signalé, la formule originale du calcul de l'escompte de la Commission était erronée (par. 74-82), la formule, tel qu'elle a été modifiée par la Cour d'appel fédérale, protège suffisamment contre les craintes que la SODRAC facture en double des redevances à plusieurs parties pour une même autorisation.

[62] La SRC a tenté, sans succès, de formuler la question de la licence implicite sous l'angle du

neutrality are unavailing. CBC has failed to highlight exactly how SODRAC's desired practice of disaggregating synchronization and broadcast-incidental licensing would offend the principle as it has been understood by this Court. Separation of licences into synchronization and broadcast-incidental arrangements does not, on its own, impose a "gratuitous cost" based on formal technological distinctions, as was the concern in *ESA*.

[63] Nor does technological neutrality stand for the proposition, as CBC urges, that the *Copyright Act* prohibits the creation of "additional layers of royalties at the behest of collective societies" such that disaggregating synchronization and broadcast-incidental copying is legally impermissible: A.F., at para. 105. This argument reads *ESA* too broadly. The difference between synchronization copies and broadcast-incidental copies is tied to the fundamentally distinct activities of production and broadcasting. They are different functions. This difference is not based on particular technological details; it would exist regardless of the technologies used either to produce or to broadcast. Thus, a decision recognizing production and broadcasting as distinct activities, and thus as the valid subject of disaggregated licences, does not offend the principle that "an additional layer of protections and fees" not be imposed based solely on technological change: *ESA*, at para. 9.

[64] Accordingly, it was reasonable for the Board to decline to identify an implied licence to engage in broadcast-incidental copying within the synchronization licences underlying the programs that CBC broadcasts.

principe de neutralité technologique. En effet, elle n'a pas fait ressortir précisément comment la pratique souhaitée de la SODRAC de distinguer les licences de synchronisation des licences accessoires de diffusion porterait atteinte au principe tel que la Cour le comprend. Le partage des licences en des ententes sur la synchronisation et des ententes sur la confection de copies accessoires de diffusion n'impose pas en soi un « coût injustifié » sur le fondement de distinctions technologiques formelles, comme on le craignait dans *ESA*.

[63] La neutralité technologique ne permet pas non plus d'avancer, comme la SRC le fait valoir, que la *LDA* empêche la création de [TRADUCTION] « couches supplémentaires de redevances à la demande des sociétés de gestion » de telle sorte que la distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion ne puisse être permise en droit : m.a., par. 105. Cet argument repose sur une interprétation trop libérale de l'arrêt *ESA*. La différence entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion tient au caractère fondamentalement distinct des activités de production et de diffusion. Elles sont des fonctions différentes. Cette différence ne repose pas sur des détails technologiques en particulier; elle existerait sans égard aux technologies utilisées pour produire ou pour diffuser les œuvres. Donc, la décision qui reconnaît le caractère distinct de la production et de la diffusion, justifiant en conséquence l'octroi de licences distinctes, ne contrevient pas au principe selon lequel « un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance » ne doit pas être imposé sur le seul fondement d'un changement technologique : *ESA*, par. 9.

[64] En conséquence, la Commission pouvait raisonnablement refuser d'inférer l'existence d'une licence de confection de copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation qui sous-tendent les émissions que diffuse la SRC.

C. *In Not Taking Into Account the Principles of Technological Neutrality and Balance in Its Valuation Analysis, the Board's Decision Was Unreasonable*

(1) The Principle of Technological Neutrality is Relevant to Questions of Valuation

[65] CBC asserts that the Board erred in failing to conduct its valuation analysis in accordance with the principle of technological neutrality. SODRAC argues that, once it has been established that a copying activity engages the reproduction right, the principle of technological neutrality is spent and has no bearing on valuation.

[66] The principle of technological neutrality is recognition that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. It is derived from the balancing of user and right-holder interests discussed by this Court in *Théberge* — a "balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator": para. 30. Because this long-standing principle informs the *Copyright Act* as a whole, it must be maintained across all technological contexts: "The traditional balance between authors and users should be preserved in the digital environment. . ." (*ESA*, at para. 8).

[67] In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, just as it does in determining whether an activity implicates copyright at all. The Board operates pursuant to the *Copyright Act*, and in its regulatory role of fixing royalties under s. 70.2, it may not simply set aside the principles that guide its interpretation of the Act once it has begun its valuation analysis. While the Board's valuation analysis will vary according to the facts

C. *En omettant de prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre dans son analyse de la valeur du droit, la Commission a rendu une décision déraisonnable*

(1) Le principe de neutralité technologique est pertinent dans l'analyse de la valeur du droit

[65] La SRC fait valoir que la Commission a commis une erreur, car elle ne s'est pas conformée au principe de neutralité technologique pour effectuer son analyse de la valeur. Pour la SODRAC, par contre, dès lors qu'il est établi que la confection de copies met en jeu l'application du droit de reproduction, le principe de neutralité technologique n'est plus pertinent et n'a plus aucune incidence sur l'évaluation.

[66] Selon le principe de neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du législateur, la *LDA* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Ce principe découle de la mise en équilibre des intérêts de l'utilisateur et de ceux du titulaire d'un droit dont la Cour a fait l'analyse dans l'arrêt *Théberge* — soit l'« équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » : par. 30. Puisque ce principe reconnu depuis longtemps guide l'interprétation de la *LDA* dans son ensemble, il doit être maintenu dans tous les contextes technologiques : « L'équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique . . . » (*ESA*, par. 8).

[67] Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s'applique à l'évaluation d'une licence de reproduction, tout comme à la question de savoir si une activité met en cause un droit d'auteur. La Commission mène ses activités en application de la *LDA*, et lorsqu'elle assume le rôle que lui confère l'art. 70.2 de cette loi de fixer les redevances, elle ne peut pas simplement mettre de côté les principes qui guident son interprétation de la loi une fois qu'elle entreprend son analyse de

of each case, it is unreasonable for the Board to ignore the principle of technological neutrality in that analysis in cases where it is implicated.[1]

[68] Indeed, it would be inconsistent to require a technologically neutral interpretation of the *Copyright Act* but not require a technologically neutral application of the Act. As Professor Vaver has written, "Copyright law should strive for technological neutrality": p. 172. Interpretation and application of the Act are both important in seeking this objective.

[69] In reviewing the Board's decision, the Court of Appeal remarked upon the principle of technological neutrality, but declined to apply it, as that court felt that it had insufficient guidance from this Court on how it should be applied. These reasons aim to provide such guidance.

(2) Technological Neutrality in Valuation

[70] Because rights holders have the exclusive right to reproduce their works under s. 3(1)(*d*), they are entitled to be justly compensated for the use of that right. One element of just compensation is an appropriate share of the benefit that the user obtains by using reproductions of their copyright-protected work in the operation of the user's technology. That just compensation must be valued, however, in accordance with the principle of technological neutrality. While highly unlikely, where users are deriving the same value from the use of reproductions of copyright-protected works using different technologies, technological neutrality implies that it would be improper to impose higher copyright-licensing costs on the user of one technology than

[1] This case pertains to the Board's power to fix royalties under s. 70.2 of the *Copyright Act*. The considerations a court might take into account in assessing monetary remedies for infringement is left to be decided if and when such a case arises.

la valeur. Si cette analyse faite par la Commission varie selon les faits propres à une affaire, il est cependant déraisonnable que, ce faisant, elle écarte le principe de neutralité technologique dans les cas où il est mis en cause[1].

[68] En effet, il serait illogique d'exiger que la *LDA* soit interprétée compte tenu du principe de neutralité technologique sans exiger une application de la loi qui, elle aussi, soit conforme à ce principe. Comme l'a écrit le professeur Vaver, [TRADUCTION] « [l]e droit d'auteur devrait viser la neutralité technologique » : p. 172. Tant l'interprétation de la loi que son application sont importantes dans la poursuite de cet objectif.

[69] Dans son examen de la décision de la Commission, la Cour d'appel a fait des remarques relatives au principe de neutralité technologique. Elle a toutefois refusé de l'appliquer puisqu'elle était d'avis qu'elle manquait de directives de la Cour sur la façon dont il devrait être appliqué. Les présents motifs visent à donner de telles directives.

(2) La neutralité technologique dans le contexte de l'évaluation

[70] Selon l'al. 3(1)*d*), les titulaires du droit d'auteur ont le droit exclusif de reproduire leurs œuvres. Ils ont donc droit à une juste compensation lorsqu'il y a usage de ce droit. Une telle compensation consiste notamment en un partage approprié des bénéfices qu'obtient l'utilisateur de reproductions des œuvres protégées par le droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation de la technologie de l'utilisateur. Cette juste compensation doit cependant être évaluée en conformité avec le principe de neutralité technologique. Bien que cela soit très improbable, lorsque des utilisateurs tirent la même valeur de l'utilisation des reproductions d'œuvres protégées par le droit d'auteur en utilisant des technologies différentes, la neutralité technologique suppose

[1] La présente affaire concerne le pouvoir de la Commission prévu à l'art. 70.2 de la *LDA* de fixer les redevances. La question des facteurs dont un tribunal peut tenir compte pour évaluer les redressements monétaires par suite d'une infraction n'est pas tranchée en l'espèce et le sera, le cas échéant, lorsque la Cour sera saisie d'une cause portant sur la question.

would be imposed on the user of a different technology. To do so would privilege the interests of the rights holder to a greater degree in one technology over the other where there is no difference between the two in terms of the value each user derives from the reproductions.

[71] The converse is also true. Where the user of one technology derives greater value from the use of reproductions of copyright-protected work than another user using reproductions of the copyright-protected work in a different technology, technological neutrality will imply that the copyright holder should be entitled to a larger royalty from the user who obtains such greater value. Simply put, it would not be technologically neutral to treat these two technologies as if they were deriving the same value from the reproductions.

[72] In determining whether a separate communication right was engaged in *ESA*, this Court held that technological neutrality required the consideration of the difference between the old and new forms of delivery of works. In the absence of any difference between them, no separate right was engaged: "In our view, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user": *ESA*, at para. 5. Similarly, in the valuation of a right, technological neutrality requires that different technologies using reproductions of copyright-protected work that produce the same value to the users should be treated the same way. Conversely, different technologies using reproductions that produce different values should not be treated the same way.

qu'il serait incorrect d'exiger des redevances plus élevées de l'utilisateur d'une technologie particulière que de l'utilisateur d'une technologie différente. Agir ainsi donnerait au titulaire des droits d'auteurs plus de droits dans le contexte de l'utilisation d'une technologie plutôt que d'une autre, même s'il n'existe aucune différence entre la valeur que retire l'utilisateur de la première de ces reproductions par rapport à celle que retire l'utilisateur de la seconde.

[71] L'inverse est également vrai. Lorsque l'utilisateur d'une technologie tire une plus grande valeur de l'utilisation de reproductions d'une œuvre protégée par le droit d'auteur qu'une personne qui en fait une utilisation similaire en se servant d'une autre technologie, le principe de la neutralité technologique suppose que le titulaire du droit d'auteur aurait droit à des redevances plus élevées de l'utilisateur qui obtient la plus grande valeur en question. Bref, il ne serait pas neutre sur le plan technologique de traiter ces deux technologies comme si elles permettaient de tirer la même valeur des reproductions.

[72] Lorsqu'elle a examiné la question de savoir si un droit de communication distinct a été mis en jeu dans *ESA*, la Cour a conclu que le principe de neutralité technologique exigeait de prendre en considération la différence entre les modes anciens et nouveaux de livraison des œuvres. En l'absence de quelque différence que ce soit entre eux, aucun droit distinct n'entre en jeu : « À notre avis, il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur » : *ESA*, par. 5. De même, lorsqu'il est question de donner une valeur à un droit, le principe de neutralité technologique exige que des technologies différentes qui utilisent des reproductions d'une œuvre protégée par le droit d'auteur et qui engendrent une même valeur pour les utilisateurs soient traitées de la même façon. Inversement, des technologies différentes qui utilisent des reproductions qui génèrent des valeurs différentes ne devraient pas l'être.

[73] In this case, if CBC derives greater value from the use of broadcast-incidental copies in its digital technology than it did under its prior analog technology, this is a factor in favour of the copyright holder being entitled to greater royalties for use of its copyright-protected work in CBC's digital technology. Technological neutrality requires that the Board compare the value derived from the use of reproduction in the two technologies in its valuation analysis. As will be explained, it did not do so in this case, nor did it take into account the principle of balance, to which I now turn.

[73] En l'espèce, si la SRC tire une plus grande valeur de l'utilisation de copies accessoires de diffusion en utilisant sa technologie numérique qu'elle ne le faisait lorsqu'elle utilisait la technologie analogique, il s'agit d'un facteur qui milite en faveur du droit du titulaire du droit d'auteur à des redevances plus importantes pour l'utilisation par la SRC de son œuvre protégée au moyen de la technologie numérique. La neutralité technologique exige que la Commission compare la valeur tirée de l'utilisation d'une reproduction au moyen des deux technologies dans son analyse de la valeur. Comme je l'expliquerai, elle ne l'a pas fait en l'espèce; et elle n'a pas non plus tenu compte du principe de mise en équilibre, sur lequel je vais maintenant m'attarder.

(3) Balance in Valuation

(3) La mise en équilibre dans le contexte de la recherche de la valeur

[74] It is well established that copyright law maintains "a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator" of those works: *Théberge*, at para. 30. This balance "lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them": *Théberge*, at para. 31.

[74] Il est bien établi que le droit d'auteur maintient « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » de ces œuvres : *Théberge*, par. 30. Cet équilibre est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » : *Théberge*, par. 31.

[75] When it is tasked with fixing licence fees, the Board must have regard to factors it considers relevant in striking a balance between the rights of users and right holders. Relevant factors will include, but are not limited to, the risks taken by the user, the extent of the investment the user made in the new technology, and the nature of the copyright-protected work's use in the new technology. The Board must assess the respective contributions of, on the one hand, the risks taken by the user and the investment made by the user, and on the other hand, the reproductions of the copyright-protected works, to the value enjoyed by the user. In this case, where

[75] Lorsqu'elle est appelée à fixer des redevances, la Commission doit tenir compte des facteurs qu'elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l'utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment : les risques pris par l'utilisateur et l'ampleur de son investissement dans la technologie ainsi que la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans la nouvelle technologie. La Commission doit évaluer les contributions respectives des risques pris par l'utilisateur et de son investissement, d'une part, et des copies des œuvres protégées par le droit d'auteur, d'autre part, par rapport à la valeur dont profite

the financial risks of investing in and implementing new technology were undertaken by the user and the use of reproductions of copyright-protected works was incidental, the balance principle would imply relatively low licence fees to the copyright holder. As will be explained, the Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC on the basis of the SODRAC/SOCAN ratio.

[76] Justice Abella argues that the extent of the investment made by the user in its technology and the risks undertaken in relation to that technology are "unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works": para 180. I cannot agree. In an unregulated market, a commercial user will always consider whether it makes economic sense to pay the licence fee demanded by the copyright holder. A licence fee that precludes the user from recovering what it considers an adequate return on its investment in its technology will result in there being no licence and no royalty. In the regulated context, it is the Board that must take account of such considerations. They are far from irrelevant.

[77] Contrary to what Justice Abella asserts, it will never be the case that, because a user makes a significant investment in technology or assumes substantial risk, royalties for the rights holder will amount to zero. From the moment the right is engaged, licence fees will necessarily follow. The amount of the fee will depend upon the Board's consideration of the evidence in each case, always having regard to the principles of technological neutrality and balance and any other factors it considers relevant.

l'utilisateur. En l'espèce, où les risques financiers découlant de l'investissement dans la nouvelle technologie et de son implantation ont été pris par l'utilisateur et où l'utilisation de reproductions des œuvres protégées par le droit d'auteur était accessoire, le principe de mise en équilibre supposerait que les redevances à verser au titulaire du droit d'auteur soient relativement peu élevées. Comme je vais l'expliquer, la méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC sur la base du ratio SODRAC/SOCAN pour la reproduction des œuvres.

[76] La juge Abella fait valoir que l'importance de l'investissement fait par l'utilisateur pour mettre en place la technologie dont il se sert ainsi que les risques qu'il a pris relativement à cette technologie « n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et [. . .] ne sont pas pertinent[s] » : par. 180. Je ne suis pas de cet avis. Dans un marché non réglementé, un utilisateur commercial examine toujours s'il est avantageux pour lui financièrement de payer les redevances exigées par le titulaire du droit d'auteur. S'il conclut que ces redevances l'empêcheraient d'obtenir un taux de rendement qu'il juge acceptable sur le capital qu'il a investi pour acquérir la technologie qu'il utilise, il n'y aura ni licence ni redevances. Dans un contexte réglementé, c'est la Commission qui doit tenir compte de tels facteurs. Ils sont loin de ne pas être pertinents.

[77] Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, jamais un investissement important par l'utilisateur dans une technologie ou le risque considérable qu'il a pu prendre n'auront pour effet de rendre nulles les redevances du titulaire du droit d'auteur. Dès lors que le droit entre en jeu, des redevances suivront. Le montant de ces dernières dépendra de l'examen de la preuve par la Commission dans chaque affaire, examen qui doit toujours tenir compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ainsi que de tout autre facteur qu'elle juge pertinent.

[78] Justice Abella also says that these reasons represent "a significant departure from the principle [of technological neutrality] as it was articulated in *Entertainment Software Association*": para. 181. The issue in *ESA* (and *Rogers*) was whether the telecommunication right was engaged; whether one technology achieved a result more efficiently than another was irrelevant to whether the right was engaged.

[79] Here, where the right is engaged, the issue becomes one of valuation of that right, and the principles of technological neutrality and balance must be adapted to the valuation context. When it is tasked with determining the value of a right, an important consideration for the Board is the value of that right to the user. The value of the use of reproductions in one technology may stem from functional differences from use in another technology. Value differences may also stem from internal efficiencies between technologies. Ignoring internal efficiencies would result in rights holders being denied additional royalties when the use of their copyrighted work in the more efficient technology confers greater value to the user of that technology. This would hardly constitute "gratuitous fees", as asserted by Justice Abella: para. 182.

(4) The Board Did Not Consider the Principle of Technological Neutrality or Balance in Setting the Value of CBC's Broadcast-Incidental Copying Licence With SODRAC

(a) *The Board's Statutory Licence Decision*

[80] The Board received a detailed picture of the structure of both CBC and Astral's broadcast systems, the copies that were made in those systems, and what purposes they served, largely through the testimony and report of Dr. Michael Murphy and CBC's responses to interrogatories. Further, CBC and Astral's statement of the case before the Board

[78] La juge Abella déclare aussi que les présents motifs constituent « un changement important par rapport à [l]a formulation [du principe de neutralité technologique] dans *Entertainment Software Association* » : par. 181. La question en litige dans *ESA* (ainsi que dans *Rogers*) était celle de savoir si le droit de télécommunication était en jeu; qu'une technologie ait atteint un résultat de façon plus efficace qu'une autre n'était pas pertinent.

[79] En l'espèce, où le droit entre en jeu, la question devient celle de la détermination de la valeur de ce droit, et les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre doivent être adaptés à ce contexte. Lorsqu'elle est appelée à déterminer la valeur d'un droit, il est important que la Commission prenne en considération la valeur de ce droit pour l'utilisateur. La valeur de l'utilisation de reproductions lorsqu'une technologie est utilisée peut découler de différences fonctionnelles par rapport à l'utilisation d'une autre technologie. Les différences de valeur peuvent aussi provenir de gains internes en efficacité des technologies. Ignorer ces gains priverait les titulaires de droits de redevances additionnelles lorsque l'utilisation de leur œuvre par la technologie plus efficace procure une plus grande valeur à l'utilisateur de cette technologie. Cela ne constituerait assurément pas des « redevances [. . .] injustifiées » comme le prétend la juge Abella : par. 182.

(4) La Commission n'a pas tenu compte des principes de neutralité technologique ou de mise en équilibre pour fixer la valeur de la licence de copies accessoires de diffusion qui lie la SRC et la SODRAC

a) *La décision de la Commission sur la licence légale*

[80] La Commission a obtenu un portrait détaillé de la structure des systèmes de diffusion de la SRC et d'Astral, des copies qui ont été faites dans le cadre de ces systèmes et des fins auxquelles ces dernières ont servi. C'est en grande partie grâce au témoignage et au rapport du D[r] Michael Murphy et des réponses de la SRC aux questions que la Commission

expressly identified technological neutrality as a relevant consideration:

> The Board must apply the principle of technological neutrality. One should not artificially introduce technology issues that are unrelated to the nature of the work being valued. To the knowledge of Astral and SRC/CBC, there is not a single television producer in North America who has ever been required by a composer, screenwriter or other rights holder to pay a greater license fee for music because of alleged technological efficiencies. These are simply irrelevant considerations in the marketplace in view of the nature of the work being licensed. There is no reason for broadcasters to be treated any differently because the issue is brought before the Board. [A.R., vol. II, at pp. 190-91]

[81] Neither the record nor the Board's Statutory Licence Decision, in which it used a ratio based on the royalties CBC pays to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada ("SOCAN") to licence performance rights to determine SODRAC royalties, gives any indication that the Board considered balance and technological neutrality in arriving at a valuation of the copyright-protected work. There is no indication that the relative value derived from the use of copyright-protected works in CBC's digital technology as compared to its prior analog technology, or the relative contributions of the CBC and SODRAC to the analog and digital technologies were considered.

[82] The Board concluded in this case that, "[s]ince these [digital content-management] technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies": Statutory Licence Decision, at para. 81. The value the Board ascribed to the uses of broadcast-incidental copies by CBC

a obtenu ces renseignements. De plus, les mémoires de la SRC et d'Astral déposés devant la Commission mentionnent expressément la neutralité technologique comme étant un facteur pertinent :

> [TRADUCTION] La Commission doit appliquer le principe de neutralité technologique. On doit se garder de soulever artificiellement des questions de technologie qui n'ont rien à voir avec la nature de l'œuvre qui est évaluée. À la connaissance d'Astral et de la SRC, aucun producteur de télévision en Amérique du Nord n'a jamais été tenu par un compositeur, un scénariste ou autre titulaire de droits de verser des redevances supérieures relativement à une musique en raison de prétendus gains technologiques en efficacité. Il s'agit là de considérations tout simplement sans pertinence dans le marché compte tenu de la nature de l'œuvre faisant l'objet de la licence. Il n'y a aucune raison de traiter les diffuseurs différemment parce que la Commission est saisie de la question. [d.a., vol. II, p. 190-191]

[81] Ni le dossier ni la Décision sur la licence légale de la Commission — dans laquelle elle a utilisé un ratio basé sur les redevances payées par la SRC à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») pour les droits d'exécution afin de déterminer les redevances de la SODRAC — n'indiquent qu'elle a pris en considération la mise en équilibre et la neutralité technologique pour effectuer son évaluation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Rien n'indique que la valeur relative découlant de l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur au moyen de la technologie numérique de la SRC en comparaison avec celle procurée au moyen de la technologie analogique qu'elle utilisait auparavant ou que les contributions relatives de la SRC et de la SODRAC aux technologies analogiques et numériques ont été prises en considération.

[82] La Commission a conclu dans la présente affaire que, « [p]uisque ces technologies [de gestion du contenu numérique] supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires » : Décision sur la licence légale, par. 81. La valeur que la Commission a attribuée

seems to have been based, at least to some extent, on the fact that more copies were being made under CBC's digital content-management system, although the valuation formula the Board prescribed does not appear to be related to the use of additional copies.

(b) *The Federal Court of Appeal Decision*

[83] The Federal Court of Appeal summarized the Board's approach as finding that, "[s]imply put, more copies mean more value and thus, more royalties": para. 28. The court ultimately upheld the Board's approach: para. 49. The notion that "more copies mean more value and thus, more royalties" is appealing in its simplicity. However, it is out of step with the principles of technological neutrality and balance.

[84] The making of broadcast incidental copies cannot be equated with, for example, the copying of books. With a book, the author expects a return for the original expression that the *Copyright Act* has encouraged him to expend in producing the work. If copyright is infringed by the making and sale of unlicensed copies, an arithmetic approach (aggregating each lost royalty on each lost sale) would be one way of measuring the resulting loss.

[85] However, where additional copies are made and used internally in an improved or more efficient broadcasting process, they are only made to render the process feasible. This process might only allow the user to keep up with the competition by reducing costs or by saving time, for example. It might even only allow the user of the copies to limit its losses. This is far from benefits that are proportional to the number of copies made. The Federal Court of Appeal set out a fair reading of *ESA* when it described it as establishing that "[t]echnological neutrality is determined by functional equivalence": para. 39. I would add that, to the extent the Federal

aux utilisations des copies de diffusion accessoires par la SRC semble avoir été fondée, au moins dans une certaine mesure, sur le fait que plus de copies étaient faites avec le système de gestion de contenu numérique de la SRC, même si la formule pour fixer la valeur prescrite par la Commission ne semble pas liée à l'utilisation de copies supplémentaires.

b) *La décision de la Cour d'appel fédérale*

[83] La Cour d'appel fédérale a résumé l'approche retenue par la Commission comme impliquant que, « [e]n termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » : par. 28. En définitive, la cour a maintenu l'approche de la Commission : par. 49. Le concept selon lequel « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » a l'avantage d'être simple. Il est cependant contraire aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[84] La confection des copies accessoires de diffusion ne peut être mise sur un pied d'égalité avec, par exemple, la reproduction de livres. Avec un livre, l'auteur s'attend à une compensation pour l'originalité d'expression dont la *LDA* l'a encouragé à faire montre lorsqu'il a produit l'œuvre. En cas de violation du droit d'auteur par la confection ou la vente de copies non autorisées, une approche mathématique (qui consisterait à faire la somme des redevances perdues) serait une façon de mesurer la perte encourue.

[85] Cependant, lorsque des copies additionnelles sont confectionnées et utilisées à l'interne dans le cadre d'un processus de diffusion amélioré ou plus efficace, elles ne sont confectionnées que pour rendre le processus possible. Il se pourrait que ce processus soit utile uniquement pour faire face à la compétition en réduisant ses coûts ou en permettant des économies de temps, par exemple. Il se pourrait même qu'il ne fasse que limiter les pertes de l'utilisateur des copies. On est alors loin de bénéfices qui sont proportionnels aux nombres de copies qui ont été confectionnées. La Cour d'appel fédérale a interprété correctement l'arrêt *ESA* lorsqu'elle a dit que,

Court of Appeal suggested that the principle is concerned only with delivery of works, it read the principle too narrowly. The *Copyright Act* as a whole is to be read having regard to the principles of technological neutrality and balance, unless its text indicates otherwise. *ESA*'s focus on delivery of works was a specific application of the general principle, based on the questions presented in that case; the principle is not confined to that context.

[86] The context here is the fixing of royalties by the Board under s. 70.2 of the Act. In that context, adherence to the principles of technological neutrality and balance require that account be taken of the value that the reproductions of the copyright-protected work contribute in the digital as compared to the analog technology, and of the relative contributions of the reproductions and the user's investment and risk in providing the new technology.

(c) *The History of the Board's 1:3.2 Ratio*

[87] A review of the history of the Board's valuation methodology does not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered, either explicitly or implicitly. The Board calculated the broadcast-incidental copy fee by setting it at 31.25 percent of the fee CBC pays to SOCAN to license performance rights, for a ratio between broadcast-incidental copying fees and performance fees of 1:3.2, which, expressed as a percentage, is 31.25 percent, subject to repertoire adjustment. The Board selected this 1:3.2 ratio based on its earlier use in a series of cases setting the relative values of broadcast-incidental copying and performance royalties in the commercial radio context. The Board in this case found the ratio

selon cette décision, « [l]'équivalence fonctionnelle détermine la neutralité technologique » : par. 39. J'ajouterais que, dans la mesure où la Cour d'appel fédérale a donné à entendre que le principe ne s'applique qu'à la livraison des œuvres, elle l'a interprété de manière trop restrictive. À moins d'une indication contraire dans son libellé, la *LDA* dans son ensemble doit être interprétée en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. L'accent mis sur la livraison des œuvres dans l'arrêt *ESA* témoignait d'une application spécifique du principe général, compte tenu des questions soulevées dans cette affaire; le principe n'est pas confiné à ce seul contexte.

[86] En l'espèce, le contexte est celui de la fixation des redevances par la Commission en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi*. Dans ce contexte, adhérer aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre exige qu'il soit tenu compte de la valeur qu'apportent les reproductions d'une œuvre protégée par le droit d'auteur dans un contexte numérique par rapport à celle qu'elles apportent dans un contexte de technologie analogique ainsi que des contributions relatives des reproductions et de l'investissement de l'utilisateur dans la nouvelle technologie et du risque qu'il a assumé en l'adoptant.

c) *L'historique du ratio de 1:3.2 de la Commission*

[87] L'examen de l'historique de la méthode d'évaluation retenue par la Commission ne donne aucune indication que cette dernière a pris en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, que ce soit explicitement ou implicitement. La Commission a calculé les redevances au titre des copies accessoires de diffusion, les fixant à 31,25 % de celles que verse la SRC à la SOCAN au titre des droits d'exécution. Cela donne un ratio entre les redevances au titre des copies accessoires de diffusion et celles au titre de l'exécution de 1:3.2, ce qui correspond à 31,25 %, sous réserve d'un ajustement de répertoire. La Commission a porté son choix sur ce ratio de 1:3.2 compte tenu de son utilisation antérieure pour une série de dossiers

to be equally applicable to the television context: para. 109.

dans lesquels ont été fixées les valeurs respectives des redevances au titre des copies accessoires de diffusion et au titre de l'exécution dans le contexte de la radio commerciale. Dans la présente affaire, la Commission a conclu que le ratio était également applicable au contexte télévisuel : par. 109.

[88] The 1:3.2 ratio has its origins in the Board's 2003 decision regarding commercial radio licence fee: *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, March 28, 2003 (online) ("*Commercial Radio 2003*"). In that matter, the Board was tasked with setting tariffs for broadcast-incidental copying in the commercial radio context.

[88] Le ratio de 1:3.2 tire son origine de la décision rendue par la Commission en 2003 concernant les redevances pour la radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, 28 mars 2003 (en ligne) (« *Radio commerciale 2003* »). Dans ce dossier, la Commission a été appelée à fixer les tarifs de copies accessoires de diffusion dans le contexte de la radio commerciale.

[89] The Board considered three factors that it found relevant in supporting the tariff rate it ultimately selected. First, it found that the existence of the reproduction right "tends to plead in favour of a royalty that is more than nominal, even though its use in the course of broadcasting operations is secondary to broadcasting": *Commercial Radio 2003*, at p. 13. Second, it found that "the use of new broadcasting techniques lowers costs for radio stations. Copying music to a hard drive optimizes the use of these new techniques, thus entitling rights holders to a fair share of the efficiencies arising from this reproduction": *ibid.*, at p. 13. Third, the Board found the "optional" nature of the tariff (insofar as radio stations could avoid the tariff by declining to make broadcast-incidental copies) allayed concerns that a high tariff might discourage innovation in broadcasting techniques: *ibid.*, at p. 13.

[89] La Commission a alors pris en considération trois facteurs qu'elle a jugés pertinents aux fins de soutenir le tarif qu'elle a sélectionné en définitive. Premièrement, elle a conclu que l'existence du droit de reproduction « tend à favoriser l'établissement d'une redevance plus que nominale, et ce, même si l'utilisation [de ce droit] dans le cadre d'activités de diffusion est une utilisation accessoire à cette diffusion » : *Radio commerciale 2003*, p. 13. Deuxièmement, a-t-elle conclu, « l'utilisation des nouvelles techniques de diffusion entraîne une baisse des coûts pour les stations de radio. La reproduction de la musique sur disque dur, qui optimise l'utilisation de ces nouvelles techniques, fait en sorte que les titulaires ont droit à une juste part des efficiences qui découlent de cette reproduction » : *ibid.*, p. 13. Troisièmement, la Commission a conclu que la nature « optionnelle » du tarif (dans la mesure où les postes de radio pourraient éviter le tarif en refusant de faire des copies accessoires de diffusion) apaisait les craintes qu'un tarif élevé puisse décourager l'innovation dans les techniques de diffusion : *ibid.*, p. 13.

[90] The Board then weighed these factors and concluded that a base rate of 1 percent of the user's gross revenues was appropriate, subject to

[90] La Commission a ensuite soupesé ces facteurs et conclu qu'un tarif de base de 1 % des recettes brutes de l'utilisateur était juste, sous réserve

adjustment based on repertoire size: *Commercial Radio 2003*, at p. 14. At the time, SOCAN was entitled to a performance tariff of 3.2 percent of gross revenues, thus establishing a ratio of broadcast-incidental copying and performance tariffs at 1:3.2.

[91] In 2010, the Board was again tasked with setting reproduction and performance royalties to be paid to collective rights organizations for commercial radio activities: *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re:Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online) ("*Commercial Radio 2010*"). In that matter, the Board reaffirmed the 1:3.2 ratio, underscored the fact that this ratio was supported in part based on the efficiency gains realized through digital technology, and applied it to set tariffs for broadcast-incidental copying: para. 223.

(d) *The Application of Technological Neutrality and Balance to the Valuation Analysis*

[92] It is evident both from the Board's reasons in this case and the reasoning underlying the historical use of the 1:3.2 ratio that the valuation of the licence fee covering CBC's broadcast-incidental copying did not apply a valuation method consistent with the principle of technological neutrality because there was no comparison of the value contributed by the copyright-protected reproductions as between CBC's prior technology and its new digital technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its digital technology, as required by the balance principle.

d'un rajustement fondé sur la taille du répertoire : *Radio commerciale 2003*, p. 14. À l'époque, la SOCAN avait droit à un tarif au titre de l'exécution de 3,2 % des recettes brutes, ce qui établissait le ratio pour les copies accessoires de diffusion et les tarifs d'exécution à 1:3.2.

[91] En 2010, la Commission a encore une fois été appelée à fixer des redevances d'exécution et de reproduction à verser à des sociétés de gestion collective pour les activités de radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré:Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l'égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne) (« *Radio commerciale 2010* »). Dans cette affaire, la Commission a confirmé le ratio de 1:3.2, a souligné le fait que ce ratio était justifié en partie par les gains d'efficacité réalisés grâce à une technologie numérique, et a appliqué celui-ci pour fixer des tarifs au titre des copies accessoires de diffusion : par. 223.

d) *L'application des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre à l'analyse de la valeur*

[92] Il ressort clairement des motifs de la Commission dans le présent dossier et du raisonnement qui sous-tend son utilisation du ratio de 1:3.2 dans le passé qu'en procédant à la détermination des redevances que doit verser la SRC au titre des copies accessoires de diffusion, la Commission n'a pas appliqué une méthode d'évaluation compatible avec le principe de neutralité technologique. En effet, elle n'a procédé à aucune comparaison de la valeur générée par les reproductions d'œuvres protégées par le droit d'auteur lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu'elle utilise sa nouvelle technologie numérique. La Commission a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport au risque qu'a pris l'utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie numérique, tel que l'exige le principe de mise en équilibre.

[93] One may argue that the complexities of technological systems and business models mean there is no objective way to determine how much of the value generated by a technologically dependent system should be allocated to right holders and how much should be allocated to the user, in view of technological neutrality and balance. It is the Board's duty to apply the principles of technological neutrality and balance in a reasonable and coherent manner. Whenever the Board engages in the valuation of a licence or tariff, it arrives at a determination by applying its experience and expertise to weigh evidence that may not be reducible to an objective economic valuation. This difficulty, however, should not mean that the Board cannot carefully consider expert evidence, the availability of any suitable proxies, and other relevant considerations in arriving at a reasonable valuation. Overall, the Board's valuation analysis must comport with the *Copyright Act*'s fundamental requirement to recognize technological neutrality and balance between user and right-holder interests. In licence proceedings where technological neutrality and balance are relevant, it will be for the Board to establish how evidence bearing on these principles will be presented. Since a party is generally required to provide evidence of what is necessary to support its claim, the Board may well consider placing the onus on the right holder to assert how the use of a copyright-protected work should justify its desired licence fee, with the onus then on the user to demonstrate why a lower fee is justified.

[94] I do not, however, attempt to dictate the procedures the Board must follow in its licence proceedings, as it enjoys the discretion to set its own procedures and practices in each case, subject to its regulations as approved by the Governor in Council: *Copyright Act*, s. 66.6(1).

[93] D'aucuns pourraient prétendre qu'en raison de la complexité des systèmes technologiques et des modèles d'entreprise, il n'existe aucune manière objective de déterminer la part de la valeur générée par un système qui dépend de la technologie que l'on doit attribuer aux titulaires d'un droit et la part que l'on doit attribuer à l'utilisateur, compte tenu de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Il incombe néanmoins à la Commission d'appliquer les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre de manière raisonnable et cohérente. Lorsqu'elle procède à l'évaluation d'une licence ou d'un tarif, la Commission arrive à une décision en se servant de son expérience et de son expertise pour soupeser une preuve qui peut ne pas se réduire à une évaluation économique objective. Il ne faut toutefois pas déduire de l'existence de cette difficulté que la Commission ne peut pas examiner soigneusement une preuve d'expert, l'existence d'approximations applicables et d'autres facteurs pertinents pour en arriver à une évaluation raisonnable. Dans l'ensemble, l'analyse de la valeur faite par la Commission doit être conforme à l'exigence selon laquelle il faut reconnaître la neutralité technologique et l'équilibre établit par la *LDA* entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur. Dans les instances en matière de licence où la neutralité technologique et la mise en équilibre sont pertinentes, il incombe à la Commission d'établir le mode de présentation de la preuve ayant trait à ces principes. Puisqu'une partie est généralement tenue de fournir une preuve de ce qui est nécessaire pour étayer ses prétentions, la Commission peut fort bien envisager d'imposer au titulaire d'un droit l'obligation de démontrer comment l'utilisation d'une œuvre protégée par un droit d'auteur devrait justifier les redevances qu'il réclame, l'utilisateur étant ensuite tenu de démontrer pourquoi des redevances inférieures sont justifiées.

[94] Toutefois, loin de moi l'idée d'imposer la procédure que la Commission doit suivre dans le cadre des instances en matière de licence dont elle est saisie, car elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour établir ses propres pratiques et procédures dans chaque cas, sous réserve des règlements qu'elle prend et qui sont approuvés par le gouverneur en conseil : *LDA*, par. 66.6(1).

[95] There will no doubt be a degree of informed judgment in the valuation analysis, as there is some amount of informed judgment in all licence proceedings in which the Board is called upon to assign monetary figures to uses of copyright-protected works whose value is not easily quantified. Nevertheless, the Board must ground its decisions in the *Copyright Act*, the principles of technological neutrality and balance, its expertise, and the evidence before it.

[96] I conclude that the Board's decision was unreasonable in that it did not consider how the principles of technological neutrality and balance ought to have been reflected in the licence fees imposed on CBC with regard to its television and Internet broadcast-incidental copying activity. I would remit the matter to the Board for reconsideration of those portions of the Statutory Licence Decision that address these fees with instructions to conduct its analysis in a manner that is consistent with technological neutrality and balance, as discussed above.

D. *The Board's Interim Decision*

(1) The Board's "Status Quo" Approach Was Reasonable

[97] The Board is empowered by s. 66.51 of the *Copyright Act* to issue interim orders. The language of s. 66.51 is discretionary: "The Board *may*, on application, make an interim decision." The statute provides no further indication of how the Board is to exercise its discretion in issuing or choosing not to issue interim decisions.

[98] In issuing its Interim Licence Decision, the Board observed that "[a]n interim decision serves chiefly to avoid the negative consequences caused by the length of the proceedings and may serve to avoid the legal vacuums created when protected works are used without authorization": para. 17. In its opinion, "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo

[95] Il faudra évidemment faire preuve d'un certain degré de jugement éclairé dans l'analyse de la valeur, tout comme dans toutes les instances en matière de licence dans lesquelles la Commission est appelée à attribuer une valeur monétaire à des utilisations d'œuvres protégées par un droit d'auteur dont la valeur n'est pas aisément quantifiée. Néanmoins, la Commission doit fonder ses décisions sur la *LDA*, sur les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, sur son expertise et sur la preuve produite.

[96] Je conclus que la décision de la Commission était déraisonnable au motif qu'elle n'a pas pris en considération la manière dont les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre devaient se refléter dans les redevances imposées à la SRC en ce qui concerne sa confection de copies accessoires de diffusion pour la télévision et Internet. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Commission pour nouvel examen des portions de la Décision sur la licence légale qui portent sur ces redevances et nouvelle analyse d'une manière qui concorde avec la neutralité technologique et avec la mise en équilibre, tel qu'il en a été question précédemment.

D. *Décision provisoire de la Commission*

(1) Le maintien du « statu quo » par la Commission était raisonnable

[97] La Commission est habilitée par l'art. 66.51 de la *LDA* à rendre des ordonnances provisoires. Le libellé de l'art. 66.51 lui confère un pouvoir discrétionnaire : « La Commission *peut*, sur demande, rendre des décisions provisoires. » La loi ne précise pas la manière dont la Commission doit exercer ce pouvoir pour rendre ou choisir de ne pas rendre des décisions provisoires.

[98] Lorsqu'elle a rendu la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer qu'« [u]ne décision provisoire sert avant tout à éviter les effets néfastes de la longueur des procédures et peut servir à éviter les vides juridiques créés lorsqu'il y a une utilisation d'œuvres protégées sans autorisation » : par. 17. À son avis, « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est

while avoiding a legal vacuum", unless a balance of convenience indicates that a change to the status quo is appropriate: para. 18.

[99] I am unpersuaded by CBC's argument that the Board's approach to identifying the status quo and using it as the basis for an interim licence has impermissibly "fettered its discretion by adopting an overly restrictive definition of the status quo": A.F., at para. 139. The Board's approach allows it to avoid the uncertainty and legal vacuums that would occur in the absence of an interim decision, and the use of the licence terms in effect immediately prior to the entering into effect of the interim decision provides for continuity between the previous arrangement and the interim licence. Further, the Board's acknowledgment that factors may sometimes justify departing from the status quo where indicated by the balance of convenience provides that the Board has not completely fettered its discretion.

[100] I find nothing unreasonable in the Board's approach to identifying and using the 2008-2012 statutory licence as the status quo in this case. However, in view of the fact that I would remit the matter for reconsideration of the 2008-2012 licence as set out above, it will be necessary for the Board to reconsider the terms of the interim statutory licence to ensure that it is consistent with the Board's redetermination of the 2008-2012 licence fee.

(2) The Board May Not Compel a User to Agree to the Terms of a Licence Against the Will of the User

[101] CBC argues that, while the Board may fix the royalties to be paid under the statutory licensing procedure created by s. 70.2 of the *Copyright Act*, the Board may not set the other terms or structure of that licence. Specifically, CBC takes issue with the Board's decision to impose an interim licence on a blanket basis, such that CBC pays for access to the entire SODRAC repertoire, rather than on

de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », à moins qu'un changement au statu quo soit souhaitable, eu égard à la prépondérance des inconvénients : par. 18.

[99] Je ne peux retenir l'argument de la SRC selon lequel la manière dont la Commission a déterminé le statu quo et l'a utilisé pour fonder une licence provisoire a de façon inadmissible [TRADUCTION] « fait entrave à son pouvoir discrétionnaire en adoptant une définition excessivement restrictive du statu quo » : m.a., par. 139. La méthode retenue par la Commission permet à cette dernière d'éviter l'incertitude et les vides juridiques qui surviendraient en l'absence d'une décision provisoire, et l'utilisation des modalités de la licence en vigueur immédiatement avant l'entrée en vigueur de la décision provisoire assure la continuité entre l'accord précédent et la licence provisoire. En outre, sa reconnaissance que certains facteurs pourraient parfois justifier une dérogation au statu quo eu égard à la prépondérance des inconvénients indique que la Commission n'a pas complètement fait abstraction de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Je ne vois rien de déraisonnable dans la manière dont la Commission a choisi et utilisé la licence légale 2008-2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, comme je suis d'avis de lui renvoyer le dossier pour réexamen de la licence 2008-2012 ainsi que je l'ai mentionné précédemment, la Commission devra revoir les modalités de la licence légale provisoire pour veiller à ce que celles-ci concordent avec sa nouvelle décision sur les redevances visées par la licence 2008-2012.

(2) La Commission ne peut contraindre un utilisateur à accepter contre son gré les modalités d'une licence

[101] La SRC fait valoir que, si elle peut fixer les redevances à payer en application de la procédure d'octroi de licences légales créée par l'art. 70.2 de la *LDA*, la Commission ne peut cependant pas énoncer les autres modalités ou la structure de cette licence. Plus spécifiquement, la SRC conteste la décision de la Commission d'imposer une licence provisoire de manière générale, obligeant ainsi la

CBC's preferred transactional basis, whereby CBC would pay only whenever it actually used a work from the SODRAC repertoire. A blanket licence grants access to SODRAC's entire repertoire for its duration, and thus reduces CBC's ability to control its licensing costs. Under a transactional licence, by contrast, CBC may choose in any given situation whether it wishes to license a particular work or forego making use of SODRAC music. CBC argues that if the collective organization and the user disagree over the model a licence is to take — blanket or transactional — the Board lacks the power to compel the execution of a licence.

SRC à verser une somme d'argent pour avoir accès au répertoire complet de la SODRAC, plutôt qu'à la pièce, comme elle le souhaite, ce qui lui permettrait de ne payer que lorsqu'elle utilise effectivement une œuvre puisée dans ce répertoire. Une licence générale accorde pour toute sa durée un accès au répertoire complet de la SODRAC et réduit ainsi la capacité de la SRC de contrôler ses coûts de licence. Par opposition, une licence ponctuelle permettrait à la SRC de choisir, dans une situation donnée, si elle souhaite obtenir une licence à l'égard d'une œuvre donnée ou renoncer à utiliser la musique de la SODRAC. La SRC soutient que, si la société de gestion et l'utilisateur ne peuvent s'entendre sur le modèle que doit revêtir une licence — générale ou ponctuelle —, la Commission n'a pas le pouvoir de forcer la passation d'une licence.

[102] SODRAC counters that the Board has the power to issue licences in either blanket or transactional form, and should have this power in all proceedings under s. 70.2. To hold otherwise, it argues, would be "to make the Board's remedial jurisdiction under section 70.2 dependent upon the consent of a user, [and] would be at odds with its mandate to resolve disputes": R.F., at para. 133.

[102] La SODRAC soutient en revanche que la Commission est habilitée à octroyer des licences — générales ou ponctuelles — et qu'elle devrait détenir ce pouvoir dans toutes les instances fondées sur l'art. 70.2. Si on concluait le contraire, affirme-t-elle, [TRADUCTION] « la compétence de la Commission en matière de réparation en application de l'art. 70.2 serait tributaire du consentement d'un utilisateur, [. . .] ce qui serait contraire au mandat qui est le sien de résoudre des conflits » : m.i., par. 133.

[103] Though CBC first raised this issue in the context of the Board's Interim Licence Decision, the dispute relates generally to the Board's power to structure licences, whether interim or not: Does the Board's power to set the terms of a licence include the power to bind the parties to those terms?

[103] Bien que la SRC ait soulevé cette question dans le contexte de la Décision sur la licence provisoire de la Commission, le litige se rapporte généralement au pouvoir de la Commission de structurer les licences, qu'elles soient provisoires ou non : le pouvoir de la Commission de fixer les modalités d'une licence emporte-t-il le pouvoir de lier les parties à ces modalités?

[104] I do not read the *Copyright Act* to necessitate that decisions made pursuant to the Board's licence-setting proceedings under s. 70.2 have a binding effect against users. Section 70.2(1) itself provides that where a collective organization and a user cannot agree on the terms of a licence, either party may apply to the Board to "fix the royalties and their related terms and conditions". This grant of power speaks of the Board's authority to set

[104] À mon avis, la *LDA* n'exige pas que les décisions prises dans le cadre des instances de la Commission visant à fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2 aient un effet obligatoire à l'égard des utilisateurs. Le paragraphe 70.2(1) lui-même prescrit que lorsque la société de gestion et l'utilisateur ne peuvent s'entendre sur les modalités d'une licence, l'une ou l'autre partie peut s'adresser à la Commission et

down in writing a set of terms that, in its opinion, represent a fair deal to license the use of the works at issue. It says nothing, however, about whether these terms are to be binding against the user.

[105] The statutory context supports the conclusion that licences crafted pursuant to s. 70.2 proceedings are not automatically binding on users. Section 70.4 of the Act provides:

70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[106] This provision makes it clear that a user whose copying activities were the subject of a s. 70.2 proceeding *may* avail itself of the terms and conditions established by the Board as a way to gain authorization to engage in the activity contemplated in the Board proceeding. The language of s. 70.4 does not, of its own force, bind the user to the terms and conditions of the licence.

[107] The conclusion that Board licences established pursuant to s. 70.2 are not binding on users comports with the more general legal principle that "no pecuniary burden can be imposed upon the subjects of this country, by whatever name it may be called, whether tax, due, rate or toll, except upon clear and distinct legal authority": *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, at p. 407, as approved and adopted in *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470, at para. 77, and *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.*

lui demander de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] ». Cela témoigne du pouvoir de la Commission de formuler par écrit une série de modalités qui, à son avis, représentent une entente raisonnable en vue d'autoriser l'utilisation des œuvres en cause. Cette disposition reste cependant muette sur la question de savoir si ces modalités doivent lier l'utilisateur.

[105] Le contexte législatif permet de conclure que les modalités dont les licences sont assorties dans le cadre d'instances tenues en application de l'art. 70.2 ne lient pas automatiquement les utilisateurs. L'article 70.4 de la *LDA* prescrit ce qui suit :

70.4 L'intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l'égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d'octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

[106] Il est clair, suivant cette disposition, que l'utilisateur dont la confection de copies a fait l'objet d'une instance fondée sur l'art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l'autorisation d'accomplir l'activité envisagée dans le cadre de l'instance qui se déroule devant la Commission. Le texte de l'art. 70.4 en lui-même ne lie donc pas l'utilisateur aux modalités dont la licence est assortie.

[107] La conclusion selon laquelle les licences dont les modalités sont fixées par la Commission en vertu de l'art. 70.2 ne lient pas les utilisateurs est compatible avec le principe juridique plus général selon lequel « aucune charge pécuniaire ne peut être imposée aux sujets de ce pays, peu importe le nom qu'on lui donne, qu'il s'agisse d'une taxe, d'une cotisation, d'un tarif ou d'un péage, sauf en vertu d'une autorité légale claire et distincte » : *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, p. 407, tel qu'approuvé et adopté dans *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*,

(1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), at p. 885. To bind a user to a licence would be to make it liable according to its terms and conditions should it engage in the covered activity. In the absence of clear and distinct legal authority showing that this was Parliament's intent, the burdens of a licence should not be imposed on a user who does not consent to be bound by its terms.

[108] SODRAC's framing of the issue is not entirely wrong: the Board does have the power under s. 70.2 to "fix the royalties and their related terms and conditions". That is, the Board may decide upon a fair royalty to be paid should the user decide to engage in the activity at issue under the terms of a licence. However, this power does not contain within it the power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed. Of course, should the user then engage in unauthorized copying regardless, it will remain liable for infringement. But it will not be liable as a licensee unless it affirmatively assumes the benefits and burdens of the licence.

[109] The matter is complicated considerably by the fact that the Board's statutory licence decisions have, in recent years, taken on an increasingly retroactive character. CBC's statutory licence in this case provides an example: the licence covers the period from November 2008 to March 2012, but the Board's final decision was issued on November 2, 2012, after the term of the licence had expired. In situations like these, the Board may issue interim licences that seek to fill the legal vacuum before the final decision is ready, but this leaves a user to operate based on assumptions about how their ultimate liability for actions taken during the interim period will be evaluated.

2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470, par. 77, et *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), p. 885. Lier un utilisateur à l'égard d'une licence reviendrait à l'assujettir à ses modalités s'il en venait à accomplir l'activité visée. En l'absence, dans la loi, d'un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là l'intention du législateur, le fardeau d'une licence ne devrait pas être imposé à l'utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités.

[108] La formulation de la question en litige par la SODRAC n'est pas entièrement erronée : la Commission a effectivement le pouvoir, aux termes de l'art. 70.2, de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] », ce qui signifie qu'elle peut fixer des droits d'auteur équitables à verser si l'utilisateur décide d'accomplir l'activité en cause suivant les modalités d'une licence. Toutefois, ce pouvoir n'emporte pas en lui-même celui de contraindre l'utilisateur à accepter ces modalités lorsqu'après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence. Évidemment, si l'utilisateur effectue ensuite des copies non autorisées, il demeurera responsable de la violation. Par contre, il ne sera pas responsable en tant que titulaire à moins qu'il ne souscrive expressément aux avantages et aux obligations dont la licence est assortie.

[109] L'affaire est considérablement compliquée par le fait que, au cours des récentes années, les décisions de la Commission sur les licences légales ont revêtu un caractère de plus en plus rétroactif. La licence légale de la SRC dans la présente affaire en est un exemple : elle couvre la période allant du mois de novembre 2008 au mois de mars 2012, alors que la décision finale de la Commission a été rendue le 2 novembre 2012, après l'expiration des modalités de la licence. Dans de telles situations, la Commission peut octroyer des licences provisoires qui visent à combler le vide juridique avant que la décision finale ne soit prête. Cela signifie cependant que l'utilisateur doit mener ses activités sur le fondement de suppositions sur la manière dont sera évaluée sa responsabilité en définitive pour des actes accomplis dans l'intervalle.

[110] Should a user engage in copying activity under an interim licence, and then find itself presented with a final licence whose terms it would not voluntarily assume, the user is left in a difficult position: accept the terms of an undesirable licence, or decline the licence and retroactively delegitimize the covered activity engaged in during the interim period, risking an infringement suit. This dilemma may mean that a user who operates under an interim licence has no *realistic* choice but to assume the terms of the final licence.

[111] While I find this possibility troubling, I do not find that this result would detract from the more general proposition that there is no legal basis on which to hold users to the terms of a licence without their assent. The licence is not *de jure* binding against users, even if the particulars of a specific proceeding, and a user's decision to engage in covered activity during an interim period, may mean that the user does not *de facto* have a realistic choice to decline the licence.[2]

[112] I conclude that the statutory licensing scheme does not contemplate that licences fixed by the Board pursuant to s. 70.2 should have a mandatory binding effect against users. However, this case does not require this Court to decide whether the same is true of collective organizations. It may be that the statutory scheme's focus on regulating the actions of collective organizations, and the case law's focus on ensuring that such organizations do not devolve into "instruments of oppression and extortion" (*Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348, at p. 354, per Duff J., quoting *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, at p. 128) would justify finding that the Board

[110] S'il en venait à faire des copies en vertu d'une licence provisoire et qu'il obtenait ensuite une licence définitive dont il n'acceptait pas volontairement les modalités, l'utilisateur se retrouvait devant un choix difficile : accepter les modalités d'une licence qui lui est indésirable ou refuser la licence et rendre invalide rétroactivement l'activité visée qu'il a menée dans l'intervalle, et ainsi risquer une action en contrefaçon. En raison de ce dilemme, l'utilisateur qui mène ses activités en vertu d'une licence provisoire pourrait n'avoir d'autre choix *réaliste* que d'accepter les modalités dont la licence définitive est assortie.

[111] Si cette possibilité me paraît déconcertante, je ne crois pas que ce résultat déroge à la proposition plus générale selon laquelle il n'y a aucun fondement juridique permettant de contraindre les utilisateurs à accepter contre leur gré les modalités d'une licence. Celle-ci ne lie pas les utilisateurs en droit même si les particularités d'une instance donnée et la décision d'un utilisateur de mener l'activité visée au cours d'une période intérimaire peuvent signifier qu'il n'a pas dans les faits le choix réaliste de refuser la licence[2].

[112] Je conclus que le régime législatif d'octroi de licences n'envisage pas la possibilité que des licences fixées par la Commission en vertu de l'art. 70.2 aient un effet obligatoire à l'égard des utilisateurs. Cependant, la présente affaire n'oblige pas la Cour à décider s'il en est de même à l'égard des sociétés de gestion collective. Il se peut que l'objectif principal du régime législatif de réglementer les actions des sociétés de gestion collective et celui de la jurisprudence de faire en sorte que de telles sociétés ne se transforment pas en des [TRADUCTION] « instruments d'oppression et d'extorsion » (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348, p. 354, le juge

[2] During the hearing before this Court, counsel for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz briefly raised concerns regarding the Board's power to issue retroactively binding decisions in general. That issue was not squarely before this Court in this case, and I do not purport to decide broader questions concerning the legitimacy of or limits on the Board's power to issue retroactive decisions here.

[2] Lors de l'audience tenue devant la Cour, l'avocat des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz a soulevé brièvement des préoccupations relativement au pouvoir de la Commission de rendre rétroactivement des décisions obligatoires en général. Cette question n'a pas été directement soumise à la Cour dans la présente affaire, et je n'entends pas me prononcer ici sur des questions plus générales concernant la légitimité ou les limites du pouvoir de la Commission de rendre des décisions rétroactives.

does have the power to bind collective organizations to a licence based on the user's preferred model — transactional or blanket — on terms that the Board finds fair in view of that model. However, this issue was not argued in this case.

[113] I find that licences fixed by the Board do not have mandatory binding force over a user; the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but a user retains the ability to decide whether to become a licensee and operate pursuant to that licence, or to decline.

VI. Conclusion

[114] The Board did not take account of the principles of technological neutrality and balance in valuing the licence fees for CBC's television and Internet broadcast-incidental copies. I would allow the appeal, set aside the 2008-2012 statutory licence as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incidental copies and remit the Statutory Licence Decision to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance.

[115] To the extent that the interim licence fees were based on the valuation of the broadcast-incidental copies in the 2008-2012 statutory licence, I would set aside the interim licence and remit the Interim Licence Decision for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

[116] CBC is entitled to its costs here and in the Federal Court of Appeal.

Duff, citant *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, p. 128) justifient la conclusion selon laquelle la Commission a effectivement le pouvoir de contraindre les sociétés de gestion à accepter une licence compte tenu du modèle préféré de l'utilisateur — ponctuel ou général — selon les modalités que la Commission juge équitables eu égard à ce modèle. Toutefois, cette question n'a pas été débattue dans la présente affaire.

[113] Je suis d'avis que les licences octroyées par la Commission ne sont pas revêtues d'un caractère obligatoire à l'égard d'un utilisateur; la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre de décider de devenir titulaire de la licence et mener ses activités conformément à cette dernière, ou de refuser de le faire.

VI. Conclusion

[114] La Commission n'a pas tenu compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour fixer les redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la licence légale 2008-2012 en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et de renvoyer la Décision sur la licence légale à la Commission pour réexamen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[115] Dans la mesure où les redevances fixées par la licence provisoire reposaient sur l'évaluation des copies accessoires de diffusion dans la licence légale 2008-2012, je suis d'avis d'annuler la licence provisoire et de renvoyer la Décision sur la licence provisoire pour réexamen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

[116] La SRC a droit à ses dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

The following are the reasons delivered by

[117] ABELLA J. (dissenting) — This appeal is based on a decision by the Copyright Board to impose royalty fees on the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) for incidental copies required to be made in the process of turning a television program into a broadcast. The imposition of such fees not only violates the principle of technological neutrality endorsed by this Court three years ago in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231, it distorts the accepted balance between the rights of copyright holders and the public. The CBC already pays royalty fees for broadcasting rights. These additional fees artificially raise the cost of broadcasting television programs, resulting in an increased cost to consumers for the same product. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. The decision is, as a result, unreasonable.

Background

[118] The CBC, Canada's public broadcaster, both produces and broadcasts television programs. It broadcasts its own original programs as well as programs that have been produced by third party producers.

[119] The Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) is a collective society operating under the *Copyright Act*. It administers the reproduction rights held by its members in their musical works, namely, "the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever": s. 3(1). Notably, it does not administer performance rights,

Version française des motifs rendus par

[117] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent pourvoi est fondé sur la décision de la Commission du droit d'auteur d'imposer des redevances à la Société Radio-Canada (SRC) pour toute copie accessoire qu'elle doit créer au cours du processus de diffusion d'une émission de télévision. L'imposition de ces redevances porte non seulement atteinte au principe de neutralité technologique adopté par la Cour il y a trois ans dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, mais elle rompt également l'équilibre établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et le public. La SRC paie déjà des redevances pour les droits de diffusion. Ces frais additionnels augmentent artificiellement le coût de diffusion des programmes télévisés, ce qui a pour conséquence d'accroître le coût du même produit pour les consommateurs. Rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42. Par conséquent, la décision est déraisonnable.

Contexte

[118] La SRC, le diffuseur public canadien, produit et diffuse des émissions de télévision. Elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que des émissions qui ont été produites par des producteurs tiers.

[119] La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) est une société de gestion collective qui exerce ses activités en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle gère les droits de reproduction de ses membres quant à leurs œuvres musicales, à savoir « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque » : par. 3(1). Fait à noter, elle

which include broadcasting rights. SODRAC operates by taking an assignment of its members' reproduction rights, and representing them in negotiations with parties who seek to reproduce works in SODRAC's repertoire.

[120] A producer of television programming incorporates musical works into an audiovisual program. The CBC pays royalties to SODRAC for the right to incorporate musical works in SODRAC's repertoire into its television programs. The process of incorporation is called synchronization. It is a multi-step process which currently requires the creation of between 12 and 20 incidental copies of the work in order to produce the final synchronized "master" copy of the television program. Once the synchronization process is complete, there will be a single master copy of the synchronized program that the producer provides to the broadcaster, usually on a digital medium such as a CD or digital tape.

[121] In order to lawfully reproduce the musical works during synchronization, a producer must obtain a synchronization licence from the holder of the reproduction right in the musical works. In Canada, SODRAC has a virtual monopoly over reproduction rights of French-language music. SODRAC issues synchronization licences to producers, allowing them to make any reproductions necessary to create a synchronized audiovisual work. If the CBC synchronizes a television program using music from SODRAC's repertoire, it is required to have a synchronization licence from SODRAC. If it receives television programming from a third party producer, it is the third party producer who is required to have the synchronization licence.

[122] SODRAC holds only the reproduction rights to the works in its repertoire, it is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works. Royalties for the right to broadcast the works are paid instead to the Society of Composers,

ne gère pas les droits d'exécution, qui incluent les droits de diffusion. La SODRAC obtient une cession des droits de reproduction de ses membres et les représente dans le cadre de négociations avec des parties qui cherchent à reproduire des œuvres contenues dans son répertoire.

[120] Le producteur d'émissions de télévision incorpore des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles. La SRC paie des redevances à la SODRAC pour avoir le droit d'incorporer des œuvres musicales contenues dans le répertoire de cette dernière dans ses émissions de télévision. Le processus d'incorporation est appelé synchronisation. Il s'agit d'un processus à plusieurs étapes, qui requiert actuellement la création d'entre 12 et 20 copies accessoires de l'œuvre afin de produire la copie « maîtresse » finale synchronisée de l'émission de télévision. Lorsque le processus de synchronisation est terminé, une seule copie maîtresse de l'émission synchronisée est créée, puis remise par le producteur au diffuseur, habituellement sur un support numérique comme un CD ou un ruban d'enregistrement numérique.

[121] Pour pouvoir reproduire légalement les œuvres musicales durant la synchronisation, le producteur doit obtenir une licence de synchronisation de la part du titulaire du droit de reproduction des œuvres musicales. Au Canada, la SODRAC exerce un quasi-monopole sur les droits de reproduction de la musique francophone. Elle accorde des licences de synchronisation aux producteurs, les autorisant ainsi à effectuer toute reproduction nécessaire pour créer une œuvre audiovisuelle synchronisée. Ainsi, lorsque la SRC synchronise une émission de télévision en utilisant de la musique provenant du répertoire de la SODRAC, elle doit obtenir de cette dernière une licence de synchronisation. Si la SRC reçoit une émission de télévision d'un producteur tiers, c'est ce dernier qui doit détenir la licence de synchronisation.

[122] La SODRAC est titulaire uniquement des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire et n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres. Ces redevances sont plutôt versées à la Société canadienne

Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), the collective society that administers the right to communicate the musical works to the public by telecommunication. In order to broadcast the synchronized television program, the CBC must obtain a broadcasting licence from SOCAN.

[123] Until its application to the Copyright Board in this case, SODRAC had no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting the musical works.

[124] Like the synchronization process, the process of broadcasting the television program involves multiple steps, requiring the creation of incidental copies of the work. These are known as broadcast-incidental copies. The CBC makes broadcast-incidental copies of all television programs it broadcasts, regardless of whether they are produced in-house or by a third party.

[125] The activity of broadcasting begins when the digital content of the master copy is transferred to the broadcaster's digital content management system, which is the system that the broadcaster uses to manage the storage, editing, and airing of the program.

[126] Modern digital broadcasting systems consist of a number of component parts, including a broadcast server hard drive (or series of hard drives) for temporary storage of a copy of the program until it is aired, a digital tape library for longer-term storage of the program (until expiry of the broadcasting rights), computers and software packages used for screening and editing the program in preparation to be aired, a video logger used to capture a real-time copy of the aired program for compliance with the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) requirements, and an automated content manager that gives instructions to the system for moving the files to and from the various components.

des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la société de gestion collective qui gère le droit de communiquer les œuvres musicales au public par télécommunication. Ainsi, pour diffuser une émission de télévision synchronisée, la SRC doit obtenir une licence de diffusion de la SOCAN.

[123] Avant de présenter sa demande auprès de la Commission du droit d'auteur en l'espèce, la SODRAC n'avait droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion d'œuvres musicales.

[124] Tout comme le processus de synchronisation, le processus de diffusion d'une émission de télévision exige de procéder à un certain nombre d'étapes, qui suppose la création de copies accessoires de l'œuvre. Celles-ci sont appelées copies accessoires de diffusion. La SRC effectue des copies accessoires de diffusion de toutes les émissions de télévision qu'elle diffuse, peu importe si elles sont produites à l'interne ou par un tiers.

[125] Le processus de diffusion commence lorsque le contenu numérique de la copie maîtresse est transféré au système de gestion du contenu numérique du diffuseur, système dont le diffuseur se sert pour gérer le stockage, l'édition et la diffusion de l'émission.

[126] Les systèmes modernes de diffusion numérique comportent plusieurs composantes, dont le disque dur d'un serveur de diffusion (ou une série de disques durs) servant au stockage temporaire d'une copie de l'émission jusqu'à ce qu'elle soit diffusée, une bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique servant à stocker l'émission à plus long terme (jusqu'à expiration des droits de diffusion), des ordinateurs et des logiciels utilisés pour projeter et éditer l'émission en préparation de sa diffusion, un enregistreur vidéo servant à enregistrer une copie en temps réel de l'émission diffusée afin de respecter les exigences du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), ainsi qu'un gestionnaire de contenu automatisé qui donne des instructions au système pour déplacer les fichiers vers les diverses composantes ou à partir de celles-ci.

[127] The use of modern digital broadcasting systems leads to the creation of broadcast-incidental copies of the programs, including the incorporated musical works, because, in order for the digital program file to exist on multiple components of the system at the same time, and to allow for the simultaneous functioning of the various components of the broadcasting system, multiple incidental copies of the program are necessarily created. The initial transfer of the master copy onto the digital content management system, for example, gives rise to a broadcast-incidental copy. More copies may be created as part of the process of ensuring file format compatibility with the broadcast server hard drives. Further copies will arise in the days immediately before broadcast, as the synchronized television program is temporarily copied from the digital tape library to the broadcast server hard drive: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) (Statutory Licence Decision), at para. 54. While it is still technically possible to deliver television broadcasts without the use of servers and digital technologies, these technologies have become the norm not the exception as a result of the efficiencies and added functionality that they offer to broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 53.

[128] More traditional broadcasting systems are analog systems. Analog systems use analog media, not digital techniques, for storage, reproduction, or transmission of the audiovisual program. An example of analog media is the VHS tape, which is a magnetic tape. Analog broadcasting systems formerly employed by television broadcasters also typically involved the creation of broadcast-incidental copies resulting from the need to screen and edit the programs before airing, as well as to create back-up copies. Analog systems, however, resulted in fewer broadcast-incidental copies than are created by modern digital broadcasting systems.

[127] L'utilisation de systèmes modernes de diffusion numérique entraîne la création de copies accessoires de diffusion des émissions, y compris des œuvres musicales qui y sont incorporées. En fait, pour que le dossier d'émission numérique existe sur les multiples composantes du système en même temps et pour permettre le fonctionnement simultané des diverses composantes du système de diffusion, de multiples copies accessoires de l'émission doivent forcément être créées. Le transfert initial de la copie maîtresse sur le système de gestion du contenu numérique, par exemple, entraîne la création d'une copie accessoire de diffusion. D'autres copies peuvent être créées dans le cadre du processus visant à assurer la compatibilité du format du dossier avec les disques durs du serveur du diffuseur. Des copies supplémentaires sont aussi effectuées dans les jours précédant immédiatement la diffusion, puisque l'émission de télévision synchronisée est temporairement copiée à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers le disque dur du serveur du diffuseur : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (Décision sur la licence légale), par. 54. Bien qu'il soit encore possible sur le plan technique de télédiffuser sans recourir à des serveurs et à des technologies numériques, ces dernières sont devenues la norme plutôt que l'exception en raison de l'efficacité et de la fonctionnalité supplémentaire qu'elles offrent aux diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 53.

[128] Les systèmes de télédiffusion plus traditionnels sont des systèmes analogiques. Ceux-ci utilisent des supports analogiques, et non des techniques numériques, pour stocker, reproduire ou transmettre l'émission audiovisuelle. La cassette VHS, qui est une bande magnétique, est un exemple de support analogique. Les systèmes de diffusion analogiques anciennement utilisés par les télédiffuseurs entraînaient généralement eux aussi la création de copies accessoires de diffusion découlant de la nécessité de projeter et d'éditer les émissions avant la diffusion, ainsi que pour créer des copies de sauvegarde. Toutefois, les systèmes analogiques engendraient moins de copies accessoires de diffusion que les systèmes de diffusion modernes numériques.

[129] Modern digital broadcasting systems are much more efficient than analog systems because in the digital domain, broadcasters are able to compress and store much larger quantities of digital video programming on server hard drives and digital tapes than could be reasonably stored in a VHS tape library. Screening and editing the programs for closed captioning and different languages are also more efficiently accomplished using modern computer and software systems as opposed to analog systems.

[130] Starting in 1998, SODRAC began requiring third party producers to acquire a separate synchronization licence. Because broadcasters who also produced audiovisual programs in-house, like the CBC, were already required to hold a synchronization licence for the same work, SODRAC initially did not charge third party producers any royalties for this additional licence. In 2006, however, SODRAC abandoned this policy and began charging producers full price for a synchronization licence, which now covered only a right of "first integration": Statutory Licence Decision, at para. 73. Under this licence, producers paid royalties for the right to synchronize music into a single master copy of the television program, but had no right to make any downstream incidental copies such as broadcast-incidental copies. These downstream copies, typically made by the broadcaster as they readied the synchronized copy for broadcast, became subject to additional royalties paid by the broadcasters. SODRAC's new policy of monetizing broadcasting activities through the imposition of royalties for broadcast-incidental copies is what prompted this litigation.

[131] In 1992, the CBC and SODRAC had a licence agreement which authorized the CBC to reproduce works in SODRAC's repertoire. This licence allowed the CBC to synchronize musical

[129] Les systèmes de diffusion modernes numériques sont beaucoup plus efficaces que les systèmes analogiques, car, dans le domaine numérique, les diffuseurs sont en mesure de comprimer et de stocker des quantités beaucoup plus grandes d'émissions vidéo numériques sur les disques durs d'un serveur et sur les rubans d'enregistrement numérique qu'ils ne pouvaient le faire sur la bibliothèque de cassettes VHS. La projection et l'édition d'émissions pour le sous-titrage et pour la traduction dans d'autres langues sont aussi réalisées beaucoup plus efficacement au moyen de systèmes informatiques et de logiciels modernes que par des systèmes analogiques.

[130] En 1998, la SODRAC a commencé à exiger que les producteurs tiers obtiennent une licence de synchronisation distincte. Puisque les télédiffuseurs qui produisaient également des émissions audiovisuelles à l'interne, comme la SRC, étaient déjà tenus d'obtenir une licence de synchronisation pour la même œuvre, la SODRAC ne percevait pas initialement de redevances auprès des producteurs tiers pour cette licence supplémentaire. En 2006, toutefois, la SODRAC a abandonné cette politique et a commencé à facturer aux producteurs le plein prix pour obtenir une licence de synchronisation, qui ne couvre désormais qu'un droit de « première intégration » : Décision sur la licence légale, par. 73. En vertu de cette licence, les producteurs payaient des redevances pour avoir le droit de synchroniser de la musique dans une seule copie maîtresse de l'émission de télévision, mais n'avaient pas le droit d'effectuer des copies accessoires en aval, comme des copies accessoires de diffusion. Ces copies en aval, habituellement effectuées par le diffuseur pendant qu'il prépare la copie synchronisée pour la diffusion, sont devenues assujetties à des redevances supplémentaires payées par les diffuseurs. La nouvelle politique de la SODRAC de monnayer des activités de diffusion par l'imposition de redevances pour les copies accessoires de diffusion est à l'origine du présent pourvoi.

[131] En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente de licence qui autorisait la SRC à reproduire des œuvres contenues dans le répertoire de la SODRAC. Cette licence permettait à la SRC

works into audiovisual programs, as well as to make any other incidental copies of the works including production-incidental copies and broadcast-incidental copies. In 2008, however, the CBC and SODRAC were unable to agree on the terms of a new licence because SODRAC sought to monetize broadcast-incidental copies in addition to the synchronization rights. SODRAC asked the Copyright Board to fix the terms and conditions of a licence for the reproduction of musical works in its repertoire pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act.*

de synchroniser des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles et d'effectuer toute autre copie accessoire des œuvres, y compris des copies accessoires de production et des copies accessoires de diffusion. En 2008, toutefois, la SRC et la SODRAC n'ont pas été en mesure de s'entendre sur les modalités de la nouvelle licence parce que la SODRAC cherchait à monnayer les copies accessoires de diffusion en plus des droits de synchronisation. La SODRAC a demandé à la Commission du droit d'auteur de fixer, en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, les modalités de la licence visant la reproduction d'œuvres musicales contenues dans son répertoire.

[132] The Board concluded that broadcast-incidental copies implicated the reproduction right, and were therefore subject to royalties. Because the new broadcasting technologies which required additional broadcast-incidental copies generated benefits for the CBC by keeping the broadcaster relevant and competitive, the Board concluded that this benefit should be reflected in the compensation granted to the copyright holders. The Board accordingly certified SODRAC's proposed tariff and imposed a licence on the CBC for 2008-2012 that included royalty fees for the broadcast-incidental copies. The Board valued the broadcast-incidental copies by tying them to the value of the royalties paid by the CBC to SOCAN for the communication rights in the works. Under its 1992 licence, the CBC paid annual royalties to SODRAC of $520,000; under the new Board-imposed agreement, it would pay $1.2 million per year.

[132] La Commission a conclu que les copies accessoires de diffusion faisaient intervenir le droit de reproduction et étaient donc assujetties à des redevances. Comme les nouvelles technologies de diffusion qui exigeaient d'autres copies accessoires de diffusion ont généré des bénéfices pour la SRC en gardant le diffuseur pertinent et concurrentiel, la Commission a conclu que ces bénéfices devaient se refléter dans la rémunération accordée aux titulaires d'un droit d'auteur. Par conséquent, la Commission a homologué le tarif proposé par la SODRAC et a imposé à la SRC une licence pour les années 2008 à 2012 qui comportait des redevances pour les copies accessoires de diffusion. La Commission a déterminé la valeur des copies accessoires de diffusion en les associant à la valeur des redevances payées par la SRC à la SOCAN relativement aux droits de communication des œuvres. Conformément à sa licence de 1992, la SRC payait des redevances annuelles à la SODRAC de 520 000 $; selon la nouvelle entente imposée par la Commission, elle paierait 1,2 million de dollars par année.

[133] After the release of this decision, SODRAC obtained an interim licence from the Board on the same terms for the 2012-2016 period.

[133] Après le prononcé de cette décision, la SODRAC a obtenu une licence provisoire de la Commission selon les mêmes modalités pour la période 2012-2016.

[134] The Federal Court of Appeal dismissed the CBC's application for judicial review of the Board's decisions. Applying *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, the Federal Court of Appeal concluded that "ephemeral recordings of [the] performance of

[134] La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des décisions de la Commission présentée par la SRC. S'appuyant sur l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, la Cour d'appel fédérale a conclu que « les enregistrements éphémères

a work, made solely for the purposes of facilitating that broadcast of the performance, were, if unauthorized, an infringement of the copyright holder's rights". It refused to apply the principle of technological neutrality articulated in this Court's decision in *Entertainment Software Association*.

Analysis

[135] The issue in this appeal is whether SODRAC is entitled to monetize broadcast-incidental copies despite the fact that SODRAC has no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting. To answer the question requires knowing what a broadcast-incidental copy is.

[136] In its decision, the Board defined incidental copies as follows:

> An *incidental copy* is necessary or helpful to achieve an intended outcome but is not part of the outcome itself. A *production-incidental copy* is made in the process of producing and distributing an audiovisual work, either before or after the master copy is made: it is a form of synchronization copy. A *broadcast-incidental copy* is made to facilitate the broadcast of an audiovisual work or to preserve the work in the broadcaster's archives, while a *distribution-incidental copy* is made for purposes of readying or preserving the motion picture for distribution to the public: both are forms of post-synchronization copies. [Underlining added; para. 12.]

[137] A broadcast-incidental copy is created when the content of the master copy of the synchronized television program is fed into the broadcaster's digital content management system. This creates a high-resolution copy of the work. Once in the digital content management system, a low-resolution working copy that is not of sufficient quality to be broadcast will be used to facilitate editing the television program for such things as on-air text translations or closed captioning. A further low-resolution copy will be created for screening purposes by the programming, marketing, and communications teams. When all technical treatments of the program have been completed, another copy results from the digital file being reformatted to create

d[']une] œuvre, faits dans le seul but de faciliter la radiodiffusion de cette œuvre, constituent, s'ils sont faits sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, une violation de ses droits ». Elle a refusé d'appliquer le principe de neutralité technologique énoncé par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

Analyse

[135] La question en l'espèce est celle de savoir si la SODRAC est habilitée à monnayer les copies accessoires de diffusion malgré le fait qu'elle n'a droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion. Pour répondre à la question, il faut d'abord savoir en quoi consiste une copie accessoire de diffusion.

[136] Dans sa décision, la Commission a défini les copies accessoires de la façon suivante :

> La *copie accessoire* est nécessaire ou utile pour arriver à un résultat sans toutefois y être intégrée. La *copie accessoire de production* est effectuée dans le cadre de la production et de la distribution d'une œuvre audiovisuelle, avant ou après la création de la copie maîtresse : il s'agit d'une forme de copie de synchronisation. La *copie accessoire de diffusion* vise à faciliter la télédiffusion d'une œuvre audiovisuelle ou à la conserver dans les archives du télédiffuseur, alors que la *copie accessoire de distribution* a pour objet de préparer ou de conserver le film pour distribution au public : les deux sont des formes de copies de postsynchronisation. [Je souligne; par. 12.]

[137] La copie accessoire de diffusion est créée lorsque le contenu de la copie maîtresse de l'émission de télévision synchronisée est alimenté dans le système de gestion du contenu numérique du télédiffuseur. Cela crée une copie de l'œuvre en haute résolution. Lorsque le contenu de la copie maîtresse se trouve dans le système de gestion du contenu numérique, une copie de travail de faible résolution qui n'est pas suffisamment de bonne qualité pour être diffusée est utilisée pour faciliter l'édition de l'émission de télévision, comme la traduction en ondes ou le sous-titrage. Une autre copie de faible résolution est créée à des fins de projection par les équipes de programmation, de commercialisation et de communications. Lorsque tous les traitements

a broadcast file that is compatible with the CBC's broadcast server hard drives. Additional copies of the broadcast file are made when the file is copied as needed from the digital tape library to the broadcast server hard drives. While the program is being aired, a further copy is made as the aired program is recorded in real time in order to comply with CRTC regulatory requirements: see *Television Broadcasting Regulations, 1987*, SOR/87-49, s. 10(5). The initial high-resolution copy of the program, as well as the low-resolution working copies, and the reformatted broadcast file, are all broadcast-incidental copies made for the sole purpose of facilitating the broadcasting of the audiovisual program.

techniques de l'émission sont terminés, une autre copie est créée lorsque le fichier numérique est reformaté pour créer un fichier de diffusion compatible avec les disques durs du serveur de diffusion de la SRC. Des copies supplémentaires du fichier de diffusion sont effectuées lorsque le fichier est copié au besoin à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers les disques durs du serveur de diffusion. Pendant que l'émission est diffusée, une autre copie est créée puisque l'émission diffusée est enregistrée en temps réel afin de respecter les exigences réglementaires du CRTC : voir *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, DORS/87-49, par. 10(5). La copie initiale en haute résolution de l'émission et les copies de travail en faible résolution ainsi que le dossier de diffusion reformaté sont tous des copies accessoires de diffusion créées dans le seul but de faciliter la diffusion de l'émission audiovisuelle.

[138] The broadcast-incidental copies described above are strictly technical in nature in that they are created solely for purposes integral to the process of broadcasting television programs, and are not sold or made available to the public, or used for any independent revenue-generating purpose.

[138] Les copies accessoires de diffusion décrites plus haut sont de nature purement technique, en ce qu'elles sont créées uniquement parce qu'elles font partie intégrante du processus de diffusion des émissions de télévision, et elles ne sont ni vendues au public, ni mises à sa disposition, ni utilisées pour générer des revenus indépendants.

[139] Broadcast-incidental copies are created in order to achieve the central activity of broadcasting by providing the technical modalities to achieve the broadcast and to comply with regulatory requirements. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the central activity of broadcasting without violating the principle of technological neutrality.

[139] Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser l'activité centrale de diffusion en fournissant les modalités techniques pour permettre la diffusion et pour respecter les exigences réglementaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion sans qu'il soit porté atteinte au principe de neutralité technologique.

[140] This appeal concerns the scope of the reproduction right set out in ss. 3(1) and 3(1)(*d*) of the *Copyright Act*, which state:

[140] Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à se pencher sur la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1) et à l'al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui disposent que :

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

. . .

(*d*) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

[141] The introductory paragraph of s. 3(1) articulates three distinct rights held in protected works: the right to produce or reproduce (the reproduction right); the right to perform, which includes broadcasting rights; and the right to publish. The enumerated rights listed in s. 3(1)(*a*)-(*j*) are illustrative of these three fundamental rights: *Entertainment Software Association*, at para. 42.

[142] As this Court observed in *Entertainment Software Association*, Parliament has distinguished between the rights of reproduction and those of performance/broadcasting. This distinction is drawn because a performance is, by its nature, fleeting and impermanent, whereas a reproduction creates a durable copy which takes on a life of its own: *Entertainment Software Association*, at para. 35. The acts of performing/broadcasting and those of reproducing a work engage two distinct interests for copyright holders. That is why distinct collective societies administer these rights: *Entertainment Software Association*, at para. 38.

[143] It is not disputed that the broadcasting activities carried out by the CBC fall within the broadcasting/performance right. The question in this appeal is whether the technical means employed by the CBC to achieve the broadcasting activity also fall within the scope of the reproduction right.

[144] A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must therefore consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(*d*) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality.

. . .

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

[141] L'introduction du par. 3(1) énumère trois droits distincts dont sont assorties les œuvres protégées : le droit de produire ou de reproduire (le droit de reproduction), le droit d'exécuter ou de représenter l'œuvre, ce qui inclut les droits de diffusion, et le droit de publier l'œuvre. Les droits dont la liste figure aux al. 3(1)*a*) à 3(1)*j*) sont des exemples de ces trois droits fondamentaux : *Entertainment Software Association*, par. 42.

[142] Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le législateur a établi une distinction entre les droits de reproduction, d'une part, et les droits d'exécution/de diffusion, d'autre part. Cette distinction est établie parce qu'une exécution est, de par sa nature même, fugace et passagère, tandis que la reproduction crée une copie durable qui acquière une sorte d'autonomie : *Entertainment Software Association*, par. 35. L'exécution/la diffusion d'une œuvre, d'une part, et sa reproduction, d'autre part, mettent en cause deux droits distincts dont jouissent les titulaires du droit d'auteur. C'est pourquoi deux sociétés de gestion collective administrent ces droits : *Entertainment Software Association*, par. 38.

[143] Personne ne conteste que les activités de diffusion menées par la SRC sont visées par les droits d'exécution/de diffusion. La question qu'il nous revient de trancher dans le présent appel est celle de savoir si le moyen technique utilisé par la SRC pour mener à bien son activité de diffusion est également visé par le droit de reproduction.

[144] Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit donc tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)*d*) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique.

[145] The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works and obtaining a just reward for creators: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30. To tilt the balance too far towards protection of creators' rights would undermine the right of users to access and work with creative materials. To tilt it too far towards access, on the other hand, would fail to provide a just reward to creators, leading authors and their supporters to under-invest in producing and distributing their works. At both ends of the spectrum, the public loses some of the benefit of creative works: David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 60; *Théberge*, at para. 31.

[146] As this Court has consistently recognized, maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), at paras. 40-41; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at paras. 69-70; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20, at paras. 76-84; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN v. Bell*), at paras. 8-11; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345, at para. 19; *Entertainment Software Association*, at paras. 7-8, per Abella and Moldaver JJ., for the majority, and paras. 47 and 123-25, per Rothstein J., dissenting; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers v. SOCAN*), at para. 40; *Cinar Corporation v. Robinson*, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paras. 23 and 28.

[147] The question in this case, once again, is how to preserve this balance in the face of new

[145] La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30. Faire résolument pencher la balance au profit de la protection des droits des créateurs minerait le droit des utilisateurs à avoir accès au matériel créatif et à travailler avec celui-ci. Faire résolument pencher la balance au profit de l'accès au matériel, en revanche, ne permettrait pas de fournir une juste récompense aux créateurs, de telle sorte que les auteurs et leurs collaborateurs sous-investiraient dans la production et la distribution de leurs œuvres. Aux deux extrémités du spectre, le public perd certains avantages relativement aux œuvres créatives : David Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trademarks* (2e éd. 2011), p. 60; *Théberge*, par. 31.

[146] Comme l'a systématiquement reconnu la Cour, maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur* : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), par. 40-41; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 69-70; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 76-84; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN c. Bell*), par. 8-11; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345, par. 19; *Entertainment Software Association*, par. 7-8 des motifs des juges Abella et Moldaver pour la majorité et par. 47 et 123-125 des motifs du juge Rothstein, dissident; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers c. SOCAN*), par. 40; *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 23 et 28.

[147] Encore une fois, il faut se demander en l'espèce comment préserver cet équilibre face aux

technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. Francis Gurry, the Director General of the World Intellectual Property Organization, explained the challenge to copyright policy posed by new technologies as follows:

> Underlying this process of change is a fundamental question for society. It is the central question of copyright policy. How can society make cultural works available to the widest possible public at affordable prices while, at the same time, assuring a dignified economic existence to creators and performers and the business associates that help them to navigate the economic system? It is a question that implies a series of balances: between availability, on the one hand, and control of the distribution of works as a means of extracting value, on the other hand; between consumers and producers; between the interests of society and those of the individual creator; and between the short-term gratification of immediate consumption and the long-term process of providing economic incentives that reward creativity and foster a dynamic culture.

("The Future of Copyright", speech delivered at the Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law, February 25, 2011 (online).)

[148] The answer to this challenge, in my view, lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*, drawing particularly on this Court's decision in *Entertainment Software Association*.

[149] Such an approach finds its statutory origin in s. 3(1) of the *Copyright Act*, which provides that copyright includes the "sole right to produce or reproduce" a work or a substantial part of a work "*in any material form whatever*": see *Entertainment Software Association*, at para. 5. Parliament has further signalled its support in the summary of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, which states that the amendments to the *Act* were intended to "ensure that it *remains* technologically neutral". These words signal Parliament's intention

nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. Francis Gurry, le directeur général de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, a expliqué le défi que posent les nouvelles technologies au regard de la politique en matière de droit d'auteur :

> Une question fondamentale pour la société sous-tend ce processus de changement : il s'agit de la politique en matière de droit d'auteur. Comment la société peut-elle mettre les œuvres culturelles à disposition d'un public le plus large possible à des prix abordables tout en assurant des moyens de subsistance dignes aux créateurs, aux artistes et aux partenaires commerciaux qui les aident à naviguer dans le système économique? Pour répondre à cette question, plusieurs équilibres doivent être maintenus : entre la diffusion et le contrôle de la distribution des œuvres comme moyen d'en extraire de la valeur; entre les consommateurs et les producteurs; entre les intérêts de la société et ceux du créateur; et entre la satisfaction à court terme que procure la consommation immédiate et le processus à long terme qui consiste à mettre en place des mesures d'incitation économiques récompensant la créativité et favorisant le dynamisme culturel.

(« L'avenir du droit d'auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference : Future Directions in Copyright Law, 25 février 2011 (en ligne).)

[148] La réponse à ce défi, à mon sens, repose sur l'application d'une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l'interprétation législative de la *Loi sur le droit d'auteur*, en s'inspirant surtout de l'arrêt *Entertainment Software Association* de la Cour.

[149] Cette approche trouve son origine législative au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui prévoit que le droit d'auteur comprend le « droit exclusif de produire ou reproduire » la totalité ou une partie importante de l'œuvre, « *sous une forme matérielle quelconque* » : voir *Entertainment Software Association*, par. 5. Le législateur a également donné son appui à cette approche dans le sommaire de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20, qui prévoit que les modifications à la *Loi* visaient à « *éliminer la spécificité* technologique [de ses]

that the *Act* must adapt and apply to new technologies in a manner that maintains the careful balance between creators and users that underpins the *Act* as a whole.

[150] As an interpretive principle, technological neutrality prizes substance over form by applying the *Copyright Act* so that it "operates consistently, regardless of the form of the media involved, or its technological sophistication": *SOCAN v. Bell*, at para. 43. It arises in two different forms.

[151] The first is the principle of media neutrality, which aims to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies. The basic premise of this principle is that "copyright subsists not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed": Cameron J. Hutchison, "Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*" (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, at p. 110. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive. Media neutrality is not, however, restricted to protecting creators' rights across new media; it can operate to protect the rights of users of copyrighted material across new media as well. As this Court observed in *Robertson*:

> Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work "in any material form whatever". Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. . . . Media neutrality is not a licence to override the rights of authors — it exists to protect the rights of authors and others as technology evolves. [Emphasis added; para. 49.]

dispositions ». Ces termes montrent le souhait du législateur que la *Loi* s'adapte et s'applique aux nouvelles technologies de façon à maintenir le juste équilibre entre les créateurs et les utilisateurs qui la sous-tend dans son ensemble.

[150] En tant que principe d'interprétation, la neutralité technologique attache plus de valeur au fond qu'à la forme en appliquant la *Loi sur le droit d'auteur* de manière uniforme, « peu importe le support ou son degré d'avancement technologique » : *SOCAN c. Bell*, par. 43. La neutralité technologique se présente sous deux formes différentes.

[151] La première est le principe de neutralité du support, qui vise à assurer que la doctrine du droit d'auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies. Selon la prémisse fondamentale de ce principe, [TRADUCTION] « le droit d'auteur subsiste non seulement sur le support sur lequel l'œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l'œuvre pourrait être exprimée » : Cameron J. Hutchison, « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, p. 110. Dans la mesure où l'expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d'auteur rattaché à l'œuvre survivra. La neutralité du support n'est toutefois pas restreinte à la protection des droits des créateurs quant à l'ensemble des nouveaux supports; elle peut aussi protéger les droits des utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur quant à l'ensemble des nouveaux supports également. Comme la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Robertson* :

> Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* reflète le principe de neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d'auteur* continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d'une technologie plus avancée. [. . .] Le principe de la neutralité du support ne permet pas d'écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue. [Je souligne; par. 49.]

[152] The second is the principle of functional equivalence, which asks courts to focus on *what* the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it when interpreting the rights and exceptions set out in the *Copyright Act*: Cameron J. Hutchison, "Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality" (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, at p. 590. This principle guides courts to interpretations of the *Act* that afford functionally equivalent technologies similar treatment, without getting caught up in the modalities through which the work is delivered: Carys J. Craig, "Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law", in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, at p. 275. It also implies that, "where there is no clear and pre-existing functional equivalent, courts should avoid emphasizing the details of particular technological systems and instead interpret copyright's core concepts in a manner applicable across technologies": Craig, at p. 275; see also Deborah Tussey, "Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies" (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, "Technological Neutrality in Canadian Copyright Law", in *The Copyright Pentalogy*, 307, at p. 317.

[153] A functional approach to technological neutrality "seeks to avoid imposing copyright liability on technologies and activities that, while theoretically capable of being included under the *Act*, only incidentally implicate copyright": Hutchison (2015), at p. 113; see also Craig. "[S]ubstance", in other words, "trumps form": Hutchison (2015), at p. 111; see also *SOCAN v. CAIP*. Or, as Maria A. Pallante, the Director of the U.S. Copyright Office has observed, "new technologies have made it increasingly apparent that not all reproductions are equal in the digital age. Some copies are merely incidental to an intended primary use of a work, including where primary uses are licensed, and these incidental copies should not necessarily be treated

[152] La deuxième est le principe de l'équivalence fonctionnelle, qui exige que les tribunaux se concentrent sur la *fonction* de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement* lorsqu'ils interprètent les droits et les exceptions établis par la *Loi sur le droit d'auteur* : Cameron J. Hutchison, « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, p. 590. Ce principe oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire, sans s'embourber dans les modalités selon lesquelles l'œuvre est livrée : Carys J. Craig, « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, p. 275. Le principe suppose également que, [TRADUCTION] « lorsqu'il n'existe aucun équivalent fonctionnel clair et préexistant, les tribunaux devraient éviter de mettre l'accent sur les détails de systèmes technologiques en particulier et plutôt interpréter les concepts fondamentaux du droit d'auteur d'une manière applicable à l'ensemble des technologies » : Craig, p. 275; voir également, Deborah Tussey, « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », dans *The Copyright Pentalogy*, 307, p. 317.

[153] L'interprétation fonctionnelle de la neutralité technologique [TRADUCTION] « vise à éviter de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui, bien qu'elles puissent en théorie être visées par la *Loi*, ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire » : Hutchison (2015), p. 113; voir également Craig. Autrement dit, « le fond » surpasse « la forme » : Hutchison (2015), p. 111; voir également *SOCAN c. ACFI*. Ou, comme Maria A. Pallante, la directrice du Bureau du droit d'auteur aux É.-U., l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « les nouvelles technologies démontrent de plus en plus clairement que les reproductions ne sont pas toutes équivalentes à l'ère numérique. Certaines copies sont simplement

as infringing": "The Next Great Copyright Act" (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, at p. 325.

[154] This aspect of technological neutrality finds expression in a number of this Court's recent rulings. In *SOCAN v. CAIP*, for example, the Court considered whether the practice of caching copies prevented Internet service providers from finding the protection of s. 2.4 of the *Copyright Act*, which insulates from liability those who provide *only* the means of telecommunication "necessary for another person to so communicate the work". The Court concluded that Internet service providers were shielded by s. 2.4, even though their transmissions resulted in the creation of cache copies. As Professor Hutchison summarizes in his 2015 article,

> . . . the practice of caching was an innovation that helped promote the dissemination of works (one of the goals of copyright law) without interfering with the legitimate entitlements of copyright owners. Incidental copies, in other words, were determined to lie outside the reproduction right as the interests of technological economy and efficiency trumped the making of mere technical copies that were imperceptible to an end user. [Footnote omitted; p. 114.]

[155] Similarly, in *Entertainment Software Association*, this Court addressed the meaning of the communication right set out in s. 3(1)(*f*) of the *Copyright Act* and concluded that a separate communication tariff should not apply to downloaded copies of musical works. Because it gives rise to a durable digital copy, the downloading process is, at its core, an exercise of the reproduction right. Simply because the copy arrived by way of Internet-based delivery did not mean it was a communication under the *Act.* The central activity was the focus of the legal analysis, not the incidental technological process by which it took place.

accessoires à l'utilisation première prévue d'une œuvre, y compris lorsque les utilisations premières sont visées par une licence, et ces copies accessoires ne devraient pas être nécessairement traitées comme si elles étaient contrefaisantes » : « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, p. 325.

[154] Cet aspect de la neutralité technologique trouve son expression dans bon nombre de décisions récentes de la Cour. Dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, par exemple, la Cour a examiné si la pratique de mise en antémémoire empêchait les fournisseurs de services Internet de bénéficier de la protection de l'art. 2.4 de la *Loi sur le droit d'auteur*, lequel protège ceux qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication « nécessair[e] pour que [le tiers] [. . .] effectue [la communication de l'œuvre] ». La Cour a conclu que les fournisseurs de services Internet étaient protégés par l'art. 2.4, même si leurs transmissions donnaient lieu à la création d'antémémoires. Comme l'a résumé le professeur Hutchison dans son article de 2015 :

> [TRADUCTION] . . . la pratique de la mise en antémémoire est une innovation qui a aidé à promouvoir la diffusion des œuvres (un des objectifs du droit d'auteur) sans faire obstacle aux droits légitimes des titulaires d'un droit d'auteur. Autrement dit, il a été jugé que les copies accessoires ne relèvent pas du droit de reproduction puisque les intérêts de l'économie et de l'efficacité technologiques surpassent la production de simples copies techniques qui sont imperceptibles pour l'utilisateur ultime. [Note de bas de page omise; p. 114.]

[155] De même, dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour s'est penchée sur le sens du droit de communication énoncé à l'al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d'auteur* et a conclu qu'un tarif distinct ne devrait pas s'appliquer à des copies téléchargées pour la communication d'œuvres musicales. Puisqu'il engendre la création d'une copie numérique durable, le processus de téléchargement est essentiellement un exercice du droit de reproduction. Le simple fait que la copie soit livrée par Internet ne signifie pas qu'il s'agit d'une communication au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Loi*. L'activité centrale était l'élément principal de l'analyse juridique, et non le processus technologique accessoire par lequel elle a eu lieu.

[156] Finally, in *Rogers v. SOCAN*, the Court addressed whether music streamed via the Internet to individual users constituted a communication "to the public" under s. 3(1)(*f*) of the *Copyright Act*. In concluding that it did, Rothstein J. observed that the "true character of the communication activity" and not its technicalities were crucial to properly interpreting the meaning of "to the public": para. 30. Copyright protection should not depend "merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity . . . [where] the end result is the same": para. 40.

[157] Together, these principles — media neutrality and functional equivalence — work to protect the fine balance between users and creators, between access and reward, enshrined in the *Copyright Act*. As Professor Tussey observes, "To the extent that the copyright balance of incentives and access has been appropriately set for a pre-existing technology, similar treatment of functional equivalents should maintain that balance": p. 479. The analysis of whether copyright attaches to a particular activity should therefore focus on the essential nature of the activity or output, rather than the process by which it occurs.

[158] That is precisely why the cached copies at issue in *SOCAN v. CAIP*, copies that were created as a result of the activities of the Internet service providers, did not bring the providers beyond the exception from liability for persons who provide *only* the means of telecommunication necessary for another person to communicate a work. The central activity of the providers was providing a conduit for communication, and the cached copies were created solely for the purpose of delivering faster and more economic service to internet users.

[159] And it is why in *Rogers v. SOCAN*, although a temporary copy of the music file is transmitted to the user's hard drive as part of the process of streaming music online, the Court treated the

[156] Enfin, dans l'arrêt *Rogers c. SOCAN*, la Cour a examiné si la musique offerte en continu sur Internet à des utilisateurs individuels constituait une communication « au public » visée à l'al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d'auteur*. En concluant par l'affirmative, le juge Rothstein a fait observer que « la nature véritable de la communication » et non ses détails techniques était cruciale pour bien interpréter le sens de l'expression « au public » : par. 30. La protection du droit d'auteur ne devrait pas être entièrement tributaire « du modèle d'entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d'auteur [. . .] [lorsque] le résultat est en fin de compte le même » : par. 40.

[157] Ensemble, ces principes — la neutralité du support et l'équivalence fonctionnelle — ont pour effet de protéger le juste équilibre ancré dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les utilisateurs et les créateurs, ainsi qu'entre l'accès et la récompense. Comme la professeure Tussey l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où l'équilibre en matière de droit d'auteur entre les incitatifs et l'accès a été bien établi pour une technologie qui existe déjà, le fait de traiter les équivalents fonctionnels de façon similaire devrait maintenir cet équilibre » : p. 479. L'analyse de la question de savoir si une activité donnée est assujettie à un droit d'auteur devrait donc être axée sur la nature essentielle de l'activité ou de son résultat plutôt que sur le processus par lequel elle survient.

[158] C'est précisément pourquoi les antémémoires en cause dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, créées par suite des activités des fournisseurs de services Internet, n'ont pas élevé les fournisseurs au-delà de la protection pour les personnes qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication nécessaire pour que le tiers effectue la communication de l'œuvre. L'activité centrale des fournisseurs était de fournir un agent de communication, et les antémémoires ont été créées dans le seul but d'offrir un service plus rapide et plus économique aux utilisateurs d'Internet.

[159] C'est aussi pourquoi dans l'arrêt *Rogers c. SOCAN*, bien qu'une copie temporaire du fichier de musique soit transmise sur le disque dur de l'utilisateur dans le cadre du processus de transmission en

process of streaming as an exercise of the telecommunications right, not as a separate exercise of the reproduction right. Those temporary copies were considered to form a technical part of the streaming process, and did not transform the central activity of communicating the work by telecommunication.

[160] And finally, it is why in *Entertainment Software Association*, where SOCAN wanted to charge royalties for copies of video games sold and delivered over the Internet despite being unable to charge royalties for copies of video games sold in a store or shipped by mail, this Court held that traditional and more technologically advanced forms of the same activity should be treated equally under the *Copyright Act*:

> The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies. [Emphasis in original; para. 9.]

[161] Similarly, in this case, SODRAC is attempting to claim royalties for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

[162] Technological neutrality — and specifically, the principle of functional equivalence — is a crucial part of any reasonable interpretation of the application of the reproduction right to broadcast-incidental copies.

[163] The CBC argued that SODRAC's attempt to monetize broadcast-incidental copies "represents a subversion of the purpose of the *Copyright Act* in an attempt to generate economic rents through a layered licensing scheme".

continu de musique en ligne, la Cour a traité le processus de transmission en continu comme un exercice du droit de télécommunication, et non comme un exercice distinct du droit de reproduction. Ces copies temporaires étaient considérées comme une partie technique du processus de transmission en continu et ne transformaient pas l'activité centrale de communiquer l'œuvre par télécommunication.

[160] Enfin, c'est pourquoi dans l'arrêt *Entertainment Software Association* — où la SOCAN voulait percevoir des redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus et livrés sur Internet alors qu'elle ne peut percevoir de redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus dans un magasin ou livrés par courrier — la Cour a conclu que les supports traditionnels et les supports plus avancés sur le plan technologique d'une même activité devraient être traités uniformément en application de la *Loi sur le droit d'auteur* :

> Le principe de neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l'œuvre à l'utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces. [En italique dans l'original; par. 9.]

[161] De même, en l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

[162] La neutralité technologique — et, plus particulièrement, le principe de l'équivalence fonctionnelle — est une composante cruciale de toute interprétation raisonnable de l'application du droit de reproduction aux copies accessoires de diffusion.

[163] La SRC a fait valoir que la tentative de la SODRAC de monnayer les copies accessoires de diffusion [TRADUCTION] « représente une subversion de l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* en tentant de générer des rentes économiques au moyen d'un régime de licences aux couches multiples ».

[164] I agree. The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not the technical modalities by which it is achieved. The essential character of the *broadcasting* activity does not change with the adoption of modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies in order to accomplish the activity. Each broadcast-incidental copy is not a separate reproduction of the work under the *Act* simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. They do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

[165] Traditionally, broadcasting was subject only to communication fees. The Board's decision to impose royalties on the CBC for the creation of copies made incidental to the activity of broadcasting amounts to finding that broadcasting in the digital era, as opposed to the pre-digital era, should be subject to two fees for the same activity. As this Court observed in *Entertainment Software Association*, this result harms both end users of the works and copyright owners:

When a single economic activity implicates more than one type of right and each type is administered by a separate collective, the multiplicity of licences required can lead to inefficiency. . . . The result is that the total price the user has to pay for all complements is too high . . . .

. . .

. . . the fragmentation of licences required for single activities among several monopolist-collectives generates inefficiencies, from which copyright owners as a whole also suffer . . . .

(Para. 11, quoting Ariel Katz, "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified

[164] Je suis d'accord. Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Le caractère essentiel du processus de *diffusion* ne change pas parce que des technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires sont adoptées pour réaliser l'activité. Chaque copie accessoire de diffusion ne constitue pas une reproduction distincte de l'œuvre visée par la *Loi* simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

[165] Traditionnellement, la diffusion était uniquement assujettie aux frais de communication. La décision de la Commission d'imposer des redevances à la SRC pour la création de copies effectuées accessoirement à la diffusion revient à conclure que la diffusion à l'ère numérique, par opposition à l'ère prénumérique, devrait être assujettie à deux types de frais pour la même activité. Comme l'a fait observer la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, ce résultat est préjudiciable à la fois aux utilisateurs et aux titulaires du droit d'auteur :

[TRADUCTION] Lorsque, à elle seule, une activité économique emporte l'application de plus d'un type de droit, chacun étant géré par une société de gestion collective distincte, la multiplicité des licences nécessaires peut entraîner une inefficacité. [. . .] Dès lors, le prix que doit verser l'utilisateur au total est trop élevé . . .

. . .

. . . l'octroi par plusieurs monopoles de gestion collective des licences nécessaires à l'exercice d'une seule activité crée des inefficiences dont souffre également la collectivité des titulaires du droit d'auteur . . .

(Par. 11, citant Ariel Katz, « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by

by the Economic Literature?", in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, at pp. 461-63.)

[166] Most pertinently, the Federal Court of Appeal was wrong to suggest that "more copies mean more value and thus, more royalties". This, with respect, violates technological neutrality not only by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies which are functionally equivalent to traditional broadcasting systems, but also by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user of those works exercises the right that was bargained for.

[167] Moreover, broadcasters are required to make certain broadcast-incidental copies in order to comply with CRTC regulations, such as to keep a record of exactly what was broadcast in the event of a public complaint or inquiry. Giving creators of broadcasted works additional copyright compensation because the CBC, in order to have the right to broadcast, is required to create incidental copies of the works for regulatory compliance purposes, gives creators compensation for something they are not entitled to under the *Act*.

[168] It is, in fact, difficult to see how the creation of broadcast-incidental copies implicates the legitimate reproduction interests of the creators of the works in any way. These copies are, to borrow the language of *Entertainment Software Association*, merely technological taxis required for the delivery of the digital broadcast process. They are not recordings which fix a particular embodiment of the protected works, they are not delivered as durable copies to the viewer or listener, and they do not alter the degree of control that the composer once had over how the work will be presented to the public.

the Economic Literature? », dans Marcel Boyer, Michael Trebilcock et David Vaver, dir., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, p. 461-463.)

[166] Plus particulièrement, la Cour d'appel fédérale a eu tort d'indiquer que « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances ». À mon humble avis, cette affirmation contrevient au principe de neutralité technologique non seulement en imposant des redevances supplémentaires sur l'utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies et qui sont fonctionnellement équivalentes aux systèmes de diffusion traditionnels, mais aussi en liant erronément la rémunération des créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur à l'efficacité avec laquelle l'utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé.

[167] Qui plus est, les diffuseurs sont tenus d'effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC. Ils doivent notamment tenir un registre de tout ce qui a été diffusé au cas où il y aurait une plainte du public ou une enquête. Donner aux créateurs d'œuvres diffusées une rémunération supplémentaire parce que la SRC, pour avoir le droit de diffuser, est tenue de créer des copies accessoires des œuvres afin de respecter le règlement, revient à donner aux créateurs une rémunération pour quelque chose à laquelle ils n'ont pas droit aux termes de la *Loi*.

[168] En fait, il est difficile de voir comment la création de copies accessoires de diffusion fait intervenir les droits légitimes de reproduction des créateurs de l'œuvre d'une quelconque façon. Ces copies sont, pour reprendre les mots de la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, simplement un taxi technologique assurant la livraison du processus de diffusion numérique. Elles ne sont pas des enregistrements qui constituent une incarnation précise des œuvres protégées, elles ne sont pas livrées au téléspectateur ou à l'auditeur comme des copies durables et elles ne modifient aucunement le degré de contrôle que le compositeur exerçait auparavant sur la façon dont l'œuvre est présentée au public.

[169] Excluding broadcast-incidental copies from the scope of the reproduction right under s. 3(1)(*d*) of the *Copyright Act* does nothing to prejudice the legitimate interests of copyright holders. Virtually all of the composers represented by SODRAC for the administration of reproduction rights in their works are also represented by SOCAN for the administration of communication rights. It is hard to see how the purposes of the *Copyright Act* are advanced by permitting the creators of musical works to bargain at one table for royalties in exchange for the right to broadcast their works, and then at another table for additional royalties for the technical modalities by which that same right is exercised.

[170] That is why I have difficulty accepting Rothstein J.'s analysis. The result of his approach is to penalize broadcasters for implementing advancements in broadcasting technologies by creating artificial entitlements to compensation under the *Copyright Act* for incidental activities that were never intended to be covered by the *Act.* He begins his discussion of the scope of the reproduction right under s. 3(1)(*d*) with an acknowledgment that this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved from the author-centric view articulated in *Bishop* to that of maintaining the proper balance between the rights of creators and the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect. This balance involves not only "recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature": *Théberge*, at para. 31. He also acknowledges the role that the principle of technological neutrality, as set out most recently by this Court in *Entertainment Software Association*, plays in maintaining that balance. To this extent, I agree with his reasons. What I cannot agree with, however, is his finding that these fundamental principles of copyright law have been ousted in this case by the language of the *Copyright Act*. In so finding, he employs a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(*d*), reading the words of the provision without the benefit of the

[169] Le fait d'exclure les copies accessoires de diffusion de la portée du droit de reproduction prévu à l'al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne porte pas préjudice aux intérêts légitimes des titulaires d'un droit d'auteur. Pratiquement tous les compositeurs représentés par la SODRAC pour l'administration des droits de reproduction de leurs œuvres sont également représentés par la SOCAN pour l'administration des droits de communication. Il est difficile de voir comment les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* sont réalisés en permettant aux créateurs d'œuvres musicales de négocier à une table pour obtenir des redevances en échange du droit de diffuser leurs œuvres, et ensuite à une autre table pour obtenir des redevances supplémentaires pour les modalités techniques selon lesquelles ce même droit est exercé.

[170] C'est pourquoi j'ai de la difficulté à accepter l'analyse du juge Rothstein. Son point de vue a pour effet de pénaliser les diffuseurs qui mettent en œuvre des technologies de diffusion innovantes en créant des droits artificiels à une rémunération en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* pour des activités accessoires qui n'ont jamais été censées être visées par cette dernière. Le juge Rothstein commence sa discussion sur la portée du droit de reproduction visé par l'al. 3(1)*d*) en reconnaissant que la façon dont la Cour interprète l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* a évolué depuis la conception centrée sur l'auteur de l'œuvre formulée dans l'arrêt *Bishop* jusqu'à celle du maintien du juste équilibre entre les droits des créateurs et la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles. Cet équilibre est atteint non seulement « en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits » : *Théberge*, par. 31. Mon collègue reconnaît également le rôle que joue le principe de neutralité technologique tel qu'il a été énoncé plus récemment par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association* dans le maintien de cet équilibre. Dans cette mesure, je souscris à ses motifs. Toutefois, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle ces principes fondamentaux du droit en

purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning.

[171] He points to ss. 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act*, which create finely calibrated and limited exceptions for certain kinds of ephemeral recordings, as evidence of Parliament's intention that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. His argument is that, by virtue of creating these limited exceptions to the reproduction right, Parliament was confirming that all *other* ephemeral and incidental copies were protected under s. 3(1)(*d*) of the *Act*. Since the broadcast-incidental copies at issue in this case are not among the specific enumerated exceptions, Rothstein J. accepts SODRAC's argument that they necessarily engage the reproduction right set out in s. 3(1)(*d*).

[172] There is a much more plausible explanation for these narrow exceptions that better accords with the overarching purposes of the *Copyright Act*. As SODRAC acknowledges, these amendments were a legislative response to the Court's 1990 decision in *Bishop*. In *Bishop*, the Court was asked to determine whether the licensing of a performance right — the right to broadcast a musical work — implicitly authorized ephemeral recordings of a performance of the work for the purposes of effecting the broadcast. The composer claimed that the pre-recorded tape of the performance implicated the reproduction right. The defendant did not deny that such a copy was made, but argued that it was "ephemeral" and, as such, should not attract copyright liability. Applying a literal interpretation of s. 3(1)(*d*) to conclude that the ephemeral recording engaged the composer's reproduction rights, this Court held that a separate reproduction licence was required.

matière de droit d'auteur ont été écartés en l'espèce par le libellé de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour arriver à cette conclusion, il interprète littéralement l'al. 3(1)*d*), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l'objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification.

[171] Le juge Rothstein attire notre attention sur les art. 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* — qui créent des exceptions minutieusement calibrées et limitées pour certains genres d'enregistrements éphémères — afin de démontrer que le législateur souhaitait que les copies accessoires de diffusion fassent intervenir le droit de reproduction. Selon lui, en créant ces exceptions limitées au droit de reproduction, le législateur a confirmé que toutes les *autres* copies éphémères et accessoires étaient protégées par l'al. 3(1)*d*) de la *Loi*. Puisque les copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce ne font pas partie des exceptions précises énumérées, le juge Rothstein accepte l'argument de la SODRAC selon lequel elles font forcément intervenir le droit de reproduction énoncé à l'al. 3(1)*d*).

[172] Il existe une explication beaucoup plus plausible pour justifier ces exceptions restreintes, qui s'accorde mieux avec les objets généraux de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme le reconnaît la SODRAC, ces modifications ont été apportées en réponse à la décision rendue en 1990 par la Cour dans *Bishop*. Dans cet arrêt, la Cour a été appelée à déterminer si le fait de céder des droits d'exécution — le droit de diffuser une œuvre musicale — autorisait implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Le compositeur a fait valoir que le ruban préenregistré de son exécution faisait intervenir le droit de reproduction. La défenderesse n'a pas nié que pareille copie avait été effectuée, mais a soutenu qu'elle était « éphémère » et que, par conséquent, il ne devrait pas lui être rattaché une responsabilité pour violation du droit d'auteur. En interprétant littéralement l'al. 3(1)*d*) pour conclure que l'enregistrement éphémère mettait en cause les droits de reproduction du compositeur, la Cour a statué qu'une licence de reproduction distincte était nécessaire.

[173] Broadcasters sought corrective legislative intervention. The results of their efforts were ss. 30.8 and 30.9. Section 30.8 makes provision for broadcasters who have a right to broadcast a live performance, but no right to make recordings of that performance. Subject to specific conditions, it allows them to make temporary recordings of the performance for the purpose of the broadcast without obtaining a second permission from the copyright holder: Hugues G. Richard and Laurent Carrière, eds., *Canadian Copyright Act Annotated* (looseleaf), at pp. 30.8-9 and 30.8-10. Section 30.9 offers an exception for broadcasters who have a right to broadcast a sound recording but no right to make copies of it. It allows the broadcaster to convert a pre-recorded performance from one medium to another if it is necessary for the purposes of broadcasting: Richard and Carrière, at p. 30.9-7. These exceptions are subject to specific conditions, including that the copy be made by the broadcaster itself for its own broadcast; and that it cannot be synchronized with any other work or subject matter. The parties agree that neither provision applies to the broadcast-incidental copies at issue in this case.

[173] Les diffuseurs ont sollicité une intervention législative correctrice. Grâce à leurs efforts, les art. 30.8 et 30.9 ont été édictés. L'article 30.8 prévoit des dispositions pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser une exécution en direct, mais qui n'ont pas le droit d'effectuer des enregistrements de cette exécution. Sous réserve de conditions précises, cette disposition leur permet d'effectuer des enregistrements temporaires de la prestation pour les besoins de la diffusion sans obtenir une deuxième permission de la part du titulaire du droit d'auteur : Hugues G. Richard et Laurent Carrière, dir., *Canadian Copyright Act Annotated* (feuilles mobiles), p. 30.8-9 et 30.8-10. L'article 30.9 prévoit une exception pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser un enregistrement sonore, mais qui n'ont pas le droit d'en effectuer des copies. Il permet aux diffuseurs de convertir une exécution préenregistrée d'un support à un autre si cela est nécessaire pour les besoins de la diffusion : Richard et Carrière, p. 30.9-7. Ces exceptions sont assujetties à des conditions précises, y compris que la copie soit effectuée par le diffuseur même pour sa propre diffusion et qu'elle ne peut être synchronisée avec quelque autre œuvre que ce soit. Les parties conviennent que ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne s'applique aux copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce.

[174] These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* should not, it seems to me, be mistaken for a Rosetta stone on the scope and meaning of the reproduction right. And they are far from the express statutory language required to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. The effect of such an approach is to set a new precedent for statutory interpretation, one that is contrary to the long-accepted approach which requires that we examine the words of a statute "in their entire context".

[174] Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* ne devraient pas, il me semble, être perçues comme une pierre de Rosette quant à la portée et à la signification du droit de reproduction. De plus, elles sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de l'équilibre. Cette approche a pour effet d'établir un nouveau précédent relativement à l'interprétation législative, un précédent qui est contraire à l'approche acceptée depuis longtemps qui exige que nous examinions les termes d'une loi « dans leur contexte global ».

[175] It is more credible, it seems to me, to interpret ss. 30.8 and 30.9 as an effort to provide greater

[175] Il me semble plus crédible d'interpréter les art. 30.8 et 30.9 comme une façon d'assurer que

certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability. They were a response to a decision of this Court in order to *maintain* technological neutrality, *not* a comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it. While ss. 30.8 and 30.9 are illustrative of the distinction between broadcasting and reproduction rights and specifically identify certain classes of copies that do not engage the reproduction right, they are, as exceptions, of limited value in interpreting the scope of the reproduction right found in s. 3(1), a provision enacted many years earlier. To find otherwise would trap Parliament in an interminable and losing game of catch-up with swift and unknown technological currents.

[176] This brings me to the effect of *Bishop* on this case. The Federal Court of Appeal concluded that the legal character of the broadcast-incidental copies at issue in this case was settled by that 1990 decision. *Bishop*, however, rests on jurisprudential foundations that have been revised by this Court's subsequent jurisprudence. For a start, *Bishop* explicitly adopts a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(*d*) and the introductory paragraph to s. 3(1) of the *Copyright Act*: pp. 484-85.

[177] In the years since *Bishop* was decided, this Court has clarified that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the statute alone: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The purposes of the *Copyright Act* — including the pre-eminent principle of technological neutrality, and the goal of maintaining the balance between users and copyright holders — have therefore taken on enhanced prominence in the interpretive exercise. These purposes lead us away from approaching the "reproduction right" as capturing every technical or incidental reproduction, and towards an approach that examines whether it is the kind of "reproduction" the *Act* was intended to protect. And that, in turn, requires

certaines catégories d'enregistrements éphémères ne sont pas assujetties à des redevances. Ces dispositions répondaient à un arrêt de la Cour afin de *maintenir* la neutralité technologique, et *ne* constituaient *pas* un énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir. Même si les art. 30.8 et 30.9 permettent d'illustrer la distinction entre les droits de diffusion et de reproduction et identifient spécifiquement certaines catégories de copies qui ne mettent pas en cause le droit de reproduction, à titre d'exceptions, ils sont d'une valeur limitée pour interpréter la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1), une disposition édictée de nombreuses années plus tôt. Conclure autrement forcerait le législateur à rattraper constamment son retard à l'égard de courants technologiques inconnus et qui évoluent rapidement.

[176] Cela m'amène à l'effet de l'arrêt *Bishop* sur le cas qui nous occupe. La Cour d'appel fédérale a conclu que la nature juridique des copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce a été établie par cet arrêt de 1990. L'arrêt *Bishop*, toutefois, repose sur des fondements jurisprudentiels qui ont été révisés par la jurisprudence subséquente de la Cour. Tout d'abord, l'arrêt *Bishop* a explicitement adopté une interprétation littérale de l'al. 3(1)*d*) et du paragraphe introductif du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* : p. 484-485.

[177] Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Bishop*, la Cour a précisé que l'interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Les objets de la *Loi sur le droit d'auteur* — y compris le principe proéminent de neutralité technologique et l'objectif de maintien de l'équilibre entre les utilisateurs et les titulaires d'un droit d'auteur — ont par conséquent pris une importance accrue dans l'exercice d'interprétation. Ces objets nous évitent d'interpréter le « droit de reproduction » comme englobant toute reproduction technique ou accessoire et nous mènent à adopter une approche visant à examiner s'il s'agit du genre de « reproduction » que la *Loi* visait à protéger.

examining the purpose and effect of the reproduction — in other words, its technological context.

[178] If, on the other hand, we adopt a literal interpretation of the right enumerated in s. 3(1)(*d*) of the *Act*, there will be no room for the principle of technological neutrality in the interpretation of rights enumerated in s. 3(1) of the *Act*. Finding that the plain meaning of s. 3(1)(*d*) and the result in *Bishop* dictate the scope of the reproduction right in lieu of a purposive and technologically neutral interpretation will, as a result, roll back nearly two decades of this Court's statutory interpretation and copyright jurisprudence.

[179] Since, in my view, the creation of broadcast-incidental copies is not a compensable exercise of the reproduction right, it is not necessary to consider how the Board should value such copies. That said, I have concerns about how the majority articulates and applies the principle of technological neutrality to the issue of valuation. The thirteen years of copyright jurisprudence since *Théberge* have built up the principles of balance and technological neutrality floor by floor. With respect, the majority's approach builds an entirely new structure which is not only wholly inconsistent with the established case law, it tears down the existing foundations. It has a significant and detrimental impact on how the balance is struck between copyright holders and the users of protected works, deviates from the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association*, and creates uncertainty as to how the principle of technological neutrality operates.

[180] First, this Court, in *Théberge*, concluded that the *Copyright Act* is a balance between obtaining a "just reward" for the creator of protected works, and "promoting the public interest in the encouragement and dissemination" of such works:

Ainsi, il faut examiner l'objet et l'effet de la reproduction — autrement dit, son contexte technologique.

[178] Si, en revanche, nous adoptons une interprétation littérale du droit énoncé à l'al. 3(1)*d*) de la *Loi*, il n'y aura aucune place pour le principe de neutralité technologique dans l'interprétation des droits énoncés au par. 3(1) de la *Loi*. Conclure que le sens ordinaire de l'al. 3(1)*d*) et que l'issue de l'arrêt *Bishop* dictent la portée du droit de reproduction au lieu d'adopter une interprétation téléologique et neutre sur le plan de la technologie annulera, par conséquent, près de deux décennies de jurisprudence de la Cour quant à l'interprétation législative et en matière de droit d'auteur.

[179] Puisque, à mon sens, la création de copies accessoires de diffusion ne constitue pas un exercice du droit de reproduction justifiant rémunération, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner quelle valeur la Commission devrait accorder à ces copies. Cela dit, je suis préoccupée par la façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l'applique à la question de l'évaluation. La jurisprudence des treize dernières années depuis *Théberge* relative au droit d'auteur a construit les principes de mise en équilibre et de neutralité technologique étage par étage. Soit dit en tout respect, l'approche adoptée par les juges majoritaires établit une structure totalement nouvelle qui non seulement est complètement contraire à la jurisprudence établie, mais qui en démolit en outre les fondations. Cela a une incidence considérable et néfaste sur la façon dont est atteint l'équilibre entre les titulaires du droit d'auteur et les utilisateurs des œuvres protégées, cela s'écarte du principe de neutralité technologique énoncé dans *Entertainment Software Association* et cela crée de l'incertitude quant à la façon dont ce principe fonctionne.

[180] Premièrement, dans *Théberge*, la Cour a conclu que la *Loi sur le droit d'auteur* établit un équilibre entre l'obtention d'une « juste récompense » pour le créateur des œuvres protégées et la « promotion, dans l'intérêt du public, de la création

para. 30. This balance considers whether the legitimate interests of copyright holders are implicated by the proposed use of their protected works. The majority's application of the principle of technological neutrality disrupts how this balance is struck. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. Its effect is to tie copyright holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works. If we follow the majority's new factor to its logical conclusion, we could well find that users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

et de la diffusion » de telles œuvres : par. 30. Cette mise en équilibre tient compte de la question de savoir si les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur sont mis en cause par l'usage qu'on se propose de faire de leurs œuvres protégées. L'application que font les juges majoritaires du principe de neutralité technologique perturbe la façon dont cet équilibre est établi. Ils proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à cette mise en équilibre : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Il a pour effet de lier la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes. Si l'on suit le deuxième nouveau facteur ajouté par les juges majoritaires jusqu'à sa conclusion logique, il se pourrait qu'on en arrive à conclure que les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

[181] Second, the majority's articulation of the principle of technological neutrality in this case represents a significant departure from the principle as it was articulated in *Entertainment Software Association*. As the majority acknowledges, the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association* seeks to preserve the accepted balance between creators and users in the digital environment. In a case like this, where the use of new technology intersects with the *Copyright Act*, the principle of technological neutrality calls for an inquiry into whether there is functional equivalence between the old and new technology in a way that maintains that balance. The focus is on *what function* the technology is performing, not *how* it is performing it: *Entertainment Software Association*, at paras. 5 and 9-10. In other words, as Rothstein J. himself noted in *Rogers v.*

[181] Deuxièmement, la formulation du principe de neutralité technologique par les juges majoritaires en l'espèce constitue un changement important par rapport à sa formulation dans *Entertainment Software Association*. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, le principe de neutralité technologique tel qu'il est formulé dans cet arrêt vise à préserver l'équilibre qui fait consensus entre les créateurs et les utilisateurs dans l'environnement numérique. Dans un cas comme celui-là, où l'utilisation de la nouvelle technologie recoupe la *Loi sur le droit d'auteur*, le principe de neutralité technologique suppose l'examen de la question de savoir s'il existe une équivalence fonctionnelle entre la nouvelle technologie et l'ancienne d'une manière qui maintienne cet équilibre. L'accent porte sur *la fonction* exercée par la technologie et non pas sur son *fonctionnement* : *Entertainment Software*

SOCAN, "[i]f the nature of the activity in both cases is the same, albeit accomplished through different technical means, there is no justification for distinguishing between the two for copyright purposes": para. 29.

[182] As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies: para. 9. By focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as the majority does, as opposed to the functional result created by the technology, it misconstrues technological neutrality. A technological innovation may create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But as this Court observed in *Entertainment Software Association*, a copyright holder like SODRAC is not entitled to be compensated for how efficiently a user like the CBC uses technology to achieve its broadcast. Those gains have nothing to do with the copyright holder's legitimate interests, or with the balance struck between the copyright holder and the user.

[183] The result of the majority's conclusions is uncertainty as to the purpose and application of the principle of technological neutrality in the interpretation and application of the *Copyright Act*, uncertainty as to how users of copyrighted material are to exercise their authorized rights and activities without incurring additional copyright liability, and uncertainty as to the "value" of incidental activities. It also represents the acceptance of layered licensing schemes whereby, rather than licensing the central activity of broadcasting, licences are granted for the central activity as well as for its component parts based solely on the method chosen to effect the central authorized activity. This results in the imposition of gratuitous costs on broadcasters merely for

Association, par. 5 et 9-10. Autrement dit, comme le juge Rothstein l'a lui-même noté dans *Rogers c. SOCAN*, « [l]orsque l'acte est foncièrement identique, bien qu'il soit accompli par des moyens techniques différents, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l'application du droit d'auteur » : par. 29.

[182] Comme la Cour l'a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d'imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l'utilisateur uniquement parce qu'il utilise des technologies plus efficaces : par. 9. Faire porter l'examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur, comme le font les juges majoritaires, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément la neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l'utilisateur en augmentant l'efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais comme la Cour l'a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le titulaire du droit d'auteur comme la SODRAC n'a pas le droit de recevoir une compensation pour l'efficacité avec laquelle un utilisateur comme la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion. Ces gains n'ont rien à voir ni avec les intérêts légitimes du titulaire du droit d'auteur ni avec l'équilibre établi entre ce dernier et l'utilisateur.

[183] Les conclusions des juges majoritaires ont pour effet de créer une incertitude quant à l'objet et à l'application du principe de neutralité technologique dans l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, une incertitude pour les utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur quant à la façon d'exercer leurs droits et activités autorisés sans encourir une responsabilité supplémentaire pour violation du droit d'auteur, ainsi qu'une incertitude quant à la « valeur » des activités accessoires. Ces conclusions reviennent également à accepter les systèmes de licences aux couches multiples selon lesquels, plutôt que d'assujettir l'activité centrale de diffusion à une licence, les licences sont accordées pour l'activité centrale

the use of more efficient technologies that do not engage with the legitimate interests of copyright holders. These are the very consequences that this Court's decision in *Entertainment Software Association* said were proscribed by the principle of technological neutrality.

de même que pour ses composantes en fonction uniquement de la méthode choisie pour effectuer l'activité centrale autorisée. Ainsi, des coûts injustifiés seraient imposés aux diffuseurs simplement pour l'utilisation de technologies plus efficaces qui ne font pas intervenir les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur. Il s'agit là des conséquences mêmes que la Cour a estimées proscrites par le principe de neutralité technologique dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[184] In conclusion, applying the standard of reasonableness and looking at the Board's reasons as a whole, in my view its decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable. It is, as a result, unnecessary to consider the valuation issue.

[184] Pour conclure, en appliquant la norme de la décision raisonnable et en examinant les motifs de la Commission dans leur ensemble, je suis d'avis que sa décision d'imposer des redevances pour les copies accessoires de diffusion était déraisonnable. Par conséquent, il est inutile d'examiner la question de l'évaluation.

[185] Why apply reasonableness? Here we come yet again to this Court's prodigal child, the standard of review. Too much obfuscation has already cluttered the journey, but while I hesitate to add words to an already overcrowded space, I have concerns that the majority has created yet another confusing fork in the road.

[185] Pourquoi appliquer la norme de la décision raisonnable? Voilà qui nous amène encore une fois à l'enfant prodige de la Cour, la norme de contrôle. La route est déjà encombrée de trop de confusion, et même si j'hésite à ajouter des paroles dans un espace déjà trop encombré, je crains que les juges majoritaires n'aient créé sur le chemin une autre fourche déroutante.

[186] The central issue in this appeal is whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process. This question is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard.

[186] La question principale en l'espèce est celle de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique. Cette question est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[187] In this case, rather than review the Copyright Board's decision as a whole, Rothstein J. identifies no less than five separate issues, each of which he says attracts its own discrete standard of review analysis. One of these issues, "whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying", is said to warrant correctness review, while the other four

[187] En l'espèce, plutôt que d'examiner la décision de la Commission du droit d'auteur dans son ensemble, le juge Rothstein relève pas moins de cinq questions distinctes, dont chacune, affirme-t-il, emporte sa propre analyse de la norme de contrôle. Une de ces questions, à savoir « si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC »,

are to be reviewed on the reasonableness standard. Applying these competing standards to the different components of the Copyright Board's decision, he ultimately concludes that the Copyright Board was correct in proceeding on the basis that broadcast-incidental copies engage the reproduction right under the *Copyright Act*, but that some of its conclusions with respect to the other issues were reasonable while others were not. With respect, this takes judicial review Through the Looking Glass.

[188] It is true that, in *Rogers v. SOCAN*, the majority held that the appropriate standard of review is correctness for questions of law for which the Copyright Board and courts share concurrent jurisdiction: para. 15. But in that case, the "sole issue" was "the meaning of the phrase 'to the public' in s. 3(1)(*f*) of the [*Copyright Act*]": para. 2. After deciding the legal issue, the majority applied that conclusion to the facts: paras. 53-56. No further standard of review was discussed, considered or applied. In this case, the Board's decision was to impose royalty fees for the creation of broadcast-incidental copies. Rothstein J. not only extricates as a discrete legal question whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for the CBC's broadcast-incidental copying, he subdivides the rest of the decision into separate compartments entitled to their own standard of review. This is both new and regressive. It is also an approach that was proscribed by this Court in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 100.

[189] Extricating the various components of the decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents, with respect, a

justifierait un examen selon la norme de la décision correcte, alors que les quatre autres devraient être examinées selon la norme de la décision raisonnable. En appliquant ces normes concurrentes aux différentes parties de la décision de la Commission du droit d'auteur, il conclut en définitive que la Commission du droit d'auteur a eu raison de tenir pour acquis que les copies accessoires de diffusion font intervenir le droit de reproduction en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais que certaines de ses conclusions à l'égard des autres questions étaient raisonnables, alors que d'autres ne l'étaient pas. Soit dit en tout respect, cette conclusion pousse le contrôle judiciaire de l'autre côté du miroir.

[188] Il est vrai que, dans l'arrêt *Rogers c. SOCAN*, les juges majoritaires ont conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte relativement aux questions de droit pour lesquelles la Commission du droit d'auteur et les cours de justice partagent une compétence concurrente : par. 15. Or, dans ce pourvoi, « [s]eul le sens des mots "au public" employés à l'al. 3(1)*f*) de la [*Loi sur le droit d'auteur*] [faisait] l'objet du litige » : par. 2. Après avoir tranché la question de droit, les juges majoritaires ont appliqué cette conclusion aux faits : par. 53-56. Aucune autre norme de contrôle n'a été analysée, considérée, ni appliquée. En l'espèce, la Commission a décidé d'imposer des redevances pour la création de copies accessoires de diffusion. Le juge Rothstein non seulement met à l'écart à titre de question de droit celle de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, mais il subdivise le reste de la décision en parties séparées emportant chacune l'application de leur propre norme de contrôle. Cette façon de procéder est à la fois nouvelle et régressive. Elle a également été proscrite par la Cour dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 100.

[189] Soit dit en tout respect, traiter séparément les diverses parties de la décision et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme

significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence, further erodes the careful framework this Court endorsed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, and risks creating an unworkable template for the judicial review of administrative decision-making.

[190] This latest movement in Rothstein J.'s shifting tectonic reviewing plates — extricating the various aspects of a tribunal's decision for their own individual standard of review analysis — creates even more confusion in an area of jurisprudence already unduly burdened by too many exceptions in the brief years since this Court decided *Dunsmuir*. There are always many parts of a tribunal's decision. Requiring courts to separately assess the standard of review for each of these parts and then to decide how many of those parts must be found to be unreasonable or incorrect in order to outweigh those parts which are found to be reasonable or correct may lead, with respect, to absurd results. Reviewing courts will be left to wonder just how many unreasonable or incorrect components of a decision it takes to warrant judicial intervention.

[191] Breaking down a decision into each of its component parts also increases the risk that a reviewing court will find an error to justify interfering in the tribunal's decision, and may well be seen as a thinly veiled attempt to allow reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions. This, at its core, is the re-introduction of the long since abandoned "preliminary question doctrine", whereby courts adopted such a broad and probing understanding of "jurisdictional error" that they could effectively substitute their own opinion for that of a tribunal on virtually any aspect of a tribunal's decision. The preliminary question doctrine was a judicial tactic to permit courts to intervene and substitute their own views. It was a tactic *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R.

de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle, affaibli également le cadre formulé minutieusement approuvé par la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, et risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives.

[190] Cette dernière dérive orchestrée par le juge Rothstein des plaques tectoniques de l'univers du contrôle judiciaire — dégager les divers aspects d'une décision d'un tribunal pour les assujettir à leur propre analyse de la norme de contrôle — crée encore plus de confusion dans un domaine de la jurisprudence qui a déjà été inutilement alourdi par trop d'exceptions durant les quelques années depuis que la Cour a rendu l'arrêt *Dunsmuir*. La décision d'un tribunal comporte toujours beaucoup de parties. Obliger les cours de révision à évaluer séparément la norme applicable à chacune de ces parties, puis à décider combien de ces parties doivent être jugées déraisonnables ou incorrectes pour pouvoir surpasser les parties qui sont jugées raisonnables ou correctes peut mener, à mon humble avis, à des résultats absurdes. Les cours de révision seront obligées de se demander combien il faut de parties déraisonnables ou incorrectes dans la décision pour justifier une intervention judiciaire.

[191] Le fait de diviser une décision en plusieurs parties augmente également le risque qu'une cour de révision trouve une erreur pour justifier son intervention dans la décision du tribunal et pourrait bien être perçu comme une tentative à peine voilée de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives. Cela reviendrait essentiellement à réintroduire la « doctrine de la condition préalable », abandonnée depuis longtemps, selon laquelle les tribunaux interprétaient l'« erreur de compétence » d'une façon si large et approfondie qu'ils pouvaient en effet substituer leur propre opinion à celle du tribunal sur pratiquement tous les aspects de la décision. La doctrine de la condition préalable était une tactique judiciaire qui permettait aux cours de justice

227, sought to end and *Dunsmuir* sought to bury. Its spiritual heirs should be given the same treatment.

[192] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[193] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I agree with my colleague Justice Abella on the merits and in the result. I write, however, because I cannot accept her position on the standard of review. This expert tribunal is presumptively reviewable on the basis of reasonableness. However, I agree with Justice Rothstein that the legal issue of whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right must be reviewed on the basis of correctness, in accordance with our decision in *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 10-20. As the presumption has not otherwise been displaced, the standard of review of reasonableness applies to the balance of the statutory licence decision and the interim licence decision: Copyright Board file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online), and file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online), respectively.

[194] However, I do not endorse the general approach my colleague Justice Rothstein has taken to his analysis of the standard of review. I am concerned with a methodology that examines and ascribes a specific standard of review to each individual issue challenged within a tribunal decision. Our jurisprudence permits the isolation of a

d'intervenir et de substituer leurs propres visions à celles des tribunaux administratifs. Il s'agit d'une tactique que l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, a cherché à éliminer et que l'arrêt *Dunsmuir* a cherché à enterrer. Ses héritiers spirituels devraient recevoir le même traitement.

[192] Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[193] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Je suis d'accord avec ma collègue la juge Abella quant au fond et quant au résultat. J'écris toutefois les présents motifs parce que je ne peux pas accepter son point de vue quant à la norme de contrôle. Il y a une présomption que les décisions du tribunal spécialisé dont il est question en l'espèce sont assujetties à la norme de la décision raisonnable. Cela dit, je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que la question de droit en litige, qui consiste à se demander si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, doit être revue suivant la norme de la décision correcte, aux termes de notre décision dans *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 10-20. Puisque la présomption n'a été renversée à aucun autre égard, la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique au reste de la décision sur la licence légale ainsi qu'à la décision sur la licence provisoire : dossiers de la Commission du droit d'auteur n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne), et dossier n^{o} 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne), respectivement.

[194] Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par mon collègue le juge Rothstein pour analyser la norme de contrôle. Je redoute une méthode qui examine chaque élément contesté d'une décision d'un tribunal individuellement et qui lui attribue une norme de contrôle spécifique. La jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement

particular question of law on an exceptional basis; it does not *require* a separate standard of review analysis for each issue. I worry that an issue-by-issue approach, within each decision, will add to the submissions and analysis required to establish the standard of review in each case. It unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

[195] I would allow the appeal.

APPENDIX

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42 (version in effect at the relevant time)

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

. . .

(*d*) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

. . .

(*f*) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

. . .

and to authorize any such acts.

30.8 (1) It is not an infringement of copyright for a programming undertaking to fix or reproduce in accordance with this section a performer's performance or work, other than a cinematographic work, that is performed live or a sound recording that is performed at the same time as the performer's performance or work, if the undertaking

une question de droit en particulier; elle n'*exige* pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Je crains qu'une approche qui se penche sur les questions une à la fois, n'ajoute aux observations et à l'analyse requises pour établir la norme de contrôle dans chaque cas. Cela complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

[195] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

ANNEXE

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42 (version en vigueur au moment pertinent)

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

. . .

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

. . .

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

. . .

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

30.8 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une entreprise de programmation de fixer ou de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, une œuvre — sauf une œuvre cinématographique — ou une prestation d'une telle œuvre exécutée en direct, ou un enregistrement sonore exécuté en même temps que cette œuvre ou cette prestation, pourvu que :

(*a*) is authorized to communicate the performer's performance, work or sound recording to the public by telecommunication;

(*b*) makes the fixation or the reproduction itself, for its own broadcasts;

(*c*) does not synchronize the fixation or reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and

(*d*) does not cause the fixation or reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.

(2) The programming undertaking must record the dates of the making and destruction of all fixations and reproductions and any other prescribed information about the fixation or reproduction, and keep the record current.

(3) The programming undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the works, sound recordings or performer's performances, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.

(4) The programming undertaking must destroy the fixation or reproduction within thirty days after making it, unless

(*a*) the copyright owner authorizes its retention; or

(*b*) it is deposited in an archive, in accordance with subsection (6).

(5) Where the copyright owner authorizes the fixation or reproduction to be retained after the thirty days, the programming undertaking must pay any applicable royalty.

(6) Where the programming undertaking considers a fixation or reproduction to be of an exceptional documentary character, the undertaking may, with the consent of an official archive, deposit it in the official archive and must notify the copyright owner, within thirty days, of the deposit of the fixation or reproduction.

(7) In subsection (6), "official archive" means the Library and Archives of Canada or any archive established under the law of a province for the preservation of the official archives of the province.

a) l'entreprise ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

b) elle réalise la fixation ou la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

c) la fixation ou la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

d) la fixation ou la reproduction ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la fixation ou de la reproduction et, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la fixation ou la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue de détruire la fixation ou la reproduction dans les trente jours de sa réalisation, sauf si elle reçoit l'autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur ou si elle a fait le dépôt visé au paragraphe (6).

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la fixation ou la reproduction au-delà du délai de trente jours, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Si elle estime que la fixation ou la reproduction réalisée dans les conditions visées au paragraphe (1) présente un caractère documentaire exceptionnel, l'entreprise peut, avec le consentement des archives officielles, la déposer auprès de celles-ci. Le cas échéant, elle avise le titulaire du droit d'auteur du dépôt dans les trente jours qui suivent.

(7) Au paragraphe (6), « archives officielles » s'entend de Bibliothèque et Archives du Canada et des établissements qui sont constitués en vertu d'une loi provinciale pour la conservation des archives officielles de la province.

(8) This section does not apply where a licence is available from a collective society to make the fixation or reproduction of the performer's performance, work or sound recording.

(9) A broadcasting undertaking, as defined in the *Broadcasting Act*, may make a single reproduction of a fixation or reproduction made by a programming undertaking and communicate it to the public by telecommunication, within the period referred to in subsection (4), if the broadcasting undertaking meets the conditions set out in subsection (1) and is part of a prescribed network that includes the programming undertaking.

(10) The reproduction and communication to the public by telecommunication must be made

(*a*) in accordance with subsections (2) to (6); and

(*b*) within thirty days after the day on which the programming undertaking made the fixation or reproduction.

(11) In this section, "programming undertaking" means

(*a*) a programming undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*;

(*b*) a programming undertaking described in paragraph (*a*) that originates programs within a network, as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*; or

(*c*) a distribution undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*, in respect of the programs that it originates.

The undertaking must hold a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*.

30.9 (1) It is not an infringement of copyright for a broadcasting undertaking to reproduce in accordance with this section a sound recording, or a performer's performance or work that is embodied in a sound recording, solely for the purpose of transferring it to a format appropriate for broadcasting, if the undertaking

(*a*) owns the copy of the sound recording, performer's performance or work and that copy is authorized by the owner of the copyright;

(8) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(9) Pendant la période visée au paragraphe (4), une entreprise de radiodiffusion au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* peut, si elle fait partie d'un réseau désigné par règlement dont fait aussi partie l'entreprise de programmation et pourvu qu'elle remplisse les conditions visées au paragraphe (1), faire une seule reproduction de cette fixation ou reproduction et la communiquer au public par télécommunication.

(10) Le cas échéant, les paragraphes (2) à (6) s'appliquent, les délais en cause étant calculés à compter de la date de la réalisation de la fixation ou reproduction par l'entreprise de programmation.

(11) Pour l'application du présent article, « entreprise de programmation » s'entend, selon le cas :

a) au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*;

b) d'une telle entreprise qui produit des émissions dans le cadre d'un réseau au sens de cette loi;

c) d'une entreprise de distribution, au sens de la même loi, pour les émissions qu'elle produit elle-même.

Dans tous les cas, elle doit être titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée, en vertu toujours de la même loi, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

30.9 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :

a) elle en est le propriétaire et qu'il s'agisse d'exemplaires autorisés par le titulaire du droit d'auteur;

(*b*) is authorized to communicate the sound recording, performer's performance or work to the public by telecommunication;

(*c*) makes the reproduction itself, for its own broadcasts;

(*d*) does not synchronize the reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and

(*e*) does not cause the reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.

(2) The broadcasting undertaking must record the dates of the making and destruction of all reproductions and any other prescribed information about the reproduction, and keep the record current.

(3) The broadcasting undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the sound recordings, performer's performances or works, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.

(4) The broadcasting undertaking must destroy the reproduction when it no longer possesses the sound recording or performer's performance or work embodied in the sound recording, or at the latest within thirty days after making the reproduction, unless the copyright owner authorizes the reproduction to be retained.

(5) If the copyright owner authorizes the reproduction to be retained, the broadcasting undertaking must pay any applicable royalty.

(6) This section does not apply if a licence is available from a collective society to reproduce the sound recording, performer's performance or work.

(7) In this section, "broadcasting undertaking" means a broadcasting undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* that holds a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under that Act.

66.51 The Board may, on application, make an interim decision.

b) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

c) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

d) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

e) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la reproduction ainsi que, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue — sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur — de détruire la reproduction dans les trente jours de sa réalisation ou, si elle est antérieure, soit à la date où l'enregistrement sonore ou la prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore n'est plus en sa possession.

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la reproduction, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(7) Pour l'application du présent article, « entreprise de radiodiffusion » s'entend d'une entreprise de radiodiffusion, au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui est titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes en vertu de cette loi.

66.51 La Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires.

66.6 (1) The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations governing

(*a*) the practice and procedure in respect of the Board's hearings, including the number of members of the Board that constitutes a quorum;

70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

(2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.

Appeal allowed with costs, ABELLA *and* KARAKATSANIS JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondents: Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Solicitors for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz: Macera & Jarzyna, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

66.6 (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements régissant :

a) la pratique et la procédure des audiences, ainsi que le quorum;

70.2 (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA *et* KARAKATSANIS *sont dissidentes.*

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs des intimées : Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Procureurs des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz : Macera & Jarzyna, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo : McCarthy Tétrault, Toronto.

B010 *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights and United Nations High Commissioner for Refugees *Interveners*

- and -

J.P. and G.J. *Appellants*

v.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, United Nations High Commissioner for Refugees and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

- and -

B306 *Appellant*

v.

B010 *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights et Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés *Intervenants*

- et -

J.P. et G.J. *Appelants*

c.

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

- et -

B306 *Appelant*

c.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, United Nations High Commissioner for Refugees and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

- and -

Jesus Rodriguez Hernandez *Appellant*

v.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, United Nations High Commissioner for Refugees and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

- et -

Jesus Rodriguez Hernandez *Appelant*

c.

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), David Asper Centre for Constitutional Rights, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

Indexed as: B010 *v.* Canada (Citizenship and Immigration)

2015 SCC 58

File Nos.: 35388, 35688, 35685, 35677.

2015: February 16; 2015: November 27.

Répertorié : B010 *c.* Canada (Citoyenneté et Immigration)

2015 CSC 58

N^os^ du greffe : 35388, 35688, 35685, 35677.

2015 : 16 février; 2015 : 27 novembre.

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

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Inadmissibility and removal — Organized criminality — People smuggling — Migrants aided illegal entry of asylum-seekers to Canada in course of collective flight to safety — Migrants seeking refugee status in Canada but found inadmissible based on grounds of organized criminal people smuggling — What conduct makes a person inadmissible to apply for refugee status for having engaged in people smuggling? — Whether people smuggling engaged in, in context of transnational crime, confined to activities conducted, directly or indirectly, for financial or other material benefit — What limits may be inferred from provision rendering persons inadmissible on grounds of organized criminality? — What is effect of requirement that people smuggling be in context of transnational crime? — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 37(1)(b).

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Criminalité organisée — Passage de clandestins — Aide fournie par des migrants à des demandeurs d'asile pour entrer illégalement au Canada alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge — Migrants revendiquant le statut de réfugié au Canada mais jugés interdits de territoire pour passage criminel organisé de clandestins — Quelle conduite empêche une personne de revendiquer le statut de réfugié pour s'être livrée au passage de clandestins? — Le fait de se livrer au passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale se limite-t-il aux activités menées afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel? — Quelles limites peuvent être inférées de la disposition qui a pour effet d'interdire de territoire une personne pour criminalité organisée? — Quel est l'effet de l'exigence que le passage de clandestins se fasse dans le cadre de la criminalité transnationale? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 37(1)b).

B010, J.P., G.J., B306 and H (the "migrants") were all found inadmissible to Canada under s. 37(1)(*b*) of the *Immigration and Refugee Protection Act* ("*IRPA*") on the ground that they had been engaged in organized criminal smuggling. The result of being ruled inadmissible under s. 37(1)(*b*) is that the refugee claimant is peremptorily excluded from Canada without consideration of his or her claim on the merits. The migrants all say they were simply helping fellow asylum-seekers flee persecution, and were not engaged in people smuggling.

B010, J.P., G.J., B306 et H (les « migrants ») ont tous été déclarés interdits de territoire au Canada en application de l'al. 37(1)*b*) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* ») au motif qu'ils s'étaient livrés au passage criminel organisé de clandestins. Par suite de son interdiction de territoire au titre de l'al. 37(1)*b*), le demandeur d'asile est exclu péremptoirement du Canada sans que sa demande ne soit examinée sur le fond. Les migrants affirment tous qu'ils ne faisaient qu'aider leurs camarades demandeurs d'asile à fuir la persécution et qu'ils ne se livraient pas au passage de clandestins.

H is a native of Cuba who was accepted as a refugee by the United States. Two years later, he purchased a boat with two others and used it to transport 48 Cubans to the United States without the knowledge of United States authorities. Convicted in the United States of alien smuggling and receiving a deportation order from the United States, he came to Canada and claimed refugee protection.

H est originaire de Cuba et il a été accepté comme réfugié aux États-Unis. Deux ans plus tard, il a acheté, avec deux autres personnes, une embarcation qu'il a utilisée pour emmener 48 Cubains aux États-Unis à l'insu des autorités américaines. Déclaré coupable aux États-Unis de passage clandestin d'étrangers et frappé d'une mesure d'expulsion par ce pays, il est venu au Canada et a demandé l'asile.

B010, J.P., G.J., and B306 are among a group of nearly 500 Tamils from Sri Lanka who boarded the cargo ship *Sun Sea* in Thailand. The organizers of the voyage promised to transport them to Canada for sums ranging

B010, J.P., G.J. et B306 font partie d'un groupe de près de 500 Tamouls originaires du Sri Lanka qui sont montés à bord du navire *Sun Sea* en Thaïlande. Les organisateurs du voyage leur avaient promis de les amener au

from $20,000 to $30,000 per person. Shortly after departure, the Thai crew abandoned the ship, leaving the asylum-seekers on board to their own devices. Twelve of the migrants took over various duties during the three-month voyage across the Pacific Ocean to Canada. The ship was dilapidated, unsafe and crowded. Food was in short supply and the fear of interception was constant. B010 worked two three-hour shifts in the engine room each day, monitoring the temperature, water and oil level of the equipment. J.P., who was accompanied by his wife G.J., stood lookout, read the GPS and radar, and acted as an assistant navigator during the voyage. B306 volunteered to act as a cook and lookout. He cooked three meals a day for the crew, and used a telescope to spot approaching trawlers and notify the crew so that passengers could be hidden below deck to avoid interception.

Canada pour des sommes allant de 20 000 $ à 30 000 $ par personne. Peu après le départ, l'équipage thaïlandais a abandonné le navire, laissant les demandeurs d'asile à eux-mêmes. Douze des migrants ont assumé différentes tâches au cours de la traversée de trois mois de l'océan Pacifique jusqu'au Canada. Le navire était délabré, dangereux et bondé. Il y avait pénurie de nourriture et les passagers craignaient sans cesse d'être interceptés. B010 effectuait chaque jour deux quarts de travail de trois heures dans la salle des machines, où il surveillait la température, l'eau et le niveau d'huile des machines. J.P., qui était accompagné de son épouse G.J., assurait la vigie, consultait le GPS et le radar et agissait comme aide-navigateur pendant le voyage. B306 s'est porté volontaire pour cuisiner et agir comme vigie. Il cuisinait trois repas par jour pour l'équipage et utilisait un télescope pour repérer les chalutiers qui s'approchaient d'eux. Il en avisait alors les membres de l'équipage, ce qui permettait de cacher les passagers dans la cale afin d'éviter qu'ils soient interceptés.

The Immigration and Refugee Board ("Board") found the migrants inadmissible to Canada, on the basis that s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* covers all acts of assistance to illegal migrants and does not require a profit motive. On judicial review to the Federal Court, B010's application was rejected while the applications of J.P., G.J., B306 and H were allowed. The Federal Court of Appeal rejected B010's appeal and in the remaining cases, the court allowed the appeals and reinstated the Board's decisions of inadmissibility.

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (« Commission ») a déclaré les migrants interdits de territoire au Canada parce que l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* s'applique à toute aide apportée à des migrants illégaux et n'exige pas que ces actes soient commis à des fins lucratives. Lors du contrôle judiciaire en Cour fédérale, la demande de B010 a été rejetée alors que les demandes de J.P. et de G.J., de B306 et de H ont été accueillies. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de B010 et dans les autres affaires, elle a fait droit aux appels et rétabli les décisions de la Commission portant interdiction de territoire.

Held: The appeals should be allowed and the cases remitted to the Board for reconsideration.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les affaires sont renvoyées à la Commission pour réexamen.

Section 37(1)(*b*) of the *IRPA* performs a gatekeeping function. People who fall within it cannot have their refugee claims determined, regardless of the merits. The respondent Ministers say that the term "people smuggling" in s. 37(1)(*b*) should be interpreted broadly as barring anyone who knowingly assisted a person to enter a country illegally. The migrants argue for a narrower interpretation that would allow them to have their refugee claims determined in Canada.

L'alinéa 37(1)*b*) de la *LIPR* joue un rôle de gardien. Ceux et celles qui tombent sous le coup de cette disposition ne peuvent faire trancher leur demande d'asile, peu importe son bien-fondé. Les ministres intimés affirment que l'expression « passage de clandestins » figurant à l'al. 37(1)*b*) doit recevoir une interprétation large de manière à ce qu'elle interdise de territoire quiconque a aidé sciemment une personne à entrer illégalement au pays. Les migrants plaident en faveur d'une interprétation plus étroite qui leur permettrait d'obtenir une décision quant à leur demande d'asile au Canada.

Acts committed by people who are not themselves members of criminal organizations, who do not act in knowing furtherance of a criminal aim of such organizations, or who do not organize, abet or counsel serious crimes involving such organizations, do not fall within

Les actes commis par une personne qui ne fait pas partie d'une organisation criminelle, qui ne participe pas aux activités de cette organisation en sachant que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel de l'organisation, ou qui n'organise, n'encourage ni

s. 37(1)(*b*). The tools of statutory interpretation — plain and grammatical meaning of the words; statutory and international contexts; and legislative intent — all point inexorably to the conclusion that s. 37(1)(*b*) applies only to people who act to further illegal entry of asylum-seekers in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime.

A migrant who aids in his own illegal entry or the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in their collective flight to safety is not inadmissible under s. 37(1)(*b*). Acts of humanitarian and mutual aid (including aid between family members) do not constitute people smuggling under the *IRPA*. To justify a finding of inadmissibility on the grounds of people smuggling under s. 37(1)(*b*), the respondent Ministers must establish before the Board that the migrants are people smugglers in this sense. The migrants can escape inadmissibility under s. 37(1)(*b*) if they merely aided in the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in the course of their collective flight to safety.

The interpretation of s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* taken by the Board was not within the range of reasonable interpretations. The migrants were found inadmissible on an erroneous interpretation of s. 37(1)(*b*) and are entitled to have their admissibility reconsidered on the basis of the interpretation here.

It is unnecessary to consider whether s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* unconstitutionally violates s. 7 of the *Charter* on the basis that s. 37(1)(*b*) is overbroad in catching migrants mutually aiding one another and humanitarian workers, as the migrants are entitled to a new hearing on the basis of the proper interpretation of s. 37(1)(*b*). The argument is of no assistance in any event, as s. 7 of the *Charter* is not engaged at the stage of determining admissibility to Canada under s. 37(1).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224,

ne favorise au moyen de conseils la perpétration d'une infraction grave impliquant l'organisation, ne sont pas visés par l'al. 37(1)*b*). Les moyens d'interprétation législative — le sens clair et grammatical des mots; le contexte législatif et international; l'intention du législateur — mènent tous inexorablement à la conclusion que l'al. 37(1)*b*) s'applique uniquement aux personnes qui posent des gestes pour assurer l'entrée illégale de demandeurs d'asile dans un pays afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité transnationale organisée.

Le migrant qui contribue à sa propre entrée illégale au pays ou qui aide d'autres réfugiés ou demandeurs d'asile à entrer illégalement au pays alors qu'ils tentent collectivement d'y trouver refuge n'est pas interdit de territoire au sens de l'al. 37(1)*b*). Les actes d'aide humanitaire et d'assistance mutuelle (y compris d'entraide familiale) ne constituent pas du passage de clandestins au sens de la *LIPR*. Pour justifier leur conclusion d'interdiction de territoire pour passage de clandestins au titre de l'al. 37(1)*b*), les ministres intimés doivent établir devant la Commission que les migrants sont des passeurs de clandestins en ce sens. Les migrants peuvent échapper à l'interdiction de territoire prévue à l'al. 37(1)*b*) s'ils ont simplement aidé d'autres réfugiés ou demandeurs d'asile à entrer illégalement au pays alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge.

L'interprétation donnée à l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* par la Commission ne faisait pas partie des interprétations raisonnables. Les migrants ont été déclarés interdits de territoire sur le fondement d'une interprétation erronée de l'al. 37(1)*b*) et ils ont droit à une nouvelle enquête suivant l'interprétation exposée ici.

Il n'est pas nécessaire de se demander si l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* viole de manière inconstitutionnelle l'art. 7 de la *Charte* au motif que cet alinéa a une portée excessive du fait qu'il s'applique aux migrants qui s'entraident et aux travailleurs humanitaires, parce que les migrants ont droit à une nouvelle audience qui tient compte de l'interprétation correcte de l'al. 37(1)*b*). Quoi qu'il en soit, l'argument n'est d'aucune utilité puisque l'art. 7 de la *Charte* n'entre pas en jeu lorsque vient le temps de déterminer si un migrant est interdit de territoire au Canada selon le par. 37(1).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 324, [2014]

aff'd 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *United States of America v. Anekwu*, 2009 SCC 41, [2009] 3 S.C.R. 3; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (organized crime and law enforcement) and to make consequential amendments to other Acts, Bill C-24, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (assented to December 18, 2001), S.C. 2001, c. 32.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 467.1(1) "criminal organization".

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 11(1), 20(1), 34, 35, 36, 37, 41, 42, 44, 99, 101(1)(*f*), 112, 113, 114, 117, 118, 121, 124(1)(*a*), 133.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 6, 50, 228.

Treaties and Other International Instruments

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150, arts. 31(1), 33.

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480, arts. 2, 3(a) "smuggling of migrants", 6, 11, 19.

Protocol relating to the Status of Refugees, 606 U.N.T.S. 267.

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2237 U.N.T.S. 319, art. 14(1).

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209, arts. 1, 2(a) "organized criminal group", 3, 5, 34.

2 R.C.F. 224, conf. par 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *États-Unis d'Amérique c. Anekwu*, 2009 CSC 41, [2009] 3 R.C.S. 3; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 467.1(1) « organisation criminelle ».

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi modifiant le Code criminel (crime organisé et application de la loi) et d'autres lois en conséquence, projet de loi C-24, 1re sess., 37e lég., 2001 (sanctionné le 18 décembre 2001), L.C. 2001, c. 32.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 3, 11(1), 20(1), 34, 35, 36, 37, 41, 42, 44, 99, 101(1)*f*), 112, 113, 114, 117, 118, 121, 124(1)*a*), 133.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 6, 50, 228.

Traités et autres instruments internationaux

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209, art. 1, 2a) « groupe criminel organisé », 3, 5, 34.

Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150, art. 31(1), 33.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 14.

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 2237 R.T.N.U. 319, art. 14(1).

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 14.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 046, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, p. 2954.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 2, 1st Sess., 37th Parl., March 1, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040558& Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1), 9:30 to 9:35.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=599716& Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1), 10:40.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 9, 1st Sess., 37th Parl., April 5, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040661& Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1), 10:50.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040838 & Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1), 10:35 to 10:40.

Currie, Robert J., and Joseph Rikhof. *International & Transnational Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Gallagher, Anne T., and Fiona David. *The International Law of Migrant Smuggling*. New York: Cambridge University Press, 2014.

Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

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

United Nations. Office on Drugs and Crime. *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational* R.T.N.U. 480, art. 2, 3a) « trafic illicite de migrants », 6, 11, 19.

Protocole relatif au statut des réfugiés, 606 R.T.N.U. 267.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, nº 2, 1re sess., 37e lég., 1er mars 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040558&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F), 9 h 30 à 9 h 35.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, nº 3, 1re sess., 37e lég., 13 mars 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=599716&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F), 10 h 40.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, nº 9, 1re sess., 37e lég., 5 avril 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040661&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F), 10 h 50.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, nº 27, 1re sess., 37e lég., 17 mai 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040838&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F), 10 h 35 à 10 h 40.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, nº 046, 1re sess., 37e lég., 23 avril 2001, p. 2954.

Currie, Robert J., and Joseph Rikhof. *International & Transnational Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Gallagher, Anne T., and Fiona David. *The International Law of Migrant Smuggling*, New York, Cambridge University Press, 2014.

Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Nations Unies. Office contre la drogue et le crime. *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, New York, Nations Unies, 2008.

Organized Crime and the Protocols thereto. New York: United Nations, 2006.

Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

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

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Dawson and Stratas JJ.A.), 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326, 443 N.R. 1, 359 D.L.R. (4th) 730, 16 Imm. L.R. (4th) 227, [2013] F.C.J. No. 322 (QL), 2013 CarswellNat 650 (WL Can.), affirming a decision of Noël J., 2012 FC 569, [2014] 1 F.C.R. 95, 412 F.T.R. 23, 13 Imm. L.R. (4th) 245, [2012] F.C.J. No. 594 (QL), 2012 CarswellNat 1560 (WL Can.). Appeal allowed.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sharlow, Mainville and Near JJ.A.), 2013 FCA 262, [2014] 4 F.C.R. 371, 451 N.R. 278, 368 D.L.R. (4th) 524, 20 Imm. L.R. (4th) 199, 61 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] F.C.J. No. 1236 (QL), 2013 CarswellNat 4158 (WL Can.), setting aside a decision of Mosley J., 2012 FC 1466, [2014] 2 F.C.R. 146, 423 F.T.R. 144, [2012] F.C.J. No. 1648 (QL), 2012 CarswellNat 5628 (WL Can.); a decision of Gagné J., 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128, 421 F.T.R. 52, 14 Imm. L.R. (4th) 212, [2012] F.C.J. No. 1424 (QL), 2012 CarswellNat 4444 (WL Can.); and a decision of Zinn J., 2012 FC 1417, 422 F.T.R. 159, 13 Imm. L.R. (4th) 175, 45 Admin. L.R. (5th) 267, [2012] F.C.J. No. 1531 (QL), 2012 CarswellNat 4784 (WL Can.). Appeals allowed.

Rod H. G. Holloway and *Erica Olmstead*, for the appellant B010.

Lorne Waldman, *Tara McElroy* and *Clarisa Waldman*, for the appellants J.P. and G.J.

Raoul Boulakia, for the appellant B306.

Ronald Poulton, for the appellant Jesus Rodriguez Hernandez.

Marianne Zoric and *François Joyal*, for the respondents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Dawson et Stratas), 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326, 443 N.R. 1, 359 D.L.R. (4th) 730, 16 Imm. L.R. (4th) 227, [2013] A.C.F. nº 322 (QL), 2013 CarswellNat 2611 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Noël, 2012 CF 569, [2014] 1 R.C.F. 95, 412 F.T.R. 23, 13 Imm. L.R. (4th) 245, [2012] A.C.F. nº 594 (QL), 2012 CarswellNat 5128 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sharlow, Mainville et Near), 2013 CAF 262, [2014] 4 R.C.F. 371, 451 N.R. 278, 368 D.L.R. (4th) 524, 20 Imm. L.R. (4th) 199, 61 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] A.C.F. nº 1236 (QL), 2013 CarswellNat 6398 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Mosley, 2012 CF 1466, [2014] 2 R.C.F. 146, 423 F.T.R. 144, [2012] A.C.F. nº 1648 (QL), 2012 CarswellNat 5629 (WL Can.); une décision de la juge Gagné, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128, 421 F.T.R. 52, 14 Imm. L.R. (4th) 212, [2012] A.C.F. nº 1424 (QL), 2012 CarswellNat 5175 (WL Can.); et une décision du juge Zinn, 2012 CF 1417, 422 F.T.R. 159, 13 Imm. L.R. (4th) 175, 45 Admin. L.R. (5th) 267, [2012] A.C.F. nº 1531 (QL), 2012 CarswellNat 5608 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Rod H. G. Holloway et *Erica Olmstead*, pour l'appelant B010.

Lorne Waldman, *Tara McElroy* et *Clarisa Waldman*, pour les appelants J.P. et G.J.

Raoul Boulakia, pour l'appelant B306.

Ronald Poulton, pour l'appelant Jesus Rodriguez Hernandez.

Marianne Zoric et *François Joyal*, pour les intimés.

Hart Schwartz and *Padraic Ryan*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jennifer Bond, *Andrew J. Brouwer* and *Erin Bobkin*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Angus Grant, *Catherine Bruce*, *Laura Best* and *Fadi Yachoua*, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Chantal Tie, *Laïla Demirdache* and *Michael Bossin*, for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Barbara Jackman and *Audrey Macklin*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

John Terry, *Rana R. Khan* and *Ryan Lax*, for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees.

Andrew I. Nathanson and *Gavin Cameron*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The smuggling of human beings across international frontiers is a matter of increasing concern all over the world. Those who are smuggled pay large sums for what are frequently life-threatening journeys to countries for which they have no documentation or right of entry. Some of these migrants are refugees who have a well-founded fear of persecution in their home country and a right to protection under Canadian and international law. The smugglers, for their part, cynically prey on these people's desperate search for better lives to enrich themselves without heed to the risks their victims face. The smugglers' activities are often controlled by extensive transnational criminal organizations

Hart Schwartz et *Padraic Ryan*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jennifer Bond, *Andrew J. Brouwer* et *Erin Bobkin*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Angus Grant, *Catherine Bruce*, *Laura Best* et *Fadi Yachoua*, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Chantal Tie, *Laïla Demirdache* et *Michael Bossin*, pour l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Barbara Jackman et *Audrey Macklin*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

John Terry, *Rana R. Khan* et *Ryan Lax*, pour l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Andrew I. Nathanson et *Gavin Cameron*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le passage de clandestins d'un pays à l'autre suscite de plus en plus d'inquiétudes partout dans le monde. Les clandestins versent d'importantes sommes d'argent pour entreprendre, dans bien des cas, un voyage au péril de leur vie vers un pays pour lequel ils n'ont aucuns papiers ni droit d'entrée. Certains de ces migrants sont des réfugiés qui craignent avec raison d'être persécutés dans leurs pays d'origine et qui ont droit à la protection accordée par le droit canadien et le droit international. Les passeurs, quant à eux, profitent cyniquement de ces gens qui cherchent désespérément une vie meilleure pour s'enrichir sans se soucier des risques auxquels s'exposent leurs victimes. Souvent, les activités des passeurs

which Canada and other states seek to combat through multilateral cooperation. Canada is a party to a number of international instruments aimed both at protecting refugees and combatting human smuggling. These commitments are reflected in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("*IRPA*"), and elsewhere in Canadian law.

[2] These appeals concern s. 37(1)(*b*) of the *IRPA*, which renders a person inadmissible to Canada, and effectively denies that person access to refugee determination procedures, if he or she has engaged in, in the context of transnational crime, activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

[3] The appellants were all found inadmissible to Canada under s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* on the basis of an interpretation that did not require that the conduct leading to inadmissibility be for profit or be connected with an organized criminal operation. Their situations vary. However, all say they were simply helping fellow asylum-seekers flee persecution, and were not engaged in people smuggling.

[4] Three questions arise. First, is "people smuggling" in s. 37(1)(*b*) confined to activities conducted, "directly or indirectly", for "a financial or other material benefit"? Second, what limits flow from s. 37(1), which provides that a person is declared inadmissible on the grounds of "organized criminality"? Third, what is the effect of the requirement in s. 37(1)(*b*) that the smuggling be "in the context of transnational crime"?

[5] I conclude that s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* applies only to people who act to further illegal entry of

sont contrôlées par de grandes organisations criminelles transnationales que cherchent à combattre le Canada et d'autres États par le truchement de la coopération multilatérale. Le Canada est partie à plusieurs instruments internationaux destinés à protéger les réfugiés et à lutter contre le passage de clandestins. Ces engagements trouvent leur écho dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), et d'autres sources en droit canadien.

[2] Les présents pourvois portent sur l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR*, lequel a pour effet d'interdire une personne de territoire au Canada et de l'exclure effectivement de la procédure de détermination du statut de réfugié si elle s'est livrée, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles que le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

[3] Les appelants ont tous été déclarés interdits de territoire au Canada sur le fondement d'une interprétation de l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* selon laquelle cet alinéa n'exigeait pas que la conduite emportant interdiction de territoire ait une fin lucrative, ni qu'elle soit liée à une activité de criminalité organisée. Les situations dans lesquelles se trouvent les appelants varient. En revanche, les appelants affirment tous qu'ils ne faisaient qu'aider leurs camarades demandeurs d'asile à fuir la persécution et qu'ils ne se livraient pas au passage de clandestins.

[4] Trois questions se posent en l'espèce. Premièrement, l'expression « passage de clandestins » qui figure à l'al. 37(1)*b*) se limite-t-elle aux activités menées afin d'en tirer, « directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel »? Deuxièmement, quelles restrictions découlent du par. 37(1), qui prévoit l'interdiction de territoire pour « criminalité organisée »? Troisièmement, quel est l'effet de l'exigence énoncée à l'al. 37(1)*b*) que le passage de clandestins survienne « dans le cadre de la criminalité transnationale »?

[5] Je conclus que l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* s'applique uniquement aux personnes qui agissent pour

asylum-seekers in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime. In coming to this conclusion, I outline the type of conduct that may render a person inadmissible to Canada and disqualify the person from the refugee determination process on grounds of organized criminality. I find, consistently with my reasons in the companion appeal in *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, that acts of humanitarian and mutual aid (including aid between family members) do not constitute people smuggling under the *IRPA*.

[6] I would return these matters to the Immigration and Refugee Board ("Board") for a new hearing in accordance with these reasons.

II. Facts and Judicial History

A. *Facts*

[7] Mr. Hernandez is a native of Cuba who was accepted as a refugee by the United States in 2001. Two years later, he purchased a boat with two others and used it to transport 48 Cubans to the United States without the knowledge of U.S. authorities. Convicted in the United States of alien smuggling and receiving a deportation order from the U.S., he came to Canada and claimed refugee protection.

[8] B306, J.P., G.J. and B010 are among a group of nearly 500 Tamils from Sri Lanka who boarded the cargo ship *Sun Sea* in Thailand. The organizers of the voyage promised to transport them to Canada for sums ranging from $20,000 to $30,000 per person. Shortly after departure, the Thai crew abandoned the ship, leaving the asylum-seekers on board to their own devices. Twelve of the migrants took over various duties during the three-month voyage across the Pacific Ocean to Canada. The ship was dilapidated, unsafe and crowded. Food was in short supply and the fear of interception was constant.

faire entrer illégalement des demandeurs d'asile afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité organisée transnationale. En arrivant à cette conclusion, je décris en quoi consiste la conduite qui peut emporter interdiction de territoire au Canada et exclusion du processus de détermination du statut de réfugié pour criminalité organisée. Conformément à mes motifs dans l'arrêt connexe *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, je conclus que des actes d'aide humanitaire et d'assistance mutuelle (y compris d'entraide familiale) ne constituent pas du passage de clandestins au sens de la *LIPR*.

[6] Je suis d'avis de renvoyer les questions susmentionnées à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (« Commission ») pour nouvelle instruction conforme aux présents motifs.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Faits*

[7] Monsieur Hernandez est originaire de Cuba et il a été accepté comme réfugié aux États-Unis en 2001. Deux ans plus tard, il a acheté, avec deux autres personnes, une embarcation qu'il a utilisée pour emmener 48 Cubains aux États-Unis à l'insu des autorités américaines. Déclaré coupable aux États-Unis de passage clandestin d'étrangers et frappé d'une mesure d'expulsion par ce pays, il est venu au Canada et a demandé l'asile.

[8] B306, J.P., G.J. et B010 font partie d'un groupe de près de 500 Tamouls originaires du Sri Lanka qui sont montés à bord du navire *Sun Sea* en Thaïlande. Les organisateurs du voyage leur avaient promis de les amener au Canada pour des sommes allant de 20 000 $ à 30 000 $ par personne. Peu après le départ, l'équipage thaïlandais a abandonné le navire, laissant les demandeurs d'asile à eux-mêmes. Douze des migrants ont assumé différentes tâches au cours de la traversée de trois mois de l'océan Pacifique jusqu'au Canada. Le navire était délabré, dangereux et bondé. Il y avait pénurie de nourriture et les passagers craignaient sans cesse d'être interceptés.

[9] B010 worked two three-hour shifts in the engine room each day, monitoring the temperature, water and oil level of the equipment, without, he says, remuneration or benefit.

[10] J.P., who was accompanied by his wife G.J., stood lookout, read the GPS and radar, and acted as an assistant navigator during the voyage, in return for which he and his wife lived in crew quarters and benefited from more humane conditions than most of the migrants. G.J. was initially ruled inadmissible for consideration as a refugee under s. 42(*a*) of the *IRPA*, as an accompanying family member of a person ruled inadmissible. She has since been admitted as a refugee to Canada, rendering her appeal in this case moot. However, her husband has been declared inadmissible under s. 37(1)(*b*) because of his work on the ship, and faces potential deportation.

[11] B306 volunteered to act as a cook and lookout in order to receive better rations because, he asserts, he was hungry and in poor health. He cooked three meals a day for the crew, and used a telescope to spot approaching trawlers and notify the crew so that passengers could be hidden below deck to avoid interception.

[12] The *IRPA* contemplates two streams of refugee claimants — people who apply for refugee status from outside the country and obtain a visa to enter Canada (s. 99(2)); and people who apply from inside Canada (s. 99(3)). The majority of refugee claimants to Canada fall into the first stream. The *Sun Sea* passengers and Mr. Hernandez fell into the second stream.

[13] Migrants in the second stream face deportation under either of two provisions. First, they may be treated as inadmissible under s. 41 of the *IRPA*, and made subject to a conditional removal order pursuant to s. 44. Second, they may be declared

[9] B010 effectuait chaque jour deux quarts de travail de trois heures dans la salle des machines, où il surveillait la température, l'eau et le niveau d'huile des machines sans, dit-il, toucher une rémunération ou des avantages.

[10] J.P., qui était accompagné de son épouse G.J., assurait la vigie, consultait le GPS et le radar et agissait comme aide-navigateur pendant le voyage. En contrepartie, lui et son épouse logeaient dans les quartiers réservés à l'équipage et bénéficiaient de meilleures conditions que la plupart des migrants. G.J. s'est vu au départ refuser l'examen de sa demande d'asile en application de l'al. 42*a*) de la *LIPR* parce qu'elle accompagnait, à titre de membre de sa famille, une personne jugée interdite de territoire. Depuis, elle a été admise en tant que réfugiée au Canada, rendant théorique son appel en l'espèce. Son époux a cependant été déclaré interdit de territoire au titre de l'al. 37(1)*b*) en raison de son travail sur le navire et il risque d'être expulsé.

[11] B306 s'est porté volontaire pour cuisiner et agir comme vigie dans le but de recevoir de meilleures rations parce qu'à ses dires, il était affamé et en mauvaise santé. Il cuisinait trois repas par jour pour l'équipage et utilisait un télescope pour repérer les chalutiers qui s'approchaient d'eux. Il en avisait alors les membres de l'équipage, ce qui permettait de cacher les passagers dans la cale afin d'éviter qu'ils soient interceptés.

[12] La *LIPR* classe les demandeurs d'asile en deux catégories : les personnes qui demandent le statut de réfugié à l'étranger et qui obtiennent un visa pour entrer au Canada (par. 99(2)); les personnes qui demandent ce statut au Canada (par. 99(3)). La majorité des demandeurs d'asile au Canada entrent dans la première catégorie. Les passagers du *Sun Sea* et M. Hernandez entrent dans la seconde.

[13] Les migrants appartenant à la seconde catégorie sont passibles d'expulsion suivant l'une ou l'autre de deux dispositions. Tout d'abord, ils risquent d'être considérés interdits de territoire en application de l'art. 41 de la *LIPR* et de faire l'objet d'une mesure

inadmissible under s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* on grounds of organized criminal people smuggling.

[14] Most of the *Sun Sea* migrants — 451 of the 492 — were ruled inadmissible under s. 41 and issued conditional removal orders. The appellants, however, were dealt with under s. 37(1)(*b*), on the ground that they had been engaged in organized criminal smuggling. The result of being ruled inadmissible under s. 37(1)(*b*) is that the refugee claimant is peremptorily excluded from Canada without consideration of his or her claim on the merits: s. 101(1)(*f*).

B. *Judicial History*

[15] The Board found the appellants inadmissible to Canada, on the basis that s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* covers all acts of assistance to illegal migrants and, in particular, does not require a profit motive. It ruled that Mr. Hernandez was also inadmissible under s. 36(1)(*b*) (serious criminality) because of his prior conviction in the U.S. of alien smuggling.

[16] On judicial review to the Federal Court, different judges took different views on the scope of s. 37(1)(*b*). B010's application was rejected (Noël J., 2012 FC 569, [2014] 1 F.C.R. 95), while the applications of J.P. and G.J., B306 and Mr. Hernandez were allowed (Mosley J., 2012 FC 1466, [2014] 2 F.C.R. 146; Gagné J., 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128; and Zinn J., 2012 FC 1417, 422 F.T.R. 159, respectively).

[17] The cases were appealed to the Federal Court of Appeal, which opted for a broad view of the activity caught by s. 37(1)(*b*). B010's appeal was rejected (Evans, Dawson and Stratas JJ.A., 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326) on the ground that s. 37(1)(*b*) catches all acts of assistance to undocumented migrants, and in particular, does not require that the activity be conducted for financial

de renvoi conditionnelle au titre de l'art. 44. Ensuite, ils peuvent être déclarés interdits de territoire en application de l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* pour passage criminel organisé de clandestins.

[14] La plupart des migrants à bord du *Sun Sea*, 451 sur 492, ont été déclarés interdits de territoire au titre de l'art. 41 et frappés de mesures de renvoi conditionnelles. Les appelants ont cependant été jugés en application de l'al. 37(1)*b*) au motif qu'ils s'étaient livrés au passage criminel organisé de clandestins. Par suite de son interdiction de territoire au titre de cet alinéa, le demandeur d'asile est exclu péremptoirement du Canada sans que sa demande ne soit examinée sur le fond : al. 101(1)*f*).

B. *Historique judiciaire*

[15] La Commission a déclaré les appelants interdits de territoire au Canada parce que l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* s'applique à toute aide apportée à des immigrants illégaux et, plus précisément, qu'il n'exige pas que ces actes soient commis à des fins lucratives. La Commission a aussi déclaré M. Hernandez interdit de territoire au titre de l'al. 36(1)*b*) (grande criminalité) en raison de la déclaration de culpabilité prononcée auparavant contre lui aux É.-U. pour passage clandestin d'étrangers.

[16] Lors du contrôle judiciaire en Cour fédérale, plusieurs juges ont exprimé des opinions divergentes sur la portée de l'al. 37(1)*b*). La demande de B010 a été rejetée (le juge Noël, 2012 CF 569, [2014] 1 R.C.F. 95), alors que les demandes de J.P. et de G.J., de B306 et de M. Hernandez ont été accueillies (le juge Mosley, 2012 CF 1466, [2014] 2 R.C.F. 146; la juge Gagné, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128; le juge Zinn, 2012 CF 1417, 422 F.T.R. 159, respectivement).

[17] Les décisions ont été portées en appel devant la Cour d'appel fédérale, laquelle a adopté une interprétation large de l'activité visée à l'al. 37(1)*b*). L'appel de B010 a été rejeté (les juges Evans, Dawson et Stratas, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326) pour le motif que l'al. 37(1)*b*) vise toute aide apportée à des sans-papiers et, plus précisément, qu'il n'exige pas la recherche d'un avantage financier ou

or other material benefit. Taking the same broad view of s. 37(1)(*b*) in the remaining cases, the court (Sharlow, Mainville and Near JJ.A., 2013 FCA 262, [2014] 4 F.C.R. 371) allowed the appeals and reinstated the Board's decisions of inadmissibility.

III. The Issues

[18] The main issue in these appeals is what conduct makes a person inadmissible to apply for refugee status for having engaged in people smuggling under s. 37(1)(*b*) of the *IRPA*. Is it any and all assistance to undocumented migrants to Canada, as the respondent Minister of Citizenship and Immigration and the respondent Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively referred to as "the Ministers") contend? Or is the prohibited range of conduct narrower, as the appellants contend? If so, precisely what is the range of conduct caught by s. 37(1)(*b*)?

[19] The answer to this latter question depends on the answer to three more particular questions. First, is "people smuggling" in s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* limited to activity that is done "in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit"? Second, what limits may be inferred from s. 37(1), which provides that a person is declared inadmissible on the grounds of "organized criminality"? Third, what is the effect of the requirement in s. 37(1)(*b*) that the smuggling be "in the context of transnational crime"?

[20] If s. 37(1)(*b*) applies broadly to any assistance to undocumented migrants, as the Federal Court of Appeal held, a further issue arises: Does s. 37(1)(*b*) violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that is not justified under s. 1, with the result that it is unconstitutional? Related to this is whether s. 7 of the *Charter* is properly engaged at the stage of determining admissibility as a refugee.

d'un autre avantage matériel. Donnant la même interprétation large à l'al. 37(1)*b*) dans les autres affaires, la Cour d'appel fédérale (les juges Sharlow, Mainville et Near, 2013 CAF 262, [2014] 4 R.C.F. 371) a fait droit aux appels et rétabli les décisions de la Commission portant interdiction de territoire.

III. Questions en litige

[18] La principale question en litige dans les présents pourvois est de savoir quelle conduite empêche une personne de revendiquer le statut de réfugié pour s'être livrée au passage de clandestins selon l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR*. Est-ce toute aide apportée à des sans-papiers qui entrent au Canada, comme le prétendent le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration intimé et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile intimé (collectivement appelés « les ministres »)? Ou l'éventail des comportements interdits est-il plus limité, comme le prétendent les appelants? Dans l'affirmative, quel est au juste l'éventail des comportements visés à l'al. 37(1)*b*)?

[19] La réponse à cette dernière question dépend de celle donnée à trois autres questions plus précises. Premièrement, l'expression « passage de clandestins » figurant à l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* se limite-t-elle aux activités menées « afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel »? Deuxièmement, quelles limites peuvent être inférées du par. 37(1), suivant lequel une personne est déclarée interdite de territoire pour « criminalité organisée »? Troisièmement, quel est l'effet de l'exigence énoncée à l'al. 37(1)*b*) que le passage de clandestins se fasse « dans le cadre de la criminalité transnationale »?

[20] Si l'alinéa 37(1)*b*) s'applique au sens large à toute aide apportée à des sans-papiers, comme l'a conclu la Cour d'appel fédérale, se pose alors une autre question : l'al. 37(1)*b*) viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui n'est pas justifiée au sens de l'article premier, de sorte qu'il est inconstitutionnel? Cela intéresse la question de savoir si l'art. 7 de la *Charte* entre en jeu à juste titre lorsque vient le temps de décider si une personne a la qualité de réfugié.

[21] A final issue arises from B306's assertion that his conduct is non-culpable because of duress and necessity.

IV. Discussion

A. *Standard of Review*

[22] The parties disagree as to the standard of review applicable to the Board's decision.

[23] There are potentially two issues to which the standard of review may be relevant: (1) the statutory interpretation of s. 37(1)(*b*) of the *IRPA*; and (2) the Board's application of s. 37(1)(*b*). This case turns on the statutory interpretation of the provision, which is determinative.

[24] Recent decisions in the Federal Court of Appeal have taken different views on whether questions of statutory interpretation involving consideration of international instruments should attract review on the standard of correctness or of reasonableness. In *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224, at paras. 22-25, the court applied a correctness standard; while in B010's appeal, now before us, the court concluded that reasonableness was the appropriate standard.

[25] This being the home statute of the tribunal and Ministers, there is a presumption that the standard of review is reasonableness: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. The question is whether this presumption has been displaced in the appeals before us.

[26] We find it unnecessary to resolve this issue on these appeals. In our view, for the reasons discussed below, the interpretation of s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* taken by the Board and supported by the Ministers was not within the range of reasonable interpretations.

[21] L'affirmation de B306 selon laquelle sa conduite est non coupable du fait de la contrainte et de la nécessité soulève une dernière question.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[22] Les parties ne s'entendent pas sur la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission.

[23] La norme de contrôle peut se rapporter à deux enjeux : (1) l'interprétation de l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR*; (2) l'application de cet alinéa par la Commission. C'est l'interprétation de la disposition qui est déterminante en l'espèce.

[24] La jurisprudence récente de la Cour d'appel fédérale est partagée quant au point de savoir si les questions d'interprétation législative impliquant la prise en compte d'instruments internationaux doivent être examinées selon la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. Dans *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 324, [2014] 2 R.C.F. 224, par. 22-25, la Cour d'appel a appliqué la norme de la décision correcte tandis que dans B010, une affaire dont nous sommes maintenant saisis, elle a conclu que la norme de la décision raisonnable devait s'appliquer.

[25] Puisque la *LIPR* est la loi constitutive du tribunal et des ministres, on présume que la norme de contrôle est la décision raisonnable : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34. Il s'agit de savoir si cette présomption a été écartée en l'espèce devant nous.

[26] Nous estimons inutile de statuer sur cette question dans les présents pourvois. À notre avis, pour les motifs exposés ci-après, l'interprétation donnée à l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* par la Commission avec l'appui des ministres ne faisait pas partie des interprétations raisonnables.

B. *The Conduct Captured by Section 37(1)(b)*

[27] At the relevant time, s. 37(1)(*b*) provided as follows:

> **37.** (1) [Organized criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for
>
> . . .
>
> (*b*) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

In my view, there is no important difference between the English and French versions. (See relevant *IRPA* provisions set out in Appendix A.)

[28] Section 37(1)(*b*) of the *IRPA* performs a gatekeeping function. People who fall within it cannot have their refugee claims determined, regardless of the merits. The respondents say that the term "people smuggling" in s. 37(1)(*b*) should be interpreted broadly as barring anyone who knowingly assisted a person to enter a country illegally. This would catch the appellants, who argue for a narrower interpretation that would allow them to have their refugee claims determined in Canada.

[29] The range of conduct captured by s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* is a matter of statutory interpretation. The modern rule of statutory interpretation requires us to read "the words of an Act . . . in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26.

B. *Les comportements visés par l'al. 37(1)b)*

[27] À l'époque pertinente, l'al. 37(1)*b*) était ainsi rédigé :

> **37.** (1) [Activités de criminalité organisée] Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :
>
> . . .
>
> *b*) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

À mon avis, il n'y a pas de différence importante entre le texte français et le texte anglais. (Voir les dispositions de la *LIPR* applicables qui figurent à l'annexe A.)

[28] L'alinéa 37(1)*b*) de la *LIPR* joue un rôle de gardien. Ceux et celles qui tombent sous le coup de cette disposition ne peuvent faire trancher leur demande d'asile, peu importe son bien-fondé. Les intimés affirment que l'expression « passage de clandestins » figurant à l'al. 37(1)*b*) doit recevoir une interprétation large de manière à ce qu'elle interdise de territoire quiconque a aidé sciemment une personne à entrer illégalement au pays. Cette interprétation engloberait les appelants, qui plaident en faveur d'une interprétation plus étroite qui leur permettrait d'obtenir une décision quant à leur demande d'asile au Canada.

[29] L'éventail des comportements visés par l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* est une question d'interprétation législative. Suivant la règle moderne d'interprétation des lois, il faut lire [TRADUCTION] « 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 » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26.

(1) The Words of Section 37(1)(*b*) Read in Their Ordinary and Grammatical Sense

[30] The starting point for the interpretation of s. 37(1)(*b*) is the ordinary and grammatical sense of the words used. At this point, the question is what the ordinary and grammatical sense of the words suggests on two questions: whether s. 37(1)(*b*) is confined to activity directed at "financial or other material benefit"; and what limits may be inferred from the phrases "on grounds of organized criminality" and "in the context of transnational crime".

[31] Under the marginal note "Organized criminality", s. 37(1) provides that "a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for . . . (*b*) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering".

[32] The meaning of each of these phrases must be considered.

[33] I begin with the ordinary and grammatical meaning of "people smuggling". The appellants argue that the ordinary meaning of this phrase involves a financial or other benefit to the smuggler. I do not agree. There is no express mention in s. 37(1)(*b*) of a profit motive and I cannot find a financial benefit requirement on the ordinary and grammatical meaning of the words alone.

[34] I turn next to the ordinary and grammatical meaning of "organized criminality". While the phrase "organized crime" is generally understood as involving a profit motive, the phrase "organized criminality" is arguably broad enough to include organized criminal acts for non-pecuniary motives, such as terrorism or sexual exploitation.

[35] This leaves the ordinary and grammatical sense of the phrase "in the context of transnational crime". The meaning of this phrase is arguably

(1) Le texte de l'al. 37(1)*b*) lu dans son sens ordinaire et grammatical

[30] Pour interpréter l'al. 37(1)*b*), il faut tout d'abord examiner le sens ordinaire et grammatical des mots qui y sont employés. À cette étape, on détermine ce qu'indique leur sens ordinaire et grammatical quant à deux questions : l'al. 37(1)*b*) se limite-t-il aux activités ayant pour objet d'en tirer « un avantage financier ou un autre avantage matériel »; et quelles restrictions peuvent être inférées des segments « pour criminalité organisée » et « dans le cadre de la criminalité transnationale »?

[31] Sous la note marginale « Activités de criminalité organisée », le par. 37(1) prévoit qu'« [e]mportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants [. . .] *b*) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité ».

[32] Il faut analyser le sens de chacun de ces segments.

[33] J'examinerai d'abord le sens ordinaire et grammatical de « passage de clandestins ». Les appelants soutiennent que le sens ordinaire de cette expression suppose un avantage financier ou autre pour le passeur. Je ne suis pas d'accord avec eux. L'alinéa 37(1)*b*) ne mentionne pas expressément la recherche d'un profit et je ne puis dégager une exigence d'avantage financier du sens ordinaire et grammatical des mots eux-mêmes.

[34] Je passe maintenant au sens ordinaire et grammatical de « criminalité organisée ». Même si l'on considère généralement que le terme « crime organisé » implique la recherche d'un profit, il est possible de soutenir que l'expression « criminalité organisée » est assez large pour s'entendre des actes de criminalité organisée commis à des fins non pécuniaires comme le terrorisme ou l'exploitation sexuelle.

[35] Il reste à examiner le sens ordinaire et grammatical du segment « dans le cadre de la criminalité transnationale ». On peut soutenir que son sens

broader than that of "organized criminality". First, the words "in the context of" suggest that a loose connection to transnational crime may suffice. Second, the phrase "transnational crime" is arguably broader than "transnational *organized* crime". However, when the words "in the context of transnational crime" are read together with the words "organized criminality" with a view to finding a harmonious meaning for s. 37(1)(*b*) as a whole, it becomes clear that "transnational crime" in s. 37(1)(*b*), construed in its ordinary and grammatical sense, refers to organized transnational crime. Since the provision renders people inadmissible on grounds of "organized criminality", the words "transnational crime" cannot be read as including non-organized individual criminality. In summary, the words of s. 37(1)(*b*), read in their ordinary and grammatical sense, suggest that the provision applies to acts of illegally bringing people into Canada, if that act is connected to transnational organized criminal activity.

est plus large que celui de « criminalité organisée ». Premièrement, les mots « dans le cadre de » portent à croire qu'un faible lien avec la criminalité transnationale peut suffire. Deuxièmement, il est possible de soutenir que l'expression « criminalité transnationale » est plus large que « criminalité transnationale *organisée* ». Toutefois, lorsqu'on interprète les mots « dans le cadre de la criminalité transnationale » en corrélation avec l'expression « criminalité organisée » dans le but de trouver un sens homogène pour l'al. 37(1)*b*) dans son ensemble, il est clair que cette expression figurant à l'al. 37(1)*b*), interprétée dans son sens ordinaire et grammatical, s'entend de la criminalité transnationale organisée. Puisqu'au titre de cette disposition, la « criminalité organisée » emporte interdiction de territoire, l'expression « criminalité transnationale » ne saurait être considérée comme englobant des activités de criminalité individuelle non organisée. En résumé, il appert du texte de l'al. 37(1)*b*), lu dans son sens ordinaire et grammatical, que la disposition s'applique à des actes commis pour faire entrer illégalement des personnes au Canada, si ces actes se rapportent à des activités menées dans le cadre de la criminalité transnationale organisée.

(2) The Statutory Context of Section 37(1)(*b*)

[36] Reference to the ordinary grammatical sense of the words used is only the first step in the statutory interpretation of s. 37(1)(*b*). A statutory provision should be interpreted in its entire context and harmoniously with the scheme of the legislation. As we will see, the broader statutory context of s. 37(1)(*b*) suggests that the provision targets organized criminal activity in people smuggling for financial or other material benefit, and not asylum-seekers rendering each other mutual assistance.

[37] The first contextual consideration is the relationship between s. 37(1)(*b*) and the rest of s. 37(1). Subsection (1) introduces the concept of inadmissibility on grounds of organized criminality. Paragraphs (*a*) and (*b*) are instances of organized criminality. Section 37(1)(*a*) makes membership in criminal organizations one ground of inadmissibility, while s. 37(1)(*b*) makes "engaging, in the

(2) Le contexte législatif de l'al. 37(1)*b*)

[36] Le fait de se référer au sens ordinaire et grammatical des mots utilisés n'est que la première étape de l'interprétation de l'al. 37(1)*b*). Une disposition législative devrait être interprétée dans son contexte global et en harmonie avec l'économie de la loi. Comme nous le verrons plus loin, le contexte législatif plus large de l'al. 37(1)*b*) porte à croire que la disposition vise l'activité criminelle organisée de passage de clandestins en contrepartie d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel, et non des demandeurs d'asile qui s'entraident.

[37] Le premier élément contextuel est la relation entre l'al. 37(1)*b*) et le reste du par. 37(1). Le paragraphe (1) introduit le concept de l'interdiction de territoire pour criminalité organisée. On trouve aux al. *a*) et *b*) des exemples d'activités de criminalité organisée. L'alinéa 37(1)*a*) fait de l'appartenance à une organisation criminelle un motif d'interdiction de territoire, alors que l'al. 37(1)*b*) prévoit que « se

context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering" another. Read in the context of s. 37(1) as a whole, it is clear that the focus of s. 37(1)(*b*), like that of s. 37(1)(*a*), is organized criminal activity.

[38] The second consideration is the relationship between inadmissibility for people smuggling under s. 37(1)(*b*) and other grounds of inadmissibility under the *IRPA*. The respondents argue that interpreting "people smuggling" to require a financial or other material benefit requirement fails to catch smuggling undertaken for other nefarious purposes, such as sexual exploitation or terrorism. Confining s. 37(1)(*b*) to financial or other material benefit will thus leave a gap in the statutory scheme, they argue. This contention overlooks other inadmissibility provisions in the *IRPA*. A person whose admission is not barred by s. 37(1)(*b*) may nevertheless be denied entry to Canada on grounds of national security (s. 34); human or international rights violations (s. 35); serious criminality (s. 36(1)); and criminality *simpliciter* (s. 36(2)).

[39] A third contextual consideration is the relationship between s. 37(1)(*b*) and the related offence provision in s. 117. As I explain in *Appulonappa* (released concurrently), the language of s. 117 is broad enough to catch anyone who assists an undocumented person to enter Canada. The respondents in these appeals in effect suggest that the narrower language of s. 37(1)(*b*) should be "read up" to mirror the broad language of s. 117, as was done by the Board and the Federal Court of Appeal.

[40] I cannot agree. In *Appulonappa*, I conclude that the broad scope of s. 117(1) exceeds Parliament's purpose, rendering it overbroad and to this extent unconstitutional. A provision that is unconstitutionally overbroad cannot be used to widen a

livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » en est un autre. Interprété dans le contexte du par. 37(1) dans son ensemble, l'al. 37(1)*b*), tout comme l'al. 37(1)*a*), est sans aucun doute axé sur l'activité criminelle organisée.

[38] Le deuxième élément est le rapport entre l'interdiction de territoire pour passage de clandestins prévue à l'al. 37(1)*b*) et les autres motifs emportant interdiction de territoire suivant la *LIPR*. Les intimés affirment qu'interpréter l'expression « passage de clandestins » de façon à ce que cette activité implique un avantage financier ou un autre avantage matériel ne tient pas compte du passage de clandestins fait à d'autres fins répréhensibles, comme l'exploitation sexuelle ou le terrorisme. Selon eux, limiter l'al. 37(1)*b*) à un avantage financier ou à un autre avantage matériel laissera donc un vide dans le régime législatif. Or, cette affirmation ne tient pas compte des autres dispositions de la *LIPR* portant interdiction de territoire. La personne dont l'admission n'est pas interdite par l'al. 37(1)*b*) peut néanmoins se voir interdire l'entrée au Canada pour raison de sécurité nationale (art. 34); atteinte aux droits humains ou internationaux (art. 35); grande criminalité (par. 36(1)); criminalité *simpliciter* (par. 36(2)).

[39] Le troisième élément contextuel est le rapport entre l'al. 37(1)*b*) et la disposition connexe créant une infraction à l'art. 117. Comme je l'explique dans l'arrêt *Appulonappa* (rendu simultanément), l'art. 117 est libellé en termes suffisamment larges pour viser toute personne qui aide un sans-papiers à entrer au Canada. Les intimés dans les présents pourvois laissent en effet entendre que le libellé plus restreint de l'al. 37(1)*b*) devrait être interprété de manière à refléter le libellé général de l'art. 117, comme l'ont fait la Commission et la Cour d'appel fédérale.

[40] Je ne saurais être de cet avis. Dans l'arrêt *Appulonappa*, j'arrive à la conclusion que la portée générale du par. 117(1) dépasse l'objectif du législateur, ce qui lui donne un caractère excessif et inconstitutionnel dans cette mesure. Une disposition

narrower provision. In any event, where Parliament has placed specific limits within a provision, these cannot be ignored on the ground that Parliament has cast a different provision more broadly.

[41] A fourth contextual consideration is the definition of "criminal organization" in s. 467.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The *Criminal Code* definition of "criminal organization" expressly requires a financial or other material benefit:

"criminal organization" means a group, however organized, that

(*a*) is composed of three or more persons in or outside Canada; and

(*b*) has as one of its main purposes or main activities the facilitation or commission of one or more serious offences that, if committed, would likely result in the direct or indirect receipt of a material benefit, including a financial benefit, by the group or by any of the persons who constitute the group.

It does not include a group of persons that forms randomly for the immediate commission of a single offence.

[42] While "organized criminality" and "criminal organization" are not identical phrases, they are logically and linguistically related and, absent countervailing considerations, should be given a consistent interpretation.

[43] The legislative history of s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* and the *Criminal Code*'s definition of "criminal organization" strongly support this conclusion. Both provisions were enacted in anticipation of Canada's obligations under the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 U.N.T.S. 209 (generally known, and referred to here, as the "*Palermo Convention*"). As explained below, the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, 2241 U.N.T.S. 480 ("*Smuggling*

inconstitutionnelle pour cause de portée excessive ne peut être utilisée dans le but d'élargir une disposition plus restreinte. Quoi qu'il en soit, quand le législateur énonce des limites précises dans une disposition, on ne peut pas en faire abstraction au motif qu'il a rédigé une autre disposition en termes plus généraux.

[41] Le quatrième élément contextuel est la définition d'« organisation criminelle » au par. 467.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La définition d'« organisation criminelle » figurant dans le *Code criminel* exige explicitement qu'il y ait un avantage financier ou un autre avantage matériel :

« organisation criminelle » Groupe, quel qu'en soit le mode d'organisation :

a) composé d'au moins trois personnes se trouvant au Canada ou à l'étranger;

b) dont un des objets principaux ou une des activités principales est de commettre ou de faciliter une ou plusieurs infractions graves qui, si elles étaient commises, pourraient lui procurer — ou procurer à une personne qui en fait partie —, directement ou indirectement, un avantage matériel, notamment financier.

La présente définition ne vise pas le groupe d'individus formé au hasard pour la perpétration immédiate d'une seule infraction.

[42] Bien que les expressions « criminalité organisée » et « organisation criminelle » ne soient pas identiques, elles sont logiquement et linguistiquement liées et, en l'absence de facteurs qui font contrepoids, elles devraient recevoir une interprétation concordante.

[43] L'historique législatif de l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* et la définition d'« organisation criminelle » que l'on trouve dans le *Code criminel* étayent fortement cette conclusion. Les deux dispositions ont été édictées en prévision des obligations imposées au Canada par la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2225 R.T.N.U. 209 (généralement connue, et désignée en l'espèce, comme la « *Convention de Palerme* »). Comme je l'expliquerai plus loin, le *Protocole contre*

Protocol"), is one of three protocols under this convention. (See relevant provisions in Appendix B.)

[44] The *Criminal Code* definition of "criminal organization" was amended in 2001 by Bill C-24, *An Act to amend the Criminal Code (organized crime and law enforcement) and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2001, c. 32. On second reading of the bill in the House of Commons, the Minister of Justice at the time, the Hon. Anne McLellan, explained that the new definition reflected Canada's signature of the *Palermo Convention* (which was not then in force): *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 046, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, at p. 2954. See also R. J. Currie and J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (2nd ed. 2013), at pp. 345-46.

[45] Similarly, s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* was enacted in 2001 to deal with organized criminality in people smuggling and related activities pursuant to Canada's obligations under the *Palermo Convention* and the related *Smuggling Protocol*. As the Assistant Deputy Minister, Citizenship and Immigration, Joan Atkinson put it at the time, s. 37(1) introduced "new inadmissibility provisions specifically directed at that form of organized crime": House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001 (online), at 10:40.

[46] Thus the apparent similarity between the *IRPA* concept of "organized criminality" and the *Criminal Code* concept of "criminal organization" is no coincidence. Both provisions were enacted to give effect to the same international regime for the suppression of transnational crimes such as people smuggling. Section 37(1)(*b*) should be interpreted harmoniously with the *Criminal Code*'s definition of

le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, 2241 R.T.N.U. 480 (« *Protocole contre le trafic illicite de migrants* »), est l'un des trois protocoles établis en vertu de cette convention. (Voir les dispositions pertinentes à l'annexe B.)

[44] La définition d'« organisation criminelle » figurant au *Code criminel* a été modifiée en 2001 par le projet de loi C-24, *Loi modifiant le Code criminel (crime organisé et application de la loi) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2001, c. 32. À la deuxième lecture du projet de loi à la Chambre des communes, la ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Anne McLellan, a expliqué que la nouvelle définition reflétait la signature par le Canada de la *Convention de Palerme* (qui n'était pas encore en vigueur) : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, nº 046, 1re sess., 37e lég., 23 avril 2001, p. 2954. Voir également R. J. Currie et J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (2e éd. 2013), p. 345-346.

[45] De même, l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* a été édicté en 2001 pour s'attaquer à la criminalité organisée dans le passage de clandestins et les activités connexes conformément aux obligations du Canada au titre de la *Convention de Palerme* et du *Protocole contre le trafic illicite de migrants* s'y rapportant. Comme l'expliquait à l'époque Joan Atkinson, la sous-ministre adjointe de la Citoyenneté et de l'Immigration, le par. 37(1) comportait « de nouvelles dispositions concernant l'interdiction de territoire qui vis[ai]ent précisément cette forme de criminalité organisée » : Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, nº 3, 1re sess., 37e lég., 13 mars 2001 (en ligne), à 10 h 40.

[46] Ainsi, la parenté évidente entre le concept de « criminalité organisée » dans la *LIPR* et celui d'« organisation criminelle » dans le *Code criminel* n'est pas le fruit du hasard. Les deux dispositions ont été édictées pour donner effet au même régime international visant la répression des crimes transnationaux tel le passage de clandestins. L'alinéa 37(1)*b*) devrait être interprété en harmonie avec la définition

"criminal organization" as involving a material, including financial, benefit.

(3) The International Context of Section 37(1)(*b*)

(a) *International Law as Context: General Relevance*

[47] This Court has previously explained that the values and principles of customary and conventional international law form part of the context in which Canadian laws are enacted: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53. This follows from the fact that to interpret a Canadian law in a way that conflicts with Canada's international obligations risks incursion by the courts in the executive's conduct of foreign affairs and censure under international law. The contextual significance of international law is all the more clear where the provision to be construed "has been enacted with a view towards implementing international obligations": *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1371. That is the case with the *IRPA*, the refugee protection aspects of which serve principally to discharge Canada's obligations under the 1951 *Convention relating to the Status of Refugees*, 189 U.N.T.S. 150, and its 1967 *Protocol relating to the Status of Refugees*, 606 U.N.T.S. 267 (together the "*Refugee Convention*"), but also, as explained below, Canada's obligations under the *Smuggling Protocol*.

[48] In keeping with the international context in which Canadian legislation is enacted, this Court has repeatedly endorsed and applied the interpretive presumption that legislation conforms with the state's international obligations: see, e.g., *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at paras. 128-31; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 39; *United States of America v. Anekwu*, 2009 SCC 41, [2009] 3 S.C.R. 3, at para. 25; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at

d'« organisation criminelle » figurant au *Code criminel*, de sorte qu'il suppose un avantage matériel, notamment financier.

(3) Le contexte international de l'al. 37(1)*b*)

a) *Le droit international en toile de fond : pertinence générale*

[47] La Cour a précédemment expliqué que les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel font partie du contexte d'adoption des lois canadiennes : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53. Cela découle du fait que donner à une loi canadienne une interprétation qui va à l'encontre des obligations internationales du Canada risque d'amener les tribunaux à s'ingérer dans la conduite des affaires étrangères de l'exécutif et la censure en droit international. L'importance contextuelle du droit international est d'autant plus claire lorsque la disposition à interpréter a été « adoptée en vue d'assurer l'exécution d'obligations internationales » : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371. C'est le cas de la *LIPR*, dont les dispositions liées à la protection des réfugiés permettent principalement au Canada de s'acquitter des obligations que lui imposent la *Convention relative au statut des réfugiés* de 1951, 189 R.T.N.U. 150, et son *Protocole relatif au statut des réfugiés* de 1967, 606 R.T.N.U. 267 (collectivement la « *Convention relative aux réfugiés* »), mais également, comme je l'expliquerai plus loin, des obligations que lui impose le *Protocole contre le trafic illicite de migrants*.

[48] Conformément au contexte international d'adoption de la législation canadienne, la Cour a maintes fois approuvé et appliqué la présomption interprétative selon laquelle la loi est conforme aux obligations internationales de l'État : voir, p. ex., *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 409-410; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 128-131; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 39; *États-Unis d'Amérique c. Anekwu*, 2009 CSC 41, [2009] 3 R.C.S. 3, par. 25; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281,

para. 34; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 113. This interpretive presumption is not peculiar to Canada. It is a feature of legal interpretation around the world. See generally A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (2011), at c. 7.

[49] These principles, derived from the case law, direct us to relevant international instruments at the context stage of statutory interpretation. Furthermore, two interpretive provisions from s. 3 of the *IRPA* make Parliament's presumed intent to conform to Canada's international obligations explicit. Section 3(2)(*b*) expressly identifies one of the statute's objectives as "to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement". Similarly, s. 3(3)(*f*) instructs courts to construe and apply the *IRPA* in a manner that "complies with international human rights instruments to which Canada is signatory" (see *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paras. 82-83 and 87). There can be no doubt that the *Refugee Convention* is such an instrument, building as it does on the right of persons to seek and to enjoy asylum from persecution in other countries as set out in art. 14 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

[50] I conclude that it is appropriate to consider the relevant international instruments in interpreting s. 37(1)(*b*): the *Palermo Convention* and its protocols, and the *Refugee Convention*.

(b) *The Palermo Convention and Its Protocols*

[51] In addition to the international context of Canadian legislation generally, and of the *IRPA* in

par. 34; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 113. Cette présomption interprétative n'est pas propre au Canada. Il s'agit d'une caractéristique de l'interprétation des lois partout dans le monde. Voir, en général, A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (2011), c. 7.

[49] Ces principes issus de la jurisprudence nous dirigent vers des instruments internationaux applicables à l'étape du contexte de l'interprétation législative. De plus, deux dispositions interprétatives de l'art. 3 de la *LIPR* rendent explicite l'intention présumée du législateur de se conformer aux obligations internationales du Canada. L'alinéa 3(2)*b*) indique expressément que l'un des objectifs de la loi est « de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller ». De même, l'al. 3(3)*f*) enjoint aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la *LIPR* d'une manière « conform[e] aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » (voir *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, par. 82-83 et 87). Il ne fait aucun doute que la *Convention relative aux réfugiés* est un instrument de cette nature, qui s'appuie sur le droit de toute personne de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays devant la persécution, comme l'indique l'art. 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948).

[50] Je conclus qu'il y a lieu de tenir compte des instruments internationaux pertinents dans l'interprétation de l'al. 37(1)*b*) : la *Convention de Palerme* et ses protocoles ainsi que la *Convention relative aux réfugiés*.

b) *La Convention de Palerme et ses protocoles*

[51] En plus du contexte international des lois canadiennes en général, et de la *LIPR* en particulier,

particular, s. 37(1)(*b*) finds its origin in international law, namely the *Palermo Convention* and the related *Smuggling Protocol*. The *Palermo Convention* was opened for signature in December 2000, together with two supplementing protocols, the *Smuggling Protocol* and the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, 2237 U.N.T.S. 319 (the "*Human Trafficking Protocol*"). (A third protocol, concerning the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, was adopted later but has no bearing on these appeals.) A key distinction between the *Smuggling Protocol* and the *Human Trafficking Protocol* lies in the concepts of coercion and consent. The latter protocol defines human trafficking as involving threats or use of force, abduction, deception, fraud or other forms of coercion against the trafficked person. By contrast, the *Smuggling Protocol* applies to cases where the smuggler and the smuggled agree that the former will procure the latter's illegal entry into a state, in consideration of a financial or other material benefit. While the lines between trafficking and smuggling may sometimes blur, the presence or absence of consent remains an organizing principle of the two *Palermo Convention* protocols.

[52] Article 6(1)(a) of the *Smuggling Protocol* requires states parties to adopt measures to establish migrant smuggling as a criminal offence, defined as procuring illegal entry of a person into a state of which the person is not a national or a permanent resident, "in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit": art. 3(a). The term "financial or other material benefit" is also found in the definition of "organized criminal group" in art. 2(a) of the *Palermo Convention*.

[53] Both the *Palermo Convention* and its two original protocols were drafted with a view to the

l'al. 37(1)*b*) trouve son origine dans le droit international, en l'occurrence la *Convention de Palerme* et le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* s'y rapportant. La *Convention de Palerme* a été ouverte à la signature en décembre 2000, conjointement avec deux protocoles additionnels, le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* et le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 2237 R.T.N.U. 319 (le « *Protocole sur la traite des personnes* »). (Un troisième protocole, qui concerne la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, a été adopté plus tard, mais n'a aucune incidence sur les présents pourvois.) Une des principales distinctions entre le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* et le *Protocole sur la traite des personnes* tient aux notions de contrainte et de consentement. Ce dernier protocole définit la traite des personnes comme supposant la menace de recours ou le recours à la force, l'enlèvement, la tromperie, la fraude ou d'autres formes de contrainte exercées sur la victime. En revanche, le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* s'applique aux cas où le passeur et le clandestin conviennent que le premier assurera au dernier l'entrée illégale dans un État en contrepartie d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel. Bien que la ligne de démarcation entre la traite de personnes et le passage de clandestins puisse parfois s'estomper, la présence ou l'absence de consentement demeure un principe directeur des deux protocoles de la *Convention de Palerme*.

[52] L'alinéa 6(1)a) du *Protocole contre le trafic illicite de migrants* exige que chaque État partie adopte des mesures pour conférer le caractère d'infraction pénale au trafic illicite de migrants, défini comme le fait d'assurer l'entrée illégale dans un État d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État « afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » : al. 3a). L'expression « un avantage financier ou un autre avantage matériel » se trouve également dans la définition de « groupe criminel organisé » à l'al. 2a) de la *Convention de Palerme*.

[53] La *Convention de Palerme* et ses deux protocoles initiaux ont été rédigés en tenant compte

need of states parties to meet their obligations under the earlier *Refugee Convention*. This is specifically reflected in art. 19(1) of the *Smuggling Protocol*, the "saving clause", which provides as follows:

> 1. Nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein.

(See also art. 14(1) of the *Human Trafficking Protocol*.)

[54] The *IRPA* was enacted soon after the adoption of the *Palermo* regime, in the drafting of which Canada played an active role. This timing suggests that Parliament had these instruments in mind when it enacted s. 37(1)(*b*). The parliamentary record supports this inference. As Assistant Deputy Minister Atkinson said in explaining s. 37 before the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration:

> Clause 37 deals with organized criminality. I would point out paragraph 37(1)(b), which is new. That is organized criminality:
>
> > (b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.
>
> So those are new inadmissibility provisions specifically directed at that form of organized crime.

(*Evidence*, No. 3, 1st Sess., 37th Parl., March 13, 2001 (online), at 10:40)

[55] Section 37(1)(*b*)'s express mention of the three activities of (a) people smuggling, (b) trafficking in persons, and (c) money laundering, indisputably refers to the *Palermo Convention* and its two

de la nécessité pour les États parties de s'acquitter des obligations que leur impose la *Convention relative aux réfugiés*, adoptée antérieurement. On le constate précisément au par. 19(1) du *Protocole contre le trafic illicite de migrants*, la « clause de sauvegarde », dont voici le libellé :

> 1. Aucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme et en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé.

(Voir également le par. 14(1) du *Protocole sur la traite des personnes*.)

[54] La *LIPR* a vu le jour peu après l'adoption du régime de Palerme, et le Canada a joué un rôle actif dans la rédaction de celui-ci, ce qui donne à penser qu'au moment où il a adopté l'al. 37(1)*b*), le législateur avait à l'esprit ces instruments. Les procès-verbaux des travaux parlementaires viennent étayer cette inférence. Comme l'affirmait la sous-ministre adjointe lorsqu'elle a décrit l'art. 37 devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration de la Chambre des communes :

> L'article 37 porte sur la criminalité organisée. Je vous réfère à l'alinéa 37(1)b), qui est nouveau. Il définit ainsi la criminalité organisée :
>
> > b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.
>
> Voilà donc de nouvelles dispositions concernant l'interdiction de territoire qui visent précisément cette forme de criminalité organisée.

(*Témoignages*, nº 3, 1re sess., 37e lég., 13 mars 2001 (en ligne), à 10 h 40)

[55] En mentionnant expressément les trois activités que sont a) le passage de clandestins, b) le trafic de personnes et c) le recyclage des produits de la criminalité, l'al. 37(1)*b*) renvoie sans contredit à

protocols. Money laundering is addressed in the *Palermo Convention* itself, while its protocols target the other two activities.

[56] In summary, it is clear that s. 37(1)(*b*) must be read against the backdrop of Canada's commitment to combatting criminal activity related to people smuggling.

(c) *The Refugee Convention*

[57] Article 31(1) of the *Refugee Convention* provides:

> 1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

The import of this prohibition for domestic admissibility provisions is clear. As A. T. Gallagher and F. David put it, "an individual cannot be denied refugee status — or, most important, the opportunity to make a claim for such status through fair assessment procedures — solely because of the way in which that person sought or secured entry into the country of destination": *The International Law of Migrant Smuggling* (2014), at p. 165. Obstructed or delayed access to the refugee process is a "penalty" within the meaning of art. 31(1) of the *Refugee Convention*: *ibid.*, at pp. 163-64.

[58] It is undisputable that just as s. 37(1)(*b*) must be read against the backdrop of Canada's international commitments to combat organized criminal people smuggling and related activities, it must also be read in a way that is consistent with the *Refugee Convention*.

la *Convention de Palerme* et aux deux protocoles qui l'accompagnent. Le recyclage des produits de la criminalité est traité dans la *Convention de Palerme* elle-même tandis que ses deux protocoles s'attaquent aux deux autres activités.

[56] En résumé, il est clair que l'al. 37(1)*b*) doit être interprété à la lumière de l'engagement du Canada à combattre les activités criminelles liées au passage de clandestins.

c) *La Convention relative aux réfugiés*

[57] Le paragraphe 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* est ainsi rédigé :

> 1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

L'importance que revêt cette interdiction pour les dispositions nationales relatives à l'admissibilité est claire. Comme le font remarquer A. T. Gallagher et F. David : [TRADUCTION] « Une personne ne peut être privée de la qualité de réfugié — ou, plus important encore, de la possibilité de revendiquer cette qualité par la voie de procédures d'examen équitables — uniquement en raison de la manière dont cette personne a cherché à obtenir ou obtenu l'entrée dans le pays de destination » : *The International Law of Migrant Smuggling* (2014), p. 165. Le fait d'entraver ou de retarder l'accès à la procédure d'asile constitue une « sanction pénale » au sens du par. 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* : *ibid.*, p. 163-164.

[58] Il est incontestable que, si l'al. 37(1)*b*) doit être interprété à la lumière de l'engagement international du Canada à lutter contre le passage criminel organisé de clandestins et les activités connexes, il doit l'être aussi conformément à la *Convention relative aux réfugiés*.

[59] Having introduced the relevant international instruments, I now turn to what light they shed on the interpretive issues arising from s. 37(1)(*b*) — first, whether s. 37(1)(*b*) requires activity directed at financial or other material benefit; and second, what conduct, more generally, is caught by s. 37(1)(*b*).

(d) *Financial or Other Material Benefit: Perspective From the International Instruments*

[60] The *Smuggling Protocol* defines migrant smuggling as the procurement of illegal entry "in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit". The purpose of including financial or other material benefit as part of the definition of migrant smuggling is explained in the interpretive notes to art. 6:

> The reference to "a financial or other material benefit" as an element of the offences set forth in paragraph 1 was included in order to emphasize that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties. It was not the intention of the protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations.

(United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto* (2006), at p. 489)

As noted by Gallagher and David: "The relevant Interpretative Notes to the Protocol affirm that it was not the intention of the Protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or nongovernmental organizations" (p. 366). It thus "seems reasonably clear that certain benefits that may accrue from being involved in migrant smuggling, such as family

[59] Après avoir abordé les instruments internationaux pertinents, je passe maintenant à ce qu'ils nous enseignent sur les questions d'interprétation découlant de l'al. 37(1)*b*) : d'abord, l'al. 37(1)*b*) exige-t-il que l'activité vise à obtenir un avantage financier ou un autre avantage matériel? ensuite, quels actes en général sont visés par cet alinéa?

d) *Avantage financier ou autre avantage matériel : point de vue des instruments internationaux*

[60] Aux termes du *Protocole contre le trafic illicite de migrants*, le trafic illicite de migrants désigne le fait d'assurer l'entrée illégale d'une personne dans un pays « afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ». La raison pour laquelle l'avantage financier ou autre avantage matériel fait partie de la définition de « trafic illicite de migrants » est expliquée dans les notes interprétatives de l'art. 6 :

> . . . la référence à « un avantage financier ou autre avantage matériel » en tant qu'élément constitutif des infractions énoncées au paragraphe 1 a été introduite afin de souligner que l'intention était d'inclure les activités menées par des groupes criminels organisés pour en tirer un profit mais d'exclure les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires ou en raison de liens familiaux étroits. L'intention n'était pas, dans le Protocole, d'incriminer les activités de membres des familles ou de groupes de soutien tels que les organisations religieuses ou non gouvernementales.

(Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant* (2008), p. 514)

Comme le font remarquer M[mes] Gallagher et David : [TRADUCTION] « Les notes interprétatives pertinentes du Protocole confirment que celui-ci ne visait pas à criminaliser les activités de membres des familles ou de groupes de soutien comme les organisations religieuses ou non gouvernementales » (p. 366). Donc, il « apparaît assez clair que certains avantages susceptibles de découler du trafic illicite de migrants,

reunification and safety, do not constitute 'material' benefits": *ibid.*

[61] The *Refugee Convention* supports the same conclusion.

[62] Article 31(1) of the *Refugee Convention* prohibits states parties from penalizing refugees on account of their illegal entry. To interpret s. 37(1)(*b*) as omitting a financial or other benefit limitation would appear inconsistent with this rule.

[63] The respondents contend that art. 31(1) of the *Refugee Convention* refers only to criminal penalties. This interpretation runs counter to the purpose of art. 31(1) and the weight of academic commentary: J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (2005), at pp. 409-12; Gallagher and David, at pp. 164-68; G. S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd ed. 2007), at p. 266. The generally accepted view is that denying a person access to the refugee claim process on account of his illegal entry, or for aiding others to enter illegally in their collective flight to safety, is a "penalty" within the meaning of art. 31(1). The law recognizes the reality that refugees often flee in groups and work together to enter a country illegally. Article 31(1) thus does not permit a state to deny refugee protection (or refugee determination procedures) to refugees solely because they have aided others to enter illegally in an unremunerated, collective flight to safety. Rather, it targets those who assist in obtaining illegal entry for financial or other material benefit.

[64] Article 5 of the *Palermo Convention* provides further assistance in understanding the conduct targeted by s. 37(1)(*b*).

[65] Informed by the *Palermo Convention*, the phrase "in the context of transnational crime", under s. 37(1)(*b*), of the *IRPA* captures the acts of (1)

comme la réunification des familles et la sécurité, ne constituent pas des avantages "matériels" » : *ibid.*

[61] La *Convention relative aux réfugiés* étaye la même conclusion.

[62] Le paragraphe 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* interdit aux États parties de sanctionner les réfugiés pour être entrés illégalement sur leur territoire. Considérer que l'al. 37(1)*b*) ne se limite pas à un avantage financier ou autre semble incompatible avec cette règle.

[63] Les intimés soutiennent que le par. 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* ne parle que des peines en matière criminelle. Cette interprétation va à l'encontre de l'objet du par. 31(1) et de la doctrine : J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (2005), p. 409-412; Gallagher et David, p. 164-168; G. S. Goodwin-Gill et J. McAdam, *The Refugee in International Law* (3e éd. 2007), p. 266. On estime généralement que le fait de priver une personne de la possibilité de présenter une demande d'asile du fait qu'elle est entrée illégalement sur le territoire ou a aidé d'autres individus à y entrer illégalement alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge constitue une « sanction pénale » au sens du par. 31(1). Le droit reconnaît que les réfugiés fuient souvent en groupes et s'entraident les uns les autres pour entrer illégalement dans un pays. Le paragraphe 31(1) ne permet donc pas à un État de refuser l'asile (ou l'accès à la procédure d'examen des demandes d'asile) aux réfugiés du seul fait qu'ils ont, sans toucher de rémunération, aidé d'autres personnes à entrer illégalement dans un pays pour y chercher collectivement refuge. Il s'attaque plutôt à ceux et celles qui, afin d'en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel, aident d'autres personnes à entrer illégalement au pays.

[64] L'article 5 de la *Convention de Palerme* aide également à saisir les comportements visés par l'al. 37(1)*b*).

[65] Reposant sur la *Convention de Palerme*, l'expression « dans le cadre de la criminalité transnationale » que l'on trouve à l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* vise

participating in the group's actual criminal activities with knowledge the group has a criminal aim (art. 5(1)(a)(ii)a.); (2) participating in non-criminal acts of the group, with knowledge that the acts will further the group's criminal aim (art. 5(1)(a)(ii)b.); or (3) organizing, abetting or counselling a serious crime involving the organized criminal group (art. 5(1)(b)).

[66] This supports the view that acts committed by people who are not themselves members of criminal organizations, who do not act in knowing furtherance of a criminal aim of such organizations, or who do not organize, abet or counsel serious crimes involving such organizations, do not fall within s. 37(1)(*b*).

(4) Harmonious Reading With the Intention of Parliament

[67] Finally, I come to the requirement that we interpret s. 37(1)(*b*) harmoniously with the intention of Parliament. In this case, Parliament's intention is gleaned mainly from the considerations that have already been discussed — the words of the provision, the legislative scheme and the context. The question at this point is whether there is other evidence that may point to a different intention on the part of Parliament.

[68] If Parliament, in enacting s. 37(1)(*b*) in 2001, intended to erase the distinction between those who act for financial or material benefit and those who act for humanitarian purposes or give mutual assistance, one might expect some sign of this in the parliamentary record. But the record reveals no evidence that Parliament sought to ignore this distinction or to target conduct unconnected to transnational organized crime. Rather, the record supports the view that Parliament understood "people smuggling" in the sense that "migrant smuggling" is used in the *Smuggling Protocol*. There is nothing in the parliamentary record suggesting that Parliament

les actes suivants : (1) participer aux activités criminelles du groupe lorsque la personne a connaissance du but criminel du groupe (div. 5(1)a)ii)a.); (2) participer à d'autres activités du groupe lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel du groupe (div. 5(1)a)ii)b.); ou (3) organiser, encourager ou favoriser au moyen de conseils la commission d'une infraction grave impliquant le groupe criminel organisé (al. 5(1)b)).

[66] Cela appuie l'opinion que les actes commis par une personne qui ne fait pas partie d'une organisation criminelle, qui ne participe pas aux activités de l'organisation en sachant que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel de l'organisation, ou qui n'organise, n'encourage ni ne favorise au moyen de conseils la perpétration d'une infraction grave impliquant l'organisation, ne sont pas visés par l'al. 37(1)*b*).

(4) Interprétation qui s'harmonise avec l'intention du législateur

[67] Enfin, j'en viens à l'obligation d'interpréter l'al. 37(1)*b*) en harmonie avec l'intention du législateur. En l'espèce, cette intention se dégage principalement des éléments qui ont déjà été examinés : le libellé de la disposition, le régime législatif et le contexte. À ce stade, il nous faut déterminer si d'autres éléments de preuve peuvent établir une intention différente de la part du législateur.

[68] Si, au moment d'adopter l'al. 37(1)*b*) en 2001, le législateur voulait supprimer la distinction entre ceux qui recherchent un avantage financier ou matériel et ceux qui agissent à des fins humanitaires ou s'entraident, l'on s'attendrait à en voir un indice quelconque dans les procès-verbaux des travaux parlementaires. Or, ces procès-verbaux ne comportent aucun élément de preuve indiquant que le législateur a cherché à faire abstraction de cette distinction ou à cibler des comportements qui n'ont rien à voir avec la criminalité transnationale organisée. Les procès-verbaux permettent plutôt d'affirmer que le législateur donnait au « passage de clandestins » le

sought to adopt a broader definition of people smuggling. Indeed, the Minister of the day expressly referred to the *Palermo Convention* and the *Smuggling Protocol* in her evidence on the new *IRPA* provisions before the Standing Committee on Citizenship and Immigration, without suggesting an intention to depart from the "financial or other material benefit" limitation (see *Evidence*, No. 2, 1st Sess., 37th Parl., March 1, 2001 (online), at 9:30 to 9:35).

[69] In addressing s. 117 of what became the *IRPA* (considered in *Appulonappa*) before the Standing Committee on Citizenship and Immigration, Assistant Deputy Minister Atkinson testified that the bill did not seek to impose penalties on those who helped refugees come to Canada or those who engaged in smuggling for humanitarian reasons. Discretion (it was said) was conferred on the Attorney General under s. 117(4) as a safeguard to protect from prosecution those seeking to aid refugees on humanitarian grounds: Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 9, 1st Sess., 37th Parl., April 5, 2001 (online), at 10:50; and *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online), at 10:35 to 10:40. While s. 37(1)(*b*) was not directly addressed, those statements suggest that it was not Parliament's intent to render refugees inadmissible under s. 37(1)(*b*) solely for providing mutual assistance to others in the course of their own illegal entry.

[70] To adopt the interpretation of s. 37(1)(*b*) urged by the Ministers would lead to anomalous and unintended consequences.

[71] It is well established that Parliament should be presumed not to intend absurd results when it enacts legislation. Take, for example, the scenario proposed by B010 involving a family fleeing persecution, where the mother arranges to procure false travel

sens qu'a le « trafic illicite de migrants » dans le *Protocole contre le trafic illicite de migrants*. Rien dans ces procès-verbaux ne donne à penser que le législateur cherchait à adopter une définition plus large du passage de clandestins. En effet, la ministre de l'époque a mentionné expressément la *Convention de Palerme* et le *Protocole contre le trafic illicite de migrants* lors du témoignage qu'elle donné sur les nouvelles dispositions de la *LIPR* devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration sans laisser croire qu'elle voulait s'écarter de la limite concernant « un avantage financier ou un autre avantage matériel » (voir *Témoignages*, nº 2, 1re sess., 37e lég., 1er mars 2001 (en ligne), de 9 h 30 à 9 h 35).

[69] En parlant de l'art. 117 de ce qui est devenu la *LIPR* (examiné dans *Appulonappa*) devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, la sous-ministre adjointe Atkinson indiquait que le projet de loi n'avait pas pour objet de sanctionner ceux qui ont aidé des réfugiés à venir au Canada ou ceux qui se sont livrés au passage de clandestins pour des motifs humanitaires. Le paragraphe 117(4) conférait au procureur général un pouvoir discrétionnaire (disait-on) servant à mettre à l'abri des poursuites les personnes qui aidaient des réfugiés pour des motifs humanitaires : Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, nº 9, 1re sess., 37e lég., 5 avril 2001 (en ligne), à 10 h 50; *Témoignages*, nº 27, 1re sess., 37e lég., 17 mai 2001 (en ligne), de 10 h 35 à 10 h 40. Bien que l'al. 37(1)*b*) ne fut pas abordé directement, ces déclarations laissent entendre que le législateur n'entendait pas rendre les réfugiés interdits de territoire au titre de cette disposition du seul fait d'avoir aidé d'autres personnes au cours de leur propre entrée illégale au pays.

[70] Si l'on retenait l'interprétation de l'al. 37(1)*b*) préconisée par les ministres, cela entraînerait des conséquences anormales et inattendues.

[71] Il est bien établi que le législateur doit être réputé ne pas souhaiter de résultats absurdes lorsqu'il adopte un texte de loi. Prenez, par exemple, le scénario évoqué par B010 où il est question d'une famille fuyant la persécution et dont la mère prend des

documents, the father pays for the documents, and the daughter hides the documents as they flee their home (A.F., at para. 59). Upon arrival in Canada, they promptly disclose that their travel documents were false, and claim asylum. Without a financial or material benefit component, each family member has engaged in "people smuggling" and is inadmissible under s. 37(1)(*b*). As B010 phrases it, "Without the financial benefit requirement, it is not possible to differentiate the 'smuggler' from the 'smuggled'" (*ibid.*, at para. 60). The absurdity flows, in part, from the fact that, if each family member had procured, purchased, and concealed their own travel documents, without providing any mutual aid, it is undisputed that s. 37(1)(*b*) would not apply. Similarly, if a single person rather than a family arrived under the same circumstances, he or she would not be inadmissible.

(5) Conclusion on Section 37(1)(*b*) as Applied to These Cases

[72] The wording of s. 37(1)(*b*), its statutory and international contexts, and external indications of the intention of Parliament all lead to the conclusion that this provision targets procuring illegal entry in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime. To justify a finding of inadmissibility against the appellants on the grounds of people smuggling under s. 37(1)(*b*), the Ministers must establish before the Board that the appellants are people smugglers in this sense. The appellants can escape inadmissibility under s. 37(1)(*b*) if they merely aided in the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in the course of their collective flight to safety.

C. *The Defences of Duress and Necessity*

[73] B306 argues that in the event he is found to fall within s. 37(1)(*b*), he should be able to raise the criminal law defences of duress and necessity. The Ministers conceded that the defences are available

dispositions pour se procurer de faux titres de voyage, le père paie les titres et la fille les dissimule lorsqu'ils fuient leur foyer (m.a., par. 59). À leur arrivée au Canada, ils déclarent promptement que leurs titres de voyage sont faux, et demandent l'asile. Malgré l'absence d'un avantage financier ou matériel, chaque membre de cette famille s'est livré au « passage de clandestins » et est interdit de territoire au sens de l'al. 37(1)*b*). Comme l'affirme B010, [TRADUCTION] « [s]ans l'exigence de l'avantage financier, il est impossible de distinguer le "passeur" du "clandestin" » (*ibid.*, par. 60). L'absurdité tient en partie au fait que, si tous les membres de la famille se sont procuré, ont acheté et ont dissimulé leurs propres titres de voyage sans s'entraider, il n'est pas contesté que l'al. 37(1)*b*) ne s'appliquerait pas. De même, si une seule personne et non une famille arrive dans les mêmes circonstances, elle ne serait pas interdite de territoire.

(5) Conclusion sur l'application de l'al. 37(1)*b*) aux présents pourvois

[72] Le libellé de l'al. 37(1)*b*), son contexte législatif et international ainsi que les indices externes de l'intention du législateur mènent tous à la conclusion que cette disposition vise le fait d'assurer l'entrée illégale dans un pays afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité transnationale organisée. Pour justifier leur conclusion d'interdiction de territoire à l'encontre des appelants pour passage de clandestins au titre de l'al. 37(1)*b*), les ministres doivent établir devant la Commission que les appelants sont des passeurs de clandestins en ce sens. Les appelants peuvent échapper à l'interdiction de territoire prévue à l'al. 37(1)*b*) s'ils ont simplement aidé d'autres réfugiés ou demandeurs d'asile à entrer illégalement au pays alors qu'ils tentaient collectivement d'y trouver refuge.

C. *Les défenses de contrainte et de nécessité*

[73] B306 fait valoir que, si l'on juge qu'il tombe sous le coup de l'al. 37(1)*b*), il devrait pouvoir invoquer les défenses de contrainte et de nécessité en droit criminel. Les ministres ont concédé que ces

in principle. However, I prefer not to decide the issue, in the absence of full argument on how these defences would fit into the scheme of s. 37(1)(*b*) as construed in these reasons. This said, I agree with the Federal Court of Appeal that there is no substance to B306's claim that the Board failed to consider B306's defences of duress and necessity.

moyens de défense peuvent être invoqués en principe. Je préfère cependant ne pas trancher cette question en l'absence d'un débat exhaustif sur la façon dont ces moyens de défense s'inscriraient dans le régime instauré par l'al. 37(1)*b*), tel qu'interprété dans les présents motifs. Cela dit, je conviens avec la Cour d'appel fédérale qu'est sans fondement la prétention de B306 selon laquelle la Commission n'a pas tenu compte de ses défenses de contrainte et de nécessité.

D. *The Constitutionality of Section 37(1)(b) Under Section 7 of the Charter*

[74] The appellants argue in the alternative that s. 37(1)(*b*) of the *IRPA* unconstitutionally violates s. 7 of the *Charter* on the basis that s. 37(1)(*b*) is overbroad in catching migrants mutually aiding one another and humanitarian workers. As a result, they submit that s. 37(1)(*b*) is of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, to the extent it catches these groups. I have concluded that the appellants are entitled to a new hearing on the basis of the proper interpretation of s. 37(1)(*b*). Therefore, I find it unnecessary to consider the appellants' constitutional challenge.

[75] The argument is of no assistance in any event, as s. 7 of the *Charter* is not engaged at the stage of determining admissibility to Canada under s. 37(1). This Court recently held in *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, that a determination of exclusion from refugee protection under the *IRPA* did not engage s. 7, because "even if excluded from refugee protection, the appellant is able to apply for a stay of removal to a place if he would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment if removed to that place" (para. 67). It is at this subsequent pre-removal risk assessment stage of the *IRPA*'s refugee protection process that s. 7 is typically engaged. The rationale from *Febles*, which concerned determinations of "exclusion" from refugee status, applies equally to determinations of "inadmissibility" to refugee status under the *IRPA*.

D. *La constitutionnalité de l'al. 37(1)b) au regard de l'art. 7 de la Charte*

[74] Les appelants soutiennent subsidiairement que l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR* viole de manière inconstitutionnelle l'art. 7 de la *Charte* car cet alinéa a une portée excessive du fait qu'il s'applique aux migrants qui s'entraident et aux travailleurs humanitaires. Ils prétendent donc que l'al. 37(1)*b*) est inopérant suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où il vise ces catégories de personnes. J'ai conclu que les appelants ont droit à une nouvelle audience qui tient compte de l'interprétation correcte de l'al. 37(1)*b*). Par conséquent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la contestation constitutionnelle des appelants.

[75] Quoi qu'il en soit, l'argument n'est d'aucune utilité puisque l'art. 7 de la *Charte* n'entre pas en jeu lorsque vient le temps de déterminer si un migrant est interdit de territoire au Canada selon le par. 37(1). La Cour a récemment conclu dans *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, que le constat d'exclusion de l'asile tiré en vertu de la *LIPR* ne déclenchait pas l'application de l'art. 7, car « même s'il est exclu du régime de protection des réfugiés, l'appelant peut demander au ministre de surseoir à une mesure de renvoi pour le lieu en cause si le renvoi à ce lieu l'expose à la mort, à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités » (par. 67). C'est à cette étape subséquente, l'examen des risques avant renvoi, du processus d'asile établi par la *LIPR* que l'art. 7 entre habituellement en jeu. Le raisonnement découlant de *Febles*, qui visait les décisions portant « exclusion » du statut de réfugié, vaut également pour les constats d'« inadmissibilité » au statut de réfugié tirés en vertu de la *LIPR*.

V. Conclusion

[76] The tools of statutory interpretation — plain and grammatical meaning of the words; statutory and international contexts; and legislative intent — all point inexorably to the conclusion that s. 37(1)(*b*) applies only to people who act to further illegal entry of asylum-seekers in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit in the context of transnational organized crime. I conclude that a migrant who aids in his own illegal entry or the illegal entry of other refugees or asylum-seekers in their collective flight to safety is not inadmissible under s. 37(1)(*b*).

[77] The appellants were found inadmissible on an erroneous interpretation of s. 37(1)(*b*). They are entitled to have their admissibility reconsidered on the basis of the interpretation set out in these reasons. I would therefore allow their appeals and remit their cases for reconsideration by the Board. Mr. Hernandez, who was also found inadmissible under s. 36(1)(*b*), did not contest that finding in these proceedings, and this judgment does not disturb the Board's determination of that matter.

[78] The appeals are allowed with costs here and in the courts below.

APPENDIX A

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (version in force at time)

3. (1) [Objectives — immigration] The objectives of this Act with respect to immigration are

(*a*) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;

(*b*) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;

V. Conclusion

[76] Les moyens d'interprétation législative — le sens clair et grammatical des mots; le contexte législatif et international; l'intention du législateur — mènent tous inexorablement à la conclusion que l'al. 37(1)*b*) s'applique uniquement aux personnes qui posent des gestes pour assurer l'entrée illégale de demandeurs d'asile dans un pays afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel dans le cadre de la criminalité transnationale organisée. D'après moi, le migrant qui contribue à sa propre entrée illégale au pays ou qui aide d'autres réfugiés ou demandeurs d'asile à entrer illégalement au pays alors qu'ils tentent collectivement d'y trouver refuge n'est pas interdit de territoire au sens de l'al. 37(1)*b*).

[77] Les appelants ont été déclarés interdits de territoire sur le fondement d'une interprétation erronée de l'al. 37(1)*b*). Ils ont droit à une nouvelle enquête suivant l'interprétation exposée dans les présents motifs. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir leurs pourvois et de renvoyer leurs dossiers à la Commission pour qu'elle les réexamine. Monsieur Hernandez, qui a aussi été déclaré interdit de territoire en application de l'al. 36(1)*b*), n'a pas contesté cette conclusion en l'espèce, et le présent jugement ne change rien à la décision rendue par la Commission à cet égard.

[78] Les pourvois sont accueillis avec dépens devant la Cour et les juridictions inférieures.

ANNEXE A

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27 (version en vigueur à l'époque)

3. (1) [Objets en matière d'immigration] En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;

b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;

(*b.1*) to support and assist the development of minority official languages communities in Canada;

(*c*) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;

(*d*) to see that families are reunited in Canada;

(*e*) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

(*f*) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

(*g*) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;

(*h*) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(*i*) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

(*j*) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.

(2) [Objectives — refugees] The objectives of this Act with respect to refugees are

(*a*) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;

(*b*) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

b.1) de favoriser le développement des collectivités de langues officielles minoritaires au Canada;

c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;

d) de veiller à la réunification des familles au Canada;

e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.

(2) [Objet relatif aux réfugiés] S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

(*c*) to grant, as a fundamental expression of Canada's humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;

(*d*) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

(*e*) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;

(*f*) to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;

(*g*) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

(*h*) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

(3) [Application] This Act is to be construed and applied in a manner that

(*a*) furthers the domestic and international interests of Canada;

(*b*) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(*c*) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

(*d*) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

f) d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;

g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

(3) [Interprétation et mise en œuvre] L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d'encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d'immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

(*e*) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and

(*f*) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

11. (1) [Application before entering Canada] A foreign national must, before entering Canada, apply to an officer for a visa or for any other document required by the regulations. The visa or document may be issued if, following an examination, the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of this Act.

. . .

20. (1) [Obligation on entry] Every foreign national, other than a foreign national referred to in section 19, who seeks to enter or remain in Canada must establish,

(*a*) to become a permanent resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and have come to Canada in order to establish permanent residence; and

(*b*) to become a temporary resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and will leave Canada by the end of the period authorized for their stay.

. . .

36. (1) [Serious criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(*a*) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

(*b*) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

e) de soutenir l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

11. (1) [Visa et documents] L'étranger doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à l'agent les visa et autres documents requis par règlement. L'agent peut les délivrer sur preuve, à la suite d'un contrôle, que l'étranger n'est pas interdit de territoire et se conforme à la présente loi.

. . .

20. (1) [Obligation à l'entrée au Canada] L'étranger non visé à l'article 19 qui cherche à entrer au Canada ou à y séjourner est tenu de prouver :

a) pour devenir un résident permanent, qu'il détient les visa ou autres documents réglementaires et vient s'y établir en permanence;

b) pour devenir un résident temporaire, qu'il détient les visa ou autres documents requis par règlement et aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

. . .

36. (1) [Grande criminalité] Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

(*c*) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

. . .

37. (1) [Organized criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(*a*) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(*b*) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

. . .

41. [Non-compliance with Act] A person is inadmissible for failing to comply with this Act

(*a*) in the case of a foreign national, through an act or omission which contravenes, directly or indirectly, a provision of this Act; . . .

. . .

42. [Inadmissible family member] A foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if

(*a*) their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible; . . .

. . .

44. (1) [Preparation of report] An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

. . .

37. (1) [Activités de criminalité organisée] Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

. . .

41. [Manquement à la loi] S'agissant de l'étranger, emportent interdiction de territoire pour manquement à la présente loi tout fait — acte ou omission — commis directement ou indirectement en contravention avec la présente loi . . .

42. [Inadmissibilité familiale] Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants :

a) l'interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas;

. . .

44. (1) [Rapport d'interdiction de territoire] S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se

who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

(2) [Referral or removal order] If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

(3) [Conditions] An officer or the Immigration Division may impose any conditions, including the payment of a deposit or the posting of a guarantee for compliance with the conditions, that the officer or the Division considers necessary on a permanent resident or a foreign national who is the subject of a report, an admissibility hearing or, being in Canada, a removal order.

Claim for Refugee Protection

99. (1) [Claim] A claim for refugee protection may be made in or outside Canada.

(2) [Claim outside Canada] A claim for refugee protection made by a person outside Canada must be made by making an application for a visa as a Convention refugee or a person in similar circumstances, and is governed by Part 1.

(3) [Claim inside Canada] A claim for refugee protection made by a person inside Canada must be made to an officer, may not be made by a person who is subject to a removal order, and is governed by this Part.

Pre-removal Risk Assessment

Protection

112. (1) [Application for protection] A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

(2) [Exception] Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) [Suivi] S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

(3) [Conditions] L'agent ou la Section de l'immigration peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution, au résident permanent ou à l'étranger qui fait l'objet d'un rapport ou d'une enquête ou, étant au Canada, d'une mesure de renvoi.

Demande d'asile

99. (1) [Demande] La demande d'asile peut être faite à l'étranger ou au Canada.

(2) [Demande faite à l'étranger] Celle de la personne se trouvant hors du Canada se fait par une demande de visa comme réfugié ou de personne en situation semblable et est régie par la partie 1.

(3) [Demande faite au Canada] Celle de la personne se trouvant au Canada se fait à l'agent et est régie par la présente partie; toutefois la personne visée par une mesure de renvoi n'est pas admise à la faire.

Examen des risques avant renvoi

Protection

112. (1) [Demande de protection] La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

(2) [Exception] Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

(*a*) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;

(*b*) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(*e*) to be ineligible;

(*c*) in the case of a person who has not left Canada since the application for protection was rejected, the prescribed period has not expired; or

(*d*) in the case of a person who has left Canada since the removal order came into force, less than six months have passed since they left Canada after their claim to refugee protection was determined to be ineligible, abandoned, withdrawn or rejected, or their application for protection was rejected.

(3) [Restriction] Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(*a*) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(*b*) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(*c*) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(*d*) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

113. [Consideration of application] Consideration of an application for protection shall be as follows:

(*a*) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only new evidence that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection;

(*b*) a hearing may be held if the Minister, on the basis of prescribed factors, is of the opinion that a hearing is required;

a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;

b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)*e*);

c) si elle n'a pas quitté le Canada après le rejet de sa demande de protection, le délai prévu par règlement n'a pas expiré;

d) dans le cas contraire, six mois ne se sont pas écoulés depuis son départ consécutif soit au rejet de sa demande d'asile ou de protection, soit à un prononcé d'irrecevabilité, de désistement ou de retrait de sa demande d'asile.

(3) [Restriction] L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

113. [Examen de la demande] Il est disposé de la demande comme il suit :

a) le demandeur d'asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet;

b) une audience peut être tenue si le ministre l'estime requis compte tenu des facteurs réglementaires;

(*c*) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(*d*) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

114. (1) [Effect of decision] A decision to allow the application for protection has

(*a*) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(*b*) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

(2) [Cancellation of stay] If the Minister is of the opinion that the circumstances surrounding a stay of the enforcement of a removal order have changed, the Minister may re-examine, in accordance with paragraph 113(*d*) and the regulations, the grounds on which the application was allowed and may cancel the stay.

(3) [Vacation of determination] If the Minister is of the opinion that a decision to allow an application for protection was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts on a relevant matter, the Minister may vacate the decision.

(4) [Effect of vacation] If a decision is vacated under subsection (3), it is nullified and the application for protection is deemed to have been rejected.

PART 3

ENFORCEMENT

Human Smuggling and Trafficking

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

114. (1) [Effet de la décision] La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

(2) [Révocation de sursis] Le ministre peut révoquer le sursis s'il estime, après examen, sur la base de l'alinéa 113*d*) et conformément aux règlements, des motifs qui l'ont justifié, que les circonstances l'ayant amené ont changé.

(3) [Annulation de la décision] Le ministre peut annuler la décision ayant accordé la demande de protection s'il estime qu'elle découle de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

(4) [Effet de l'annulation] La décision portant annulation emporte nullité de la décision initiale et la demande de protection est réputée avoir été rejetée.

PARTIE 3

EXÉCUTION

Organisation d'entrée illégale au Canada

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou

into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(*a*) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than $500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than $1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(*b*) on summary conviction, to a fine of not more than $100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than $1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

118. (1) [Offence — trafficking in persons] No person shall knowingly organize the coming into Canada of one or more persons by means of abduction, fraud, deception or use or threat of force or coercion.

(2) [Definition of "organize"] For the purpose of subsection (1), "organize", with respect to persons, includes their recruitment or transportation and, after their entry into Canada, the receipt or harbouring of those persons.

121. (1) [Aggravating factors] The court, in determining the penalty to be imposed under subsection 117(2) or (3) or section 120, shall take into account whether

(*a*) bodily harm or death occurred during the commission of the offence;

plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

(ii) en cas de récidive, d'une amende maximale de un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l'une de ces peines,

b) par procédure sommaire, d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l'une de ces peines.

(3) [Peines] L'auteur de l'infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n'est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

118. (1) [Trafic de personnes] Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.

(2) [Sens de « organisation »] Sont assimilés à l'organisation le recrutement de personnes, leur transport à destination du Canada et, après l'entrée, à l'intérieur du pays, ainsi que l'accueil et l'hébergement de celles-ci.

121. (1) [Infliction de la peine] Le tribunal tient compte, dans l'infliction de la peine visée aux paragraphes 117(2) et (3) et à l'article 120, des facteurs suivants :

a) la mort est survenue ou des blessures ont été infligées;

(*b*) the commission of the offence was for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization;

(*c*) the commission of the offence was for profit, whether or not any profit was realized; and

(*d*) a person was subjected to humiliating or degrading treatment, including with respect to work or health conditions or sexual exploitation as a result of the commission of the offence.

(2) [Definition of "criminal organization"] For the purposes of paragraph (1)(*b*), "criminal organization" means an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence.

General Offences

124. (1) [Contravention of Act] Every person commits an offence who

(*a*) contravenes a provision of this Act for which a penalty is not specifically provided or fails to comply with a condition or obligation imposed under this Act;

. . .

Prosecution of Offences

133. [Deferral] A person who has claimed refugee protection, and who came to Canada directly or indirectly from the country in respect of which the claim is made, may not be charged with an offence under section 122, paragraph 124(1)(*a*) or section 127 of this Act or under section 57, paragraph 340(*c*) or section 354, 366, 368, 374 or 403 of the *Criminal Code*, in relation to the coming into Canada of the person, pending disposition of their claim for refugee protection or if refugee protection is conferred.

b) l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle;

c) l'infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé;

d) la personne est soumise à tout traitement dégradant ou attentatoire à la dignité humaine, notamment en ce qui touche les activités professionnelles, la santé ou l'exploitation sexuelle.

(2) [Définition de « organisation criminelle »] On entend par organisation criminelle l'organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

Infractions générales

124. (1) [Infraction générale] Commet une infraction quiconque :

a) contrevient à une disposition de la présente loi pour laquelle aucune peine n'est spécifiquement prévue ou aux conditions ou obligations imposées sous son régime;

. . .

Règles visant les poursuites

133. [Immunité] L'auteur d'une demande d'asile ne peut, tant qu'il n'est statué sur sa demande, ni une fois que l'asile lui est conféré, être accusé d'une infraction visée à l'article 122, à l'alinéa 124(1)*a*) ou à l'article 127 de la présente loi et à l'article 57, à l'alinéa 340*c*) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du *Code criminel*, dès lors qu'il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la condition que l'infraction ait été commise à l'égard de son arrivée au Canada.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227 (version in force at time)

6. [Permanent resident] A foreign national may not enter Canada to remain on a permanent basis without first obtaining a permanent resident visa.

Documents Required

50. (1) [Documents — permanent residents] In addition to the permanent resident visa required of a foreign national who is a member of a class referred to in subsection 70(2), a foreign national seeking to become a permanent resident must hold

(*a*) a passport, other than a diplomatic, official or similar passport, that was issued by the country of which the foreign national is a citizen or national;

(*b*) a travel document that was issued by the country of which the foreign national is a citizen or national;

(*c*) an identity or travel document that was issued by a country to non-national residents, refugees or stateless persons who are unable to obtain a passport or other travel document from their country of citizenship or nationality or who have no country of citizenship or nationality;

(*d*) a travel document that was issued by the International Committee of the Red Cross in Geneva, Switzerland, to enable and facilitate emigration;

(*e*) a passport or travel document that was issued by the Palestinian Authority;

(*f*) an exit visa that was issued by the Government of the Union of Soviet Socialist Republics to its citizens who were compelled to relinquish their Soviet nationality in order to emigrate from that country;

(*g*) a British National (Overseas) passport that was issued by the Government of the United Kingdom to persons born, naturalized or registered in Hong Kong; or

(*h*) a passport that was issued by the Government of Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China.

(2) [Exception — protected persons] Subsection (1) does not apply to a person who is a protected person

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227 (version en vigueur à l'époque)

6. [Résident permanent] L'étranger ne peut entrer au Canada pour s'y établir en permanence que s'il a préalablement obtenu un visa de résident permanent.

Documents réglementaires

50. (1) [Documents : résidents permanents] En plus du visa de résident permanent que doit détenir l'étranger membre d'une catégorie prévue au paragraphe 70(2), l'étranger qui entend devenir résident permanent doit détenir l'un des documents suivants :

a) un passeport — autre qu'un passeport diplomatique, officiel ou de même nature — qui lui a été délivré par le pays dont il est citoyen ou ressortissant;

b) un titre de voyage délivré par le pays dont il est citoyen ou ressortissant;

c) un titre de voyage ou une pièce d'identité délivré par un pays aux résidents non-ressortissants, aux réfugiés au sens de la Convention ou aux apatrides qui sont dans l'impossibilité d'obtenir un passeport ou autre titre de voyage auprès de leur pays de citoyenneté ou de nationalité, ou qui n'ont pas de pays de citoyenneté ou de nationalité;

d) un titre de voyage délivré par le Comité international de la Croix-Rouge à Genève (Suisse) pour permettre et faciliter l'émigration;

e) un passeport ou un titre de voyage délivré par l'Autorité palestinienne;

f) un visa de sortie délivré par le gouvernement de l'Union des républiques socialistes soviétiques à ses citoyens obligés de renoncer à leur nationalité afin d'émigrer de ce pays;

g) un passeport intitulé « *British National (Overseas) Passport* », délivré par le gouvernement du Royaume-Uni aux personnes nées, naturalisées ou enregistrées à Hong Kong;

h) un passeport délivré par les autorités de la zone administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine.

(2) [Exception : personne protégée] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la personne protégée au sens du

within the meaning of subsection 95(2) of the Act and holds a permanent resident visa when it is not possible for the person to obtain a passport or an identity or travel document referred to in subsection (1).

228. (1) [Subsection 44(2) of the Act — foreign nationals] For the purposes of subsection 44(2) of the Act, and subject to subsections (3) and (4), if a report in respect of a foreign national does not include any grounds of inadmissibility other than those set out in the following circumstances, the report shall not be referred to the Immigration Division and any removal order made shall be

(*a*) if the foreign national is inadmissible under paragraph 36(1)(*a*) or (2)(*a*) of the Act on grounds of serious criminality or criminality, a deportation order;

(*b*) if the foreign national is inadmissible under paragraph 40(1)(*c*) of the Act on grounds of misrepresentation, a deportation order;

(*c*) if the foreign national is inadmissible under section 41 of the Act on grounds of

(i) failing to appear for further examination or an admissibility hearing under Part 1 of the Act, an exclusion order,

(ii) failing to obtain the authorization of an officer required by subsection 52(1) of the Act, a deportation order,

(iii) failing to establish that they hold the visa or other document as required under section 20 of the Act, an exclusion order,

(iv) failing to leave Canada by the end of the period authorized for their stay as required by subsection 29(2) of the Act, an exclusion order, or

(v) failing to comply with subsection 29(2) of the Act to comply with any condition set out in section 184, an exclusion order; and

(*d*) if the foreign national is inadmissible under section 42 of the Act on grounds of an inadmissible family member, the same removal order as was made in respect of the inadmissible family member.

(2) [Subsection 44(2) of the Act — permanent residents] For the purposes of subsection 44(2) of the Act, if a removal order is made against a permanent resident

paragraphe 95(2) de la Loi qui est titulaire d'un visa de résident permanent dans les cas où il lui est impossible d'obtenir un passeport, une pièce d'identité ou un titre de voyage visé au paragraphe (1).

228. (1) [Application du paragraphe 44(2) de la Loi : étrangers] Pour l'application du paragraphe 44(2) de la Loi, mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), dans le cas où elle ne comporte pas de motif d'interdiction de territoire autre que ceux prévus dans l'une des circonstances ci-après, l'affaire n'est pas déférée à la Section de l'immigration et la mesure de renvoi à prendre est celle indiquée en regard du motif en cause :

a) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour grande criminalité ou criminalité au titre des alinéas 36(1)*a*) ou (2)*a*) de la Loi, l'expulsion;

b) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour fausses déclarations au titre de l'alinéa 40(1)*c*) de la Loi, l'expulsion;

c) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger au titre de l'article 41 de la Loi pour manquement à :

(i) l'obligation prévue à la partie 1 de la Loi de se présenter au contrôle complémentaire ou à l'enquête, l'exclusion,

(ii) l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'agent aux termes du paragraphe 52(1) de la Loi, l'expulsion,

(iii) l'obligation prévue à l'article 20 de la Loi de prouver qu'il détient les visa et autres documents réglementaires, l'exclusion,

(iv) l'obligation prévue au paragraphe 29(2) de la Loi de quitter le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, l'exclusion,

(v) l'obligation prévue au paragraphe 29(2) de la Loi de se conformer aux conditions imposées à l'article 184, l'exclusion;

d) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour inadmissibilité familiale aux termes de l'article 42 de la Loi, la même mesure de renvoi que celle prise à l'égard du membre de la famille interdit de territoire.

(2) [Application du paragraphe 44(2) de la Loi : résident permanent] Pour l'application du paragraphe 44(2) de la Loi, si le résident permanent manque à l'obligation

who fails to comply with the residency obligation under section 28 of the Act, the order shall be a departure order.

(3) [Eligible claim for refugee protection] If a claim for refugee protection is made and the claim has been determined to be eligible to be referred to the Refugee Protection Division or no determination has been made, a departure order is the applicable removal order in the circumstances set out in any of subparagraphs (1)(*c*)(i) and (iii) to (v).

(4) [Reports in respect of certain foreign nationals] For the purposes of subsection (1), a report in respect of a foreign national does not include a report in respect of a foreign national who

(*a*) is under 18 years of age and not accompanied by a parent or an adult legally responsible for them; or

(*b*) is unable, in the opinion of the Minister, to appreciate the nature of the proceedings and is not accompanied by a parent or an adult legally responsible for them.

de résidence prévue à l'article 28 de la Loi, la mesure de renvoi qui peut être prise à son égard est l'interdiction de séjour.

(3) [Demande d'asile recevable] Dans le cas d'une demande d'asile jugée recevable ou à l'égard de laquelle il n'a pas été statué sur la recevabilité, la mesure de renvoi à prendre dans les circonstances prévues aux sous-alinéas (1)*c*)(i), (iii), (iv) ou (v) est l'interdiction de séjour.

(4) [Affaire à l'égard de certains étrangers] Pour l'application du paragraphe (1), l'affaire ne vise pas l'affaire à l'égard d'un étranger qui :

a) soit est âgé de moins de dix-huit ans et n'est pas accompagné par un parent ou un adulte qui en est légalement responsable;

b) soit n'est pas, selon le ministre, en mesure de comprendre la nature de la procédure et n'est pas accompagné par un parent ou un adulte qui en est légalement responsable.

APPENDIX B

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150

Article 31

REFUGEES UNLAWFULLY IN THE COUNTRY OF REFUGEE

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

. . .

Article 33

PROHIBITION OF EXPULSION OR RETURN ("REFOULEMENT")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of

ANNEXE B

Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150

Article 31

RÉFUGIÉS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE DANS LE PAYS D'ACCUEIL

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

. . .

Article 33

DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur

territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209

Article 1. Statement of purpose

The purpose of this Convention is to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively.

Article 2. Use of terms

For the purposes of this Convention:

(a) "Organized criminal group" shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;

. . .

Article 3. Scope of application

1. This Convention shall apply, except as otherwise stated herein, to the prevention, investigation and prosecution of:

(a) The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention; and

(b) Serious crime as defined in article 2 of this Convention;

where the offence is transnational in nature and involves an organized criminal group.

2. For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if:

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209

Article premier. Objet

L'objet de la présente Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée.

Article 2. Terminologie

Aux fins de la présente Convention :

a) L'expression « groupe criminel organisé » désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel;

. . .

Article 3. Champ d'application

1. La présente Convention s'applique, sauf disposition contraire, à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant :

a) Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention; et

b) Les infractions graves telles que définies à l'article 2 de la présente Convention;

lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué.

2. Aux fins du paragraphe 1 du présent article, une infraction est de nature transnationale si :

(a) It is committed in more than one State;

(b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State;

(c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or

(d) It is committed in one State but has substantial effects in another State.

Article 5. Criminalization of participation in an organized criminal group

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity:

(i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of a financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group;

(ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in:

a. Criminal activities of the organized criminal group;

b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim;

(b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crime involving an organized criminal group.

. . .

a) Elle est commise dans plus d'un État;

b) Elle est commise dans un État mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État;

c) Elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État; ou

d) Elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État.

Article 5. Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque commis intentionnellement :

a) À l'un ou l'autre des actes suivants ou aux deux, en tant qu'infractions pénales distinctes de celles impliquant une tentative d'activité criminelle ou sa consommation :

i) Au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé;

ii) À la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question :

a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé;

b. À d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné;

b) Au fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé.

. . .

Article 34. Implementation of the Convention

1. Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention.

2. The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party independently of the transnational nature or the involvement of an organized criminal group as described in article 3, paragraph 1, of this Convention, except to the extent that article 5 of this Convention would require the involvement of an organized criminal group.

3. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime.

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480

Article 2. Statement of purpose

The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants.

Article 3. Use of terms

For the purposes of this Protocol:

(a) "Smuggling of migrants" shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident;

. . .

Article 34. Application de la Convention

1. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour assurer l'exécution de ses obligations en vertu de la présente Convention.

2. Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention sont établies dans le droit interne de chaque État Partie indépendamment de leur nature transnationale ou de l'implication d'un groupe criminel organisé comme énoncé au paragraphe 1 de l'article 3 de la présente Convention, sauf dans la mesure où, conformément à l'article 5 de la présente Convention, serait requise l'implication d'un groupe criminel organisé.

3. Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480

Article 2. Objet

Le présent Protocole a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d'un tel trafic.

Article 3. Terminologie

Aux fins du présent Protocole :

a) L'expression « trafic illicite de migrants » désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État;

. . .

Article 6. Criminalization

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit:

(a) The smuggling of migrants;

. . .

4. Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law.

Article 11. Border measures

1. Without prejudice to international commitments in relation to the free movement of people, States Parties shall strengthen, to the extent possible, such border controls as may be necessary to prevent and detect the smuggling of migrants.

. . .

5. Each State Party shall consider taking measures that permit, in accordance with its domestic law, the denial of entry or revocation of visas of persons implicated in the commission of offences established in accordance with this Protocol.

Article 19. Saving clause

1. Nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein.

2. The measures set forth in this Protocol shall be interpreted and applied in a way that is not discriminatory to persons on the ground that they are the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol. The interpretation and application of those measures shall be consistent with internationally recognized principles of non-discrimination.

Article 6. Incrimination

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel :

a) Au trafic illicite de migrants;

. . .

4. Aucune disposition du présent Protocole n'empêche un État Partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction.

Article 11. Mesures aux frontières

1. Sans préjudice des engagements internationaux relatifs à la libre circulation des personnes, les États Parties renforcent, dans la mesure du possible, les contrôles aux frontières nécessaires pour prévenir et détecter le trafic illicite de migrants.

. . .

5. Chaque État Partie envisage de prendre des mesures qui permettent, conformément à son droit interne, de refuser l'entrée de personnes impliquées dans la commission des infractions établies conformément au présent Protocole ou d'annuler leur visa.

Article 19. Clause de sauvegarde

1. Aucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme et en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé.

2. Les mesures énoncées dans le présent Protocole sont interprétées et appliquées d'une façon telle que les personnes ne font pas l'objet d'une discrimination au motif qu'elles sont l'objet des actes énoncés à l'article 6 du présent Protocole. L'interprétation et l'application de ces mesures sont conformes aux principes de non-discrimination internationalement reconnus.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant B010: Legal Services Society, Vancouver.

Solicitors for the appellants J.P and G.J.: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the appellant B306: Raoul Boulakia, Toronto.

Solicitors for the appellant Jesus Rodriguez Hernandez: Poulton Law Office, Toronto.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: University of Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): South Ottawa Community Legal Services, Ottawa; Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Jackman Nazami & Associates, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees: Torys, Toronto; UNHCR, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelant B010 : Legal Services Society, Vancouver.

Procureurs des appelants J.P. et G.J. : Waldman & Associates, Toronto.

Procureur de l'appelant B306 : Raoul Boulakia, Toronto.

Procureurs de l'appelant Jesus Rodriguez Hernandez : Poulton Law Office, Toronto.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Université d'Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch) : Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa; Services juridiques communautaires du Centre d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Jackman Nazami & Associates, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés : Torys, Toronto; HCNUR, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Francis Anthonimuthu Appulonappa *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Hamalraj Handasamy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Jeyachandran Kanagarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Vignarajah Thevarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees and Canadian Association of Refugee Lawyers *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Appulonappa

2015 SCC 59

Francis Anthonimuthu Appulonappa *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Hamalraj Handasamy *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Jeyachandran Kanagarajah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Vignarajah Thevarajah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés et Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Appulonappa

2015 CSC 59

File No.: 35958.

2015: February 17; 2015: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Overbreadth — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Trial judge finding that offence provision overbroad and therefore unconstitutional because it criminalizes not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees — Whether offence provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — If no, what is appropriate remedy for constitutional infirmity — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

Immigration — Offences — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Whether offence provision unconstitutional — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

In 2009, a vessel was apprehended off the west coast of Vancouver Island, in British Columbia. Seventy-six people, among them A, H, K and T (the "migrants") were aboard. All were Tamils from Sri Lanka. They claimed to have fled Sri Lanka because their lives were endangered. They asked for refugee status in Canada. None had the required legal documentation. The migrants are alleged to have been the point persons for a transnational for-profit operation to smuggle undocumented migrants from Southeast Asia to Canada. The majority of passengers each paid, or promised to pay, $30,000 to $40,000 for the voyage. The migrants are said to have been responsible for organizing the asylum-seekers in Indonesia and Thailand prior to boarding the freighter, and serving as the chief crew of the ship on the voyage to Canada — H

N° du greffe : 35958.

2015 : 17 février; 2015 : 27 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Portée excessive — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — Le juge du procès a conclu que la disposition créant l'infraction avait une portée excessive et était donc inconstitutionnelle parce qu'elle criminalisait non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d'aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile — La disposition créant l'infraction viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au regard de l'article premier de la Charte? — Si elle ne peut l'être, quelle est la réparation convenable à l'égard de l'inconstitutionnalité? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

Immigration — Infractions — Passage de clandestins — Migrants demandant l'asile au Canada accusés de l'infraction d'avoir organisé l'entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d'avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — La disposition créant l'infraction est-elle inconstitutionnelle? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

En 2009, un navire a été intercepté au large de la côte ouest de l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique. Ce navire avait à son bord 76 personnes, dont A, H, K et T (les « migrants »). Tous des Tamouls du Sri Lanka, ils ont affirmé avoir fui leur pays parce que leur vie était en danger. Ils ont demandé l'asile au Canada. Aucun d'eux n'était muni des documents juridiques requis. Les migrants auraient été les hommes de terrain d'une opération transnationale à but lucratif visant à faire passer des sans-papiers de l'Asie du Sud-Est au Canada. La majorité des passagers avait payé, ou promis de payer, entre 30 000 $ et 40 000 $ chacun pour la traversée. Les migrants auraient organisé les demandeurs d'asile en Indonésie et en Thaïlande avant leur embarquement et auraient constitué les membres d'équipage principaux du

as captain, T as chief engineer, and K and A as key crew members.

The migrants were charged under s. 117 of the *Immigration and Refugee Protection Act* ("*IRPA*"), which makes it an offence to "organize, induce, aid or abet" the coming into Canada of people in contravention of the *IRPA*. Consequences of conviction could include lengthy imprisonment and disqualification from consideration as a refugee. Before their trial, the migrants challenged the constitutionality of s. 117 of the *IRPA*, on the ground that it infringes the right to life, liberty and security of the person enshrined in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled the provision was unconstitutional. The Court of Appeal reversed that decision, found the provision to be constitutional and remitted the matter for trial. Section 117 as it was at the time of the alleged offences is no longer in force and the constitutionality of the current s. 117 is not before the Court.

Held: The appeals are allowed and the charges are remitted for trial. Section 117 is unconstitutional insofar as it permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst asylum-seekers or assistance to family members.

Participating in the unauthorized entry of other people into Canada may result in prosecution and imprisonment and/or substantial fines upon conviction under s. 117 of the *IRPA*. The migrants contend that s. 117 violates s. 7 of the *Charter* because the provision catches two categories of people outside its purpose — people who assist close family members to come to Canada and humanitarians who assist those fleeing persecution to come to Canada, in each case without required documents. They say that s. 117 is therefore overbroad. They also argue that s. 117 offends the principles of fundamental justice because its impact on liberty is grossly disproportionate to the conduct it targets, because it is unconstitutionally vague, and because it perpetuates inequality.

Insofar as s. 117 permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst

navire pendant la traversée vers le Canada — H à titre de capitaine, T à titre de chef mécanicien et K et A à titre de membres clés de l'équipage.

Les migrants ont été accusés en vertu de l'art. 117 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* »), selon lequel commet une infraction quiconque « organise » l'entrée au Canada d'une personne en contravention à la *LIPR* « ou incite, aide ou encourage » une telle personne à entrer au Canada. Un verdict de culpabilité peut, entre autres conséquences, emporter une longue peine d'emprisonnement et faire obstacle à une demande d'asile. Avant leur procès, les migrants ont contesté la constitutionnalité de l'art. 117 de la *LIPR*, au motif qu'il viole le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a déclaré l'art. 117 inconstitutionnel. La Cour d'appel a infirmé cette décision, a déclaré que la disposition était constitutionnelle et a renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée en première instance. L'article 117, tel qu'il était à l'époque des infractions en cause, n'est plus en vigueur et la Cour n'est pas saisie de la question de la constitutionnalité de l'art. 117 actuel.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées. L'article 117 est inconstitutionnel dans la mesure où il permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d'aide humanitaire à des sans-papiers, d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile ou d'aide fournie par une personne à des membres de sa famille.

Participer à l'entrée non autorisée d'autres personnes au Canada peut entraîner des poursuites en vertu de l'art. 117 de la *LIPR*, et une déclaration de culpabilité risque de se traduire par une peine d'emprisonnement, des amendes substantielles ou les deux. Les migrants font valoir que l'art. 117 viole l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il fait entrer dans son champ d'application deux catégories de personnes qui ne sont pas visées par son objet — les personnes qui assistent des parents proches à entrer au Canada et les travailleurs humanitaires qui aident des personnes fuyant la persécution à entrer au Canada, dans les deux cas sans les documents requis. Ils affirment que l'art. 117 a donc une portée excessive. Ils affirment également que la disposition enfreint les principes de justice fondamentale parce que son effet sur la liberté est exagérément disproportionné par rapport à la conduite qu'elle sanctionne, parce qu'elle est inconstitutionnelle pour cause d'imprécision et parce qu'elle perpétue l'inégalité.

Dans la mesure où l'art. 117 permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d'aide humanitaire

asylum-seekers or assistance to family members, it is unconstitutional. The purpose of s. 117 is to criminalize the smuggling of people into Canada in the context of organized crime, and does not extend to permitting prosecution for simply assisting family or providing humanitarian or mutual aid to undocumented entrants to Canada. A broad punitive goal that would prosecute persons with no connection to and no furtherance of organized crime is not consistent with Parliament's purpose as evinced by the text of s. 117 read together with Canada's international commitments, s. 117's role within the *IRPA*, the *IRPA*'s objects, the history of s. 117, and the parliamentary debates.

The scope of s. 117 is overbroad and interferes with conduct that bears no connection to its objective. The overbreadth problem cannot be avoided by interpreting s. 117(1) as not permitting prosecution of persons providing humanitarian, mutual or family assistance. Such an interpretation would require the Court to ignore the ordinary meaning of the words of s. 117(1), which unambiguously make it an offence to "organize, induce, aid or abet" the undocumented entry. To adopt this interpretation would violate the rule of statutory interpretation that the meaning of the words of the provision should be read in their grammatical and ordinary sense. It would also require statements from the legislative debate record suggesting Parliament knew in advance that the provision was overbroad to be ignored.

Parliament itself understood when it enacted s. 117 that the provision's reach exceeded its purpose by catching those who provide humanitarian, mutual and family assistance to asylum-seekers coming to Canada, but argued that this overbreadth was not a problem because the Attorney General of Canada would not permit the prosecution of such people. Section 117(4), which requires the Attorney General to authorize prosecutions, does not cure the overbreadth problem created by s. 117(1). Ministerial discretion, whether conscientiously exercised or not, does not negate the fact that s. 117(1) criminalizes conduct beyond Parliament's object, and that people whom Parliament did not intend to prosecute are therefore at risk of prosecution, conviction and imprisonment. So long as the provision is on the books, and so long as it is not impossible that the Attorney General could consent to prosecute,

à des sans-papiers, d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile ou d'aide fournie par une personne à des membres de sa famille, il est inconstitutionnel. L'article 117 a pour objet de criminaliser le passage de clandestins au Canada lié à la criminalité organisée, et non des actes constituant simplement de l'entraide familiale, de l'assistance mutuelle entre sans-papiers qui entrent au Canada ou encore de l'aide humanitaire à de telles personnes. Un objectif punitif général qui permettrait que soient poursuivies des personnes qui sont dépourvues de lien avec le crime organisé et ne font rien pour favoriser le crime organisé est contredit par l'intention du législateur qui se dégage du libellé de l'art. 117, interprétée à la lumière des engagements internationaux du Canada, du rôle de l'art. 117 au sein de la *LIPR*, des objets de la *LIPR*, de l'historique de l'art. 117 et des débats parlementaires.

La portée de l'art. 117 est excessive et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Il n'est pas possible de contourner le problème de la portée excessive en donnant au par. 117(1) une interprétation qui soustrairait de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire, s'assistent mutuellement ou aident des membres de leur famille. Une telle interprétation obligerait la Cour à faire fi du sens ordinaire des mots employés au par. 117(1), qui prévoit sans la moindre ambiguïté que commet une infraction quiconque « organise [. . .] ou incite, aide ou encourage » des sans-papiers à entrer au Canada. Faire droit à cette proposition contreviendrait à la règle d'interprétation des lois portant que les termes employés dans la disposition doivent être interprétés en suivant leur sens grammatical et ordinaire. Il faudrait également ne pas tenir compte des déclarations tenues lors des débats législatifs, qui tendaient à indiquer que le législateur savait que la disposition avait une portée excessive.

Le législateur savait, lorsqu'il a promulgué l'art. 117, que la portée de cette disposition excédait son objet parce qu'elle faisait entrer dans son champ d'application les personnes qui accomplissent des actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale en faveur de demandeurs d'asile entrant au Canada. Il a affirmé que cette portée excessive ne posait aucun problème parce que le procureur général du Canada n'autoriserait pas la poursuite de ces personnes. Le paragraphe 117(4), qui exige que le procureur général autorise des poursuites, ne règle pas le problème de portée excessive que crée le par. 117(1). Le pouvoir discrétionnaire du ministre, qu'il soit exercé consciencieusement ou non, n'empêche pas que le par. 117(1) criminalise un comportement que le législateur ne visait pas, ni que des personnes que le législateur ne voulait pas poursuivre risquent d'être poursuivies,

a person who assists a family member or who provides mutual or humanitarian assistance to an asylum-seeker entering Canada faces a possibility of imprisonment.

Section 117 of the *IRPA* is overbroad and this overbreadth cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. While the objective of s. 117 is clearly pressing and substantial and some applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object, the provision fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. It follows that s. 117 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*. The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of s. 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents. In this case, the preferable remedy is to read down s. 117 of the *IRPA*, as it was at the time of the alleged offences, as not applying to persons providing humanitarian aid to asylum-seekers or to asylum-seekers who provide each other mutual aid (including aid to family members), to bring it in conformity with the *Charter*. This remedy reconciles the former s. 117 with the requirements of the *Charter* while leaving the prohibition on human smuggling for the relevant period in place.

In view of the conclusion that s. 117 is overbroad, it is unnecessary to consider the argument that s. 117 offends s. 7 of the *Charter* by depriving persons of liberty in a manner that violates the principles of fundamental justice against gross disproportionality and vagueness.

Cases Cited

Referred to: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864;

déclarées coupables et emprisonnées. Dans la mesure où cette disposition est encore susceptible d'application, et dans la mesure où il n'est pas impossible que le procureur général consente à intenter des poursuites, les personnes qui aident un membre de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire à un demandeur d'asile entrant au Canada ou encore les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement risquent l'emprisonnement.

L'article 117 de la *LIPR* a une portée excessive et cette portée excessive n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de l'art. 117 soit clairement urgent et réel et qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et certaines applications de cette disposition, celle-ci ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Par conséquent, l'art. 117 est inopérant dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*. L'incompatibilité qui a été démontrée concerne la portée excessive de l'art. 117 relativement à trois catégories d'actes, soit (1) l'aide humanitaire à des sans-papiers, (2) l'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile et (3) l'aide fournie par une personne à un membre de sa famille qui entre au Canada sans être muni des documents requis. En l'espèce, il est préférable de donner à l'art. 117 de la *LIPR* — tel qu'il était libellé au moment des infractions reprochées — une interprétation atténuée qui exclut de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile ou les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement (y compris en aidant des membres de leur famille), en vue d'assurer la conformité de la disposition avec la *Charte*. Cette réparation permet de concilier l'ancien art. 117 avec les impératifs de la *Charte* et de conserver, pendant la période pertinente, l'interdiction applicable au passage de clandestins.

Compte tenu de la conclusion selon laquelle l'art. 117 a une portée excessive, il est inutile d'examiner l'argument voulant que l'art. 117 contrevienne à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prive des personnes de leur liberté d'une manière qui viole les principes de justice fondamentale interdisant le caractère totalement disproportionné et l'imprécision.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Chartrand*,

R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Immigration Act, S.C. 1902, c. 14, s. 2.
Act to amend The Immigration Act, S.C. 1919, c. 25, s. 12(4).
Act to amend the Immigration Act and the Criminal Code in consequence thereof, R.S.C. 1985, c. 29 (4th Supp.), ss. 1, 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24.
Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C. 1985, c. F-29.
Freezing Assets of Corrupt Foreign Officials Act, S.C. 2011, c. 10.
Geneva Conventions Act, R.S.C. 1985, c. G-3.
Immigration Act, R.S.C. 1906, c. 93, ss. 65, 66.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 37(1)(*b*), Part 3, 117 [am. 2012, c. 17, s. 41], 118, 121, 133.
Protecting Canada's Immigration System Act, S.C. 2012, c. 17, s. 41(1), (4).
Special Economic Measures Act, S.C. 1992, c. 17.

Treaties and Other International Instruments

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150, arts. 31(1), 33.
Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480, arts. 2, 3(a), 6(1), (3), (4), 19(1).
Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing

[1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Acte modifiant l'Acte d'immigration, S.C. 1902, c. 14, art. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'immigration, S.R.C. 1906, c. 93, art. 65, 66.
Loi modifiant la Loi de l'Immigration, S.C. 1919, c. 25, art. 12(4).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et apportant des modifications corrélatives au Code criminel, L.R.C. 1985, c. 29 (4e suppl.), art. 1, 9.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 3, 37(1)*b*), partie 3, 117 [mod. 2012, c. 17, art. 41], 118, 121, 133.
Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus, L.C. 2011, c. 10.
Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. 1985, c. G-3.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24.
Loi sur les mesures économiques spéciales, L.C. 1992, c. 17.
Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, L.R.C. 1985, c. F-29.
Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, L.C. 2012, c. 17, art. 41(1), (4).

Traités et autres instruments internationaux

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209, art. 1, 5, 34.
Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150, art. 31(1), 33.
Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 2237 R.T.N.U. 319.

the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2237 U.N.T.S. 319.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209, arts. 1, 5, 34.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd Sess., 33rd Parl., August 12, 1987, p. 8002.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-84: An Act to amend the Immigration Act, 1976 and the Criminal Code in consequence thereof*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., August 25, 1987, p. 24.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0), 10:35.

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

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Neilson, Bennett and Hinkson JJ.A.), 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98, 607 W.A.C. 98, 373 D.L.R. (4th) 1, 310 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (7th) 154, 308 C.R.R. (2d) 293, 25 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] B.C.J. No. 762 (QL), 2014 CarswellBC 1135 (WL Can.), setting aside the orders of Silverman J. and directing a new trial, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, 275 C.R.R. (2d) 1, 99 C.R. (6th) 245, 13 Imm. L.R. (4th) 207, [2013] B.C.J. No. 35 (QL), 2013 CarswellBC 15 (WL Can.); and 2013 BCSC 198, [2013] B.C.J. No. 217 (QL), 2013 CarswellBC 299 (WL Can.). Appeals allowed and charges remitted for trial.

Fiona Begg and *Maria Sokolova*, for the appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa.

Peter H. Edelmann and *Jennifer Ellis*, for the appellant Hamalraj Handasamy.

Micah B. Rankin and *Phillip C. Rankin*, for the appellant Jeyachandran Kanagarajah.

Gregory P. DelBigio, *Q.C.*, and *Lisa Sturgess*, for the appellant Vignarajah Thevarajah.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480, art. 2, 3a), 6(1), (3), (4), 19(1).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, nº 27, 1re sess., 37e lég., 17 mai 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0&Language=F), 10 h 35.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2e sess., 33e lég., 12 août 1987, p. 8002.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-84 : Loi modifiant la Loi sur l'Immigration de 1976 et apportant des modifications corrélatives au Code criminel*, nº 9, 2e sess., 33e lég., 25 août 1987, p. 24.

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

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Hinkson), 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98, 607 W.A.C. 98, 373 D.L.R. (4th) 1, 310 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (7th) 154, 308 C.R.R. (2d) 293, 25 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] B.C.J. No. 762 (QL), 2014 CarswellBC 1135 (WL Can.), qui a annulé les ordonnances du juge Silverman et ordonné la tenue d'un nouveau procès, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, 275 C.R.R. (2d) 1, 99 C.R. (6th) 245, 13 Imm. L.R. (4th) 207, [2013] B.C.J. No. 35 (QL), 2013 CarswellBC 15 (WL Can.); et 2013 BCSC 198, [2013] B.C.J. No. 217 (QL), 2013 CarswellBC 299 (WL Can.). Pourvois accueillis et accusations renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées.

Fiona Begg et *Maria Sokolova*, pour l'appelant Francis Anthonimuthu Appulonappa.

Peter H. Edelmann et *Jennifer Ellis*, pour l'appelant Hamalraj Handasamy.

Micah B. Rankin et *Phillip C. Rankin*, pour l'appelant Jeyachandran Kanagarajah.

Gregory P. DelBigio, *c.r.*, et *Lisa Sturgess*, pour l'appelant Vignarajah Thevarajah.

W. Paul Riley, *Q.C.*, and *Banafsheh Sokhansanj*, for the respondent.

Hart Schwartz and *Padraic Ryan*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Chantal Tie, *Laïla Demirdache* and *Michael Bossin*, for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Marlys A. Edwardh and *Daniel Sheppard*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Andrew I. Nathanson and *Gavin Cameron*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Angus Grant, *Catherine Bruce*, *Laura Best* and *Fadi Yachoua*, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Andrew J. Brouwer, *Jennifer Bond* and *Erin Bobkin*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] On October 17, 2009, a vessel called the *Ocean Lady* was apprehended off the west coast of Vancouver Island, in British Columbia. Seventy-six people, among them the appellants, were aboard. All were Tamils from Sri Lanka. They claimed to have fled Sri Lanka because their lives were endangered in the aftermath of the civil war in that country. They asked for refugee status in Canada. None had the required legal documentation.

[2] The Crown claims that the four appellants — the captain and chief crew of the vessel — were the organizers of the venture. The Crown alleges that the majority of passengers each paid, or promised to pay, $30,000 to $40,000 for the voyage.

W. Paul Riley, *c.r.*, et *Banafsheh Sokhansanj*, pour l'intimée.

Hart Schwartz et *Padraic Ryan*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Chantal Tie, *Laïla Demirdache* et *Michael Bossin*, pour l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Marlys A. Edwardh et *Daniel Sheppard*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Andrew I. Nathanson et *Gavin Cameron*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Angus Grant, *Catherine Bruce*, *Laura Best* et *Fadi Yachoua*, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Andrew J. Brouwer, *Jennifer Bond* et *Erin Bobkin*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le 17 octobre 2009, l'*Ocean Lady* a été intercepté au large de la côte ouest de l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique, avec à son bord 76 personnes, dont les appelants. Tous des Tamouls du Sri Lanka, ils ont affirmé avoir fui leur pays parce que leur vie était en danger au lendemain de la guerre civile. Ils ont demandé l'asile au Canada. Aucun d'eux n'était muni des documents juridiques requis.

[2] Selon le ministère public, les quatre appelants — le capitaine et les principaux membres de l'équipage du bateau — avaient organisé l'affaire. Le ministère public fait valoir que la majorité des passagers avait payé, ou promis de payer, entre 30 000 $ et 40 000 $ chacun pour la traversée.

[3] The appellants were charged under s. 117 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("*IRPA*"), which makes it an offence to "organize, induce, aid or abet" the coming into Canada of people in contravention of the *IRPA*. Consequences of conviction could include lengthy imprisonment and disqualification from consideration as a refugee.

[4] Before their trial, the appellants challenged the constitutionality of s. 117 of the *IRPA*, on the ground that it infringes the right to life, liberty and security of the person enshrined in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled that the provision was unconstitutional because it criminalized not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees. The British Columbia Court of Appeal reversed that decision, and found the provision to be constitutional.

[5] For the reasons that follow, I conclude that, insofar as s. 117 permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst asylum-seekers or assistance to family members, it is unconstitutional.

II. Facts and Judicial History

A. *Facts*

[6] Canadian authorities intercepted the freighter ship *Ocean Lady* offshore of Vancouver Island. They found 76 passengers aboard; all were Tamil asylum-seekers from Sri Lanka who had boarded the ship in Southeast Asia: 24 boarded the ship in Indonesia between June and August 2009, and 52 in Thailand in September 2009. None of the 76 migrants had the proper documentation to enter Canada. Most had agreed to pay a sum of between $30,000 and $40,000 to come to Canada. Typically, down payments of $5,000 were exacted prior to

[3] Les appelants ont été accusés en vertu de l'art. 117 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), selon lequel commet une infraction quiconque « organise » l'entrée au Canada d'une personne en contravention à la *LIPR* « ou incite, aide ou encourage » une telle personne à entrer au Canada. Un verdict de culpabilité peut, entre autres conséquences, emporter une longue peine d'emprisonnement et faire obstacle à une demande d'asile.

[4] Avant leur procès, les appelants ont contesté la constitutionnalité de l'art. 117 de la *LIPR*, au motif qu'il viole le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon le juge du procès, l'art. 117 est inconstitutionnel parce qu'il criminalise non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d'aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, jugeant la disposition constitutionnelle.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que, dans la mesure où l'art. 117 permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d'aide humanitaire en faveur de sans-papiers, d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile ou d'aide fournie par une personne à des membres de sa famille, il est inconstitutionnel.

II. Les faits et les décisions des tribunaux inférieurs

A. *Les faits*

[6] Les autorités canadiennes ont intercepté l'*Ocean Lady*, un cargo, au large des côtes de l'île de Vancouver. Elles y ont trouvé 76 passagers; tous étaient des demandeurs d'asile tamouls du Sri Lanka qui avaient embarqué en Asie du Sud-Est : 24 en Indonésie entre juin et août 2009 et 52 en Thaïlande en septembre 2009. Aucun n'était muni des documents requis pour entrer au Canada. La plupart avaient accepté de payer entre 30 000 $ et 40 000 $ pour venir au Canada. Généralement, un versement initial de 5 000 $ avait été exigé avant l'embarquement, ainsi

boarding, together with undertaking a debt of another $25,000 to $35,000 to be paid subsequent to arrival in Canada.

[7] The four appellants, Francis Anthonimuthu Appulonappa, Hamalraj Handasamy, Jeyachandran Kanagarajah and Vignarajah Thevarajah, are alleged to have been the point persons for a transnational for-profit operation to smuggle undocumented migrants from Southeast Asia to Canada. They are said to have been responsible for organizing the asylum-seekers in Indonesia and Thailand prior to boarding the freighter, and serving as the chief crew of the ship on the voyage to Canada — Mr. Handasamy as captain, Mr. Thevarajah as chief engineer, and Mr. Kanagarajah and Mr. Appulonappa as key crew members.

[8] The appellants were charged with the offence of "Organizing entry into Canada" found in s. 117 of the *IRPA*, which, at the relevant time, provided:

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

[9] The *IRPA* was amended by the *Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17, ss. 41(1) and 41(4), whereby s. 117(1) was replaced by a new subsection and two subsections were added, which came into force on December 15, 2012. Section 117 as it was at the time of the alleged offences of the appellants is therefore no longer in force. The constitutionality of the current s. 117 is not before us.

B. *British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666*

[10] The appellants brought an application before Silverman J. on a *voir dire* for a declaration that s. 117 of the *IRPA* is unconstitutionally overbroad. They did not contend that s. 117 is unconstitutional as it applies to the allegations against them, which are that they were part of a for-profit smuggling operation. However, they argued that s. 117 is

qu'un engagement pour le paiement d'une dette de 25 000 $ à 35 000 $ dont les passagers devaient s'acquitter après leur arrivée au Canada.

[7] Les quatre appelants, Francis Anthonimuthu Appulonappa, Hamalraj Handasamy, Jeyachandran Kanagarajah et Vignarajah Thevarajah, auraient été les hommes de terrain d'une opération transnationale à but lucratif visant à faire passer des sans-papiers de l'Asie du Sud-Est au Canada. Ils auraient organisé les demandeurs d'asile en Indonésie et en Thaïlande avant leur embarquement et auraient constitué les membres d'équipage principaux du navire pendant la traversée vers le Canada — M. Handasamy à titre de capitaine, M. Thevarajah à titre de chef mécanicien et MM. Kanagarajah et Appulonappa à titre de membres clés de l'équipage.

[8] Les appelants ont été accusés d'« entrée illégale » en vertu de l'art. 117 de la *LIPR*, lequel disposait, à la date pertinente :

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

[9] La *LIPR* a été modifiée par la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, c. 17, par. 41(1) et (4), en vertu desquels le par. 117(1) a été remplacé et deux autres paragraphes ont été ajoutés à cet article. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 15 décembre 2012. L'article 117, tel qu'il était à l'époque des infractions que l'on reproche aux appelants, n'est donc plus en vigueur. La question de la constitutionnalité de l'art. 117 actuel ne nous a pas été soumise.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666*

[10] Dans le cadre d'un voir-dire, les appelants ont demandé au juge Silverman de déclarer que l'art. 117 de la *LIPR* était inconstitutionnel en raison de sa portée excessive. Ils n'ont pas fait valoir que cette disposition était inconstitutionnelle dans la mesure où elle s'appliquait aux faits qui leur sont reprochés, à savoir qu'ils faisaient partie d'une

unconstitutional because it may lead to the conviction of humanitarian workers or family members assisting asylum-seekers for altruistic reasons. They argued that convicting people in these categories exceeds the legislative intent of s. 117 and infringes the guarantee of liberty contrary to the principle of fundamental justice against overbreadth. This violation of the liberty guarantee in s. 7 of the *Charter* was not justified under s. 1 of the *Charter*, they submitted.

[11] The Crown accepted that the purpose of s. 117 was not to convict persons helping close family members come to Canada or persons providing legitimate humanitarian aid to people coming to Canada. However, it argued that this did not render s. 117 overbroad because s. 117(4) of the *IRPA* required that the Attorney General of Canada authorize prosecution, which would allow him to screen out people in these categories.

[12] Silverman J. concluded that, as the Crown contended, the purpose of s. 117 does not extend to prosecution of genuine humanitarian aid workers or family members. Because s. 117 permits the prosecution of such persons, it violates the s. 7 guarantee of liberty in a way that is overbroad, and hence not in accord with the principles of fundamental justice. Silverman J. held that s. 117 could not be interpreted or "read down" to make it *Charter* compliant and that the prior consent to prosecution required by s. 117(4) does not save s. 117 from being unconstitutionally overbroad. Nor, in his view, was the overbreadth justified under s. 1 of the *Charter*. Silverman J. therefore declared s. 117 of the *IRPA* to be inconsistent with s. 7 of the *Charter* and hence of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. He ordered that the indictments of the appellants be quashed: 2013 BCSC 198.

opération de passage de clandestins à des fins lucratives. Ils ont plutôt avancé que l'art. 117 était inconstitutionnel parce qu'il pouvait entraîner la condamnation de travailleurs humanitaires ayant aidé par altruisme des demandeurs d'asile ou de personnes ayant fait de même pour des membres de leur famille. À leur avis, incriminer de telles personnes outrepasse l'intention du législateur relativement à l'art. 117 et viole la garantie de liberté en contrevenant au principe de justice fondamentale qui interdit la portée excessive. Cette atteinte à la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte* n'était pas, affirment-ils, justifiée au regard de l'article premier.

[11] Le ministère public a convenu que l'objet de l'art. 117 ne consistait pas à condamner des personnes qui aident des proches parents à entrer au Canada ou qui fournissent légitimement de l'aide humanitaire à des gens qui entrent au Canada. Il a cependant affirmé que l'art. 117 n'avait pas une portée excessive pour autant, étant donné que le par. 117(4) de la *LIPR* exige que le procureur général du Canada autorise les poursuites, ce qui permet d'écarter les personnes qui appartiennent à ces catégories.

[12] Le juge Silverman a conclu, comme le soutenait le ministère public, que l'objet de l'art. 117 ne s'étendait pas à la poursuite de véritables travailleurs humanitaires ou de membres d'une famille qui s'entraident. Or, puisque l'art. 117 permet que ces personnes soient poursuivies, il viole la liberté garantie par l'art. 7 d'une manière excessive et, partant, contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge Silverman a estimé qu'on ne pouvait donner à l'art. 117 une interprétation atténuée qui serait conforme à la *Charte* et que le consentement préalable du procureur général prévu au par. 117(4) et auquel toute poursuite est subordonnée n'empêchait pas l'art. 117 d'être inconstitutionnel pour cause de portée excessive. Cette portée excessive n'était pas non plus, à son avis, justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Le juge Silverman a donc déclaré l'art. 117 de la *LIPR* incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* et inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a ordonné l'annulation des actes d'accusation formulés contre les appelants (2013 BCSC 198).

C. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98*

[13] Before the Court of Appeal, the Crown changed its submission on the purpose of s. 117 of the *IRPA*. It submitted that s. 117 was enacted to prevent all organizing or assisting of unlawful entry of others into Canada, including assistance to close family members and humanitarian assistance. This, the Crown said, was required to further Canada's goals of (1) controlling who enters its territory; (2) protecting the health, safety, and security of Canadians; (3) preserving the integrity and efficacy of Canada's lawful immigration and refugee claims regimes; and (4) promoting international justice and cooperation with other states on matters of security.

[14] The Court of Appeal accepted this revised submission as the purpose of s. 117 of the *IRPA* and on that basis held it to be constitutional. Neilson J.A. (Bennett and Hinkson JJ.A. concurring) concluded that Canadian laws criminalizing assistance to undocumented migrants have not historically allowed exceptions based on the offender's motive or other characteristics. When the provision at issue was enacted in 1988, the question of whether humanitarian workers should be exempted received attention, but Parliament, concerned about "definitional difficulties" and "loopholes", rejected creating an exception for these groups: para. 107. The purpose of s. 117 therefore aligned with its reach, and the provision was not overbroad.

[15] The court added that the s. 117(4) requirement of the Attorney General's consent to prosecute would guard against improper prosecutions on humanitarian grounds, family grounds or other grounds. If the Attorney General were to authorize prosecution of people assisting close family members or providing humanitarian assistance, the vice would not be overbreadth of s. 117(1), but the

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98*

[13] Devant la Cour d'appel, le ministère public a modifié son argument concernant l'objet de l'art. 117 de la *LIPR*. Il a fait valoir que cette disposition avait été adoptée afin d'interdire toute organisation d'entrée illégale au Canada et toute aide à l'entrée illégale au Canada, y compris l'aide humanitaire et l'assistance fournie par une personne à de proches parents, ce qui, selon le ministère public, permettait de favoriser la réalisation des objectifs suivants du Canada : (1) le droit de regard sur les entrées sur son territoire; (2) la protection de la santé des Canadiens et la garantie de leur sécurité; (3) le maintien de l'intégrité et de l'efficacité des régimes légitimes d'immigration et d'asile du Canada et (4) la promotion de la justice et de la coopération à l'échelle internationale relativement aux questions de sécurité.

[14] La Cour d'appel a accepté cet argument modifié concernant l'objet de l'art. 117 de la *LIPR* et, sur ce fondement, a conclu à la constitutionnalité de la disposition. Selon la juge Neilson (avec l'accord des juges Bennett et Hinkson), historiquement, les lois canadiennes qui ont criminalisé l'aide aux sans-papiers n'ont jamais prévu d'exception fondée sur le mobile du contrevenant ou d'autres caractéristiques. En 1988, à l'époque de l'adoption de la disposition en cause, la création d'une exception visant les travailleurs humanitaires a été envisagée, mais le législateur, soucieux [TRADUCTION] « des difficultés que présentent les définitions » et des « failles », l'a rejetée (par. 107). La cour estimait que l'objet de l'art. 117 s'accordait avec sa portée, et que cette disposition n'avait pas une portée excessive.

[15] La cour a ajouté que le consentement du procureur général exigé au par. 117(4) préalablement à une poursuite permettait d'éviter des poursuites injustifiées contre des personnes ayant agi pour des raisons d'ordre humanitaire, familial ou autre. Si le procureur général autorisait la poursuite de quiconque a aidé des parents proches ou fourni de l'aide humanitaire, le défaut serait attribuable, non

improper exercise of ministerial discretion under s. 117(4).

[16] In the result, the Court of Appeal allowed the appeal, overturned the declaration of invalidity, set aside the acquittals and remitted the matter for trial.

III. The Statutory Scheme

[17] The *IRPA* (relevant provisions set out in Appendix A) is a complex statute dealing with the entry into Canada of foreign nationals through two processes — the immigration process and the refugee protection process. We are here concerned primarily with the refugee protection process. The *IRPA* aims to establish "fair and efficient [refugee] procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings": s. 3(2)(*e*). Both goals are underpinned by Canada's adhesion to international conventions and protocols, discussed more fully below.

[18] A significant concern for the integrity of Canada's refugee protection system is the threat posed to it by the entry to Canada of unauthorized persons outside the lawful refugee regime. As part of combating this threat, the *IRPA* contains two provisions which sanction individuals for helping others to enter Canada without the documents required by border authorities.

[19] Section 37(1)(*b*) of the *IRPA* renders a person inadmissible to Canada where the person has "engag[ed], in the context of transnational crime", in people smuggling, and, in effect, prevents that person's refugee claim from being determined on its merits. Section 117, under the marginal note "Organizing entry into Canada", creates an offence. At the relevant time, it read:

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons

pas à la portée excessive du par. 117(1), mais à l'exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire que le par. 117(4) accorde au ministre.

[16] En conséquence, la Cour d'appel a accueilli l'appel, infirmé la déclaration d'invalidité, annulé les acquittements et renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée en première instance.

III. Le régime législatif

[17] La *LIPR* (dont les dispositions pertinentes figurent à l'annexe A) est un instrument complexe qui encadre l'entrée au Canada de ressortissants étrangers par deux filières : celle de l'immigration et celle de la protection des réfugiés. Le présent pourvoi porte principalement sur la seconde. La *LIPR* vise à mettre en place à l'intention des réfugiés « une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain » (al. 3(2)*e*)). Ces deux objectifs reposent sur l'adhésion du Canada à des conventions et protocoles internationaux que nous examinerons davantage plus loin.

[18] Un important risque pour l'intégrité du processus canadien de protection des réfugiés est l'entrée au Canada de personnes non autorisées qui contournent ce régime légitime. Pour lutter contre une telle menace, la *LIPR* prévoit deux dispositions qui sanctionnent les personnes qui en aident d'autres à entrer au Canada sans être munies des documents requis par les autorités frontalières.

[19] L'alinéa 37(1)*b*) de la *LIPR* a pour effet d'interdire une personne de territoire si elle s'est livrée, « dans le cadre de la criminalité transnationale », au passage de clandestins et fait obstacle à l'examen au fond de sa demande d'asile. L'article 117, placé sous la note marginale « Entrée illégale », crée une infraction. Il était ainsi rédigé à la date pertinente :

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs

who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.[1]

[20] Sections 117(2) and 117(3) provide penalties of imprisonment and fines. At the time of the charges at issue in this case, s. 121(1)(*c*) of the *IRPA* under the marginal note "Aggravating factors", stipulated that committing the offence for profit was a fact to be considered in sentencing under s. 117.[2]

[21] Subsection (4) provides a screening mechanism for instituting proceedings under s. 117 — prosecutions can proceed only with the consent of the Attorney General.

[22] In summary, participating in the unauthorized entry of other people into Canada may have two consequences under the *IRPA*. First, it may result in prosecution and imprisonment and/or substantial fines upon conviction under s. 117. Second, it may render a person who engages in certain proscribed activities inadmissible to Canada under s. 37(1)(*b*). The first consequence — prosecution under s. 117 — is the subject of this appeal. The second consequence — inadmissibility to Canada — is the subject of the companion appeals in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704.

IV. The Issues

[23] The *Charter* applies to foreign nationals entering Canada without the required documentation: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. Section 7 of the *Charter* provides:

1 The current version reads: "No person shall organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons knowing that, or being reckless as to whether, their coming into Canada is or would be in contravention of this Act."

2 In the current version of the *IRPA*, the content of this provision, as amended, is now contained in s. 117 itself.

personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada[1].

[20] Les paragraphes 117(2) et (3) prévoient des peines d'emprisonnement et des amendes. À l'époque des accusations, aux termes de l'al. 121(1)*c*) de la *LIPR*, dont la note marginale indiquait « Infliction de la peine », le tribunal devait tenir compte, pour la détermination de la peine visée à l'art. 117, du fait que l'infraction avait été perpétrée en vue d'en tirer un profit[2].

[21] Le paragraphe 117(4) prévoit un mécanisme de filtrage : les poursuites sont subordonnées au consentement du procureur général.

[22] Bref, participer à l'entrée non autorisée d'autres personnes au Canada peut entraîner deux conséquences sous le régime de la *LIPR*. Premièrement, l'acte est susceptible de mener à des poursuites, et une déclaration de culpabilité sur le fondement de l'art. 117 risque de se traduire par une peine d'emprisonnement ou des amendes substantielles ou les deux. Deuxièmement, la personne qui se livre à certaines activités prohibées risque d'être interdite de territoire au Canada en vertu de l'al. 37(1)*b*). La première conséquence — les poursuites intentées en vertu du l'art. 117 — est l'objet du présent pourvoi. La deuxième conséquence — l'interdiction de territoire au Canada — est l'objet des pourvois connexes *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704.

IV. Les questions en litige

[23] La *Charte* s'applique aux ressortissants étrangers qui entrent au Canada sans documents (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177). L'article 7 de la *Charte* dispose :

1 Le libellé de la version actuelle est le suivant : « Il est interdit à quiconque d'organiser l'entrée au Canada d'une ou de plusieurs personnes ou de les inciter, aider ou encourager à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la présente loi ou en ne se souciant pas de ce fait. »

2 Dans la version actuelle de la *LIPR*, cette disposition et ses modifications sont intégrées à l'art. 117.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

As a penal provision with potential sentences up to life imprisonment, it is clear that s. 117 of the *IRPA* threatens liberty and hence engages s. 7 of the *Charter*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 492.

[24] The main issue before us is whether s. 117 of the *IRPA* threatens liberty, protected by s. 7 of the *Charter*, in a manner contrary to the principles of fundamental justice. If the answer is yes, a second question arises: Is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*? If the answer to this second question is no, a final question arises: What is the appropriate remedy for the constitutional infirmity in s. 117?

[25] The appellants contend that s. 117 violates s. 7 of the *Charter* because the provision catches two categories of people outside its purpose — people who assist close family members to come to Canada and humanitarians who assist those fleeing persecution to come to Canada, in each case without required documents. The appellants say that s. 117 is therefore overbroad, contrary to the principles of fundamental justice. They also argue that s. 117 offends the principles of fundamental justice because its impact on liberty is grossly disproportionate to the conduct it targets, because it is unconstitutionally vague, and because it perpetuates inequality.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Comme l'art. 117 de la *LIPR* prévoit des peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité, il constitue une menace à la liberté qui fait manifestement entrer en jeu l'art. 7 de la *Charte* (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 492).

[24] La principale question dont nous sommes saisis est de savoir si l'art. 117 de la *LIPR* menace la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte* d'une manière qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, une deuxième question se pose : cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*? Si la réponse à cette deuxième question est négative, une dernière question se pose : quelle est la réparation qu'il convient d'appliquer à l'égard de l'inconstitutionnalité de l'art. 117?

[25] Les appelants font valoir que l'art. 117 viole l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il fait entrer dans son champ d'application deux catégories de personnes qui ne sont pas visées par son objet — les personnes qui assistent des parents proches à entrer au Canada et les travailleurs humanitaires qui aident des personnes fuyant la persécution à entrer au Canada, dans les deux cas sans les documents requis. Selon les appelants, l'art. 117 a donc une portée excessive, ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Ils affirment également que la disposition enfreint les principes de justice fondamentale parce que son effet sur la liberté est exagérément disproportionné par rapport à la conduite qu'elle sanctionne, parce qu'elle est inconstitutionnelle pour cause d'imprécision et parce qu'elle perpétue l'inégalité.

V. Discussion

A. *Does Section 117 of the IRPA Violate Section 7 of the Charter?*

(1) Overbreadth

[26] A law is said to violate our basic values by being overbroad when "the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective": *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 101. As stated in *Bedford*, "[o]verbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others": para. 113; see also *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 85.

[27] The first step in the overbreadth inquiry is to determine the object of the impugned law. The second step is to determine whether the law deprives individuals of life, liberty or security of the person in cases that do not further that object. To the extent the law does this, it deprives people of s. 7 rights in a manner that infringes the principles of fundamental justice.

[28] The appellants argue that s. 117 is overbroad, not as it applies to the conduct alleged against them, but as it applies to other reasonably foreseeable situations. It is indeed established that a court may consider "reasonable hypotheticals" to determine whether a law is consistent with the *Charter*: see *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773.

[29] The first scenario the appellants ask us to consider is the situation of a person assisting a close family member to flee to Canada. The appellants cite as examples a mother carrying her small child, or the father of a household taking his family dependants with him aboard a boat. This scenario could also encompass cases of mutual assistance

V. Discussion

A. *L'article 117 de la LIPR enfreint-il l'art. 7 de la Charte?*

(1) La portée excessive

[26] On dira d'une loi qu'elle viole nos valeurs fondamentales du fait de sa portée excessive lorsqu'elle « va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 101). Comme la Cour l'indique dans l'arrêt *Bedford*, « [l]'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres » (par. 113; voir également *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 85).

[27] Dans l'analyse de la portée excessive, le premier volet sert à définir l'objet de la loi attaquée. Le deuxième vise à déterminer si la loi prive une personne de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne dans les cas où la réalisation de cet objet n'est pas favorisée. Dans la mesure où c'est le cas, la loi prive alors la personne de ses droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale.

[28] Les appelants affirment que la portée de l'art. 117 est excessive, non pas dans son application à la conduite qui leur est reprochée, mais parce qu'il peut s'appliquer à d'autres situations raisonnablement prévisibles. Selon un principe bien établi, le tribunal peut tenir compte de « situations hypothétiques raisonnables » afin de déterminer si une loi est conforme à la *Charte* (voir *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773).

[29] Le premier scénario que les appelants nous demandent d'examiner est celui d'une personne qui aide un proche parent à se réfugier au Canada. Les appelants donnent l'exemple d'une mère qui porte son jeune enfant dans ses bras et celui d'un père de famille qui fait monter les personnes à sa charge avec lui à bord d'un bateau. Ce scénario pourrait

among unrelated asylum-seekers. Indeed, refugees mutually assisting one another in their collective flight to safety is not meaningfully different from family members assisting one another and, as showed by the companion case *B010*, is a reasonably foreseeable situation.

[30] The second scenario advanced by the appellants is the case of a person who, for humanitarian motives, helps people to flee from persecution. History is replete with examples of people who have aided others to flee persecution for humanitarian reasons. Sometimes the person is acting as an individual. Sometimes the person is a member of an organization devoted to helping people flee lands where they face threats and persecution. Church groups may help undocumented people find refugee protection in Canada: *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd Sess., 33rd Parl., August 12, 1987, at p. 8002 (Hon. Gerry Weiner, Minister of State (Immigration)). Humanitarian aid to fleeing people is not merely hypothetical; it is a past and current reality.

(a) *The Object of Section 117 of the IRPA*

[31] As discussed, overbreadth analysis turns on whether the reach of the law exceeds its object. The first step is therefore to determine the object of s. 117.

[32] The Crown argues that the purpose of s. 117 is to catch all acts that in any way assist the entry of undocumented migrants. On this interpretation, s. 117 cannot be overbroad. The appellants, by contrast, submit that the offence of "human smuggling" has a narrower purpose than the Crown asserts, making it overbroad in catching all acts of assistance.

[33] As with statutory interpretation, determining legislative purpose requires us to consider statements of legislative purpose together with the words of the provision, the legislative context, and other

s'étendre aussi aux demandeurs d'asile sans lien de parenté qui s'assistent mutuellement. En effet, la situation de demandeurs d'asile qui s'entraident au cours de leur fuite collective vers la sécurité ne diffère pas de manière significative de celle de membres d'une famille qui s'aident l'un l'autre et, comme le démontre l'arrêt connexe *B010*, c'est une situation raisonnablement prévisible.

[30] Le second scénario mis de l'avant par les appelants est celui d'une personne qui, pour des raisons d'ordre humanitaire, en aide d'autres à fuir la persécution. L'histoire regorge d'exemples de ce genre. Il arrive qu'une telle personne agisse en son nom propre. Il arrive aussi qu'elle soit membre d'une organisation qui se charge d'aider des gens à fuir des pays où ils sont exposés à des menaces et à la persécution. Il arrive que des congrégations aident des sans-papiers à obtenir l'asile au Canada (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2e sess., 33e lég., 12 août 1987, p. 8002 (l'hon. Gerry Weiner, ministre d'État (Immigration))). L'aide humanitaire aux personnes qui fuient la persécution n'appartient pas à l'hypothétique; il s'agit d'une réalité tant historique que contemporaine.

a) *L'objet de l'art. 117 de la LIPR*

[31] Comme nous l'avons vu, l'analyse de la portée excessive cherche à déterminer si la portée de la loi dépasse son objet. La première étape consiste donc à circonscrire l'objet de l'art. 117.

[32] Le ministère public prétend que l'objet de l'art. 117 consiste à faire tomber sous le coup de la loi tout acte qui aide de quelque façon que ce soit des sans-papiers à entrer au Canada. Selon cette interprétation, la portée de l'art. 117 ne peut être excessive. Les appelants, en revanche, affirment que l'infraction de passage de clandestins a un objet plus restreint que celui qu'avance le ministère public, ce qui signifie que la disposition a une portée excessive du fait qu'elle criminalise tous les actes d'aide.

[33] Tout comme en matière d'interprétation législative, pour déterminer l'objet d'une loi, on doit tenir compte des énoncés faits quant à son objet, de son libellé, du contexte législatif et d'autres

relevant factors: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 268-87; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 879-82. Where legislation is enacted in the context of international commitments, international law may also be of assistance.

[34] For the reasons that follow, I agree with the appellants that the purpose of s. 117 is narrower than that asserted by the Crown. The text of s. 117 is admittedly broad. However, a narrow purpose emerges from (1) the international instruments to which Canada has subscribed; (2) the role of s. 117 in relation to the statute as a whole, in particular s. 37(1); (3) the *IRPA*'s statements of legislative purpose; (4) the evolution of s. 117; and (5) the parliamentary debates. Considering these indicia of purpose, it becomes evident that the true purpose of s. 117 is to combat people smuggling. The meaning of "people smuggling", a term found in s. 37(1)(*b*) of the *IRPA*, is the subject of the companion case *B010*, and excludes mere humanitarian conduct, mutual assistance or aid to family members. I conclude that s. 117 violates the *Charter* by catching these categories of conduct outside the provision's purpose.

(i) The Text of the Provision

[35] At the relevant time, the text of s. 117 read as follows:

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(*a*) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than $500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

facteurs pertinents (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 268-287; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 879-882). Il peut également être utile de consulter le droit international dans les cas où la loi est adoptée à la suite d'engagements internationaux.

[34] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec les appelants pour dire que l'objet de l'art. 117 est plus restreint que ne l'entend le ministère public. Certes, le libellé de l'art. 117 ratisse large. Or, on peut dégager un objet restreint des éléments suivants : (1) les instruments internationaux auxquels est partie le Canada; (2) le rôle de l'art. 117 à la lumière de la loi dans son ensemble et, plus particulièrement, du par. 37(1); (3) les énoncés quant à l'objet de la *LIPR*; (4) l'évolution de l'art. 117 et (5) les débats parlementaires. Il ressort de ces indices que l'objet véritable de l'art. 117 constitue la lutte contre le passage de clandestins. Le sens du terme « passage de clandestins », qui figure à l'al. 37(1)*b*) de la *LIPR*, est le sujet de l'affaire connexe *B010*. Il ne vise pas de simples actes humanitaires, ni l'assistance mutuelle ou l'aide fournie par une personne à des membres de sa famille. Je conclus que l'art. 117 contrevient à la *Charte* parce qu'il fait entrer dans son champ d'application ces catégories d'actes qui outrepassent son objet.

(i) Le libellé de la disposition

[35] À l'époque pertinente, l'art. 117 était ainsi libellé :

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than $1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(*b*) on summary conviction, to a fine of not more than $100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than $1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

[36] All agree that the text of s. 117(1) is broad enough to catch assistance to close family members and humanitarian assistance. It may be argued that since Parliament used these words, that is what it intended. However, the doctrine of overbreadth recognizes that sometimes "the State, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective": *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 792; *Bedford*, at para. 101; *Carter*, at para. 85. The potential for "failures of instrumental rationality", in which a given law is not a rational means to achieve a legislative objective, requires courts to go further than the text alone, and ask whether other considerations suggest Parliament's purpose was narrower: *Bedford*, at para. 107.

[37] Before leaving the text, it may be noted that despite the broad wording of the subsection that provides the elements of the offence (s. 117(1)), other portions of the text of s. 117 support the view that Parliament's purpose was *not* to criminalize family or humanitarian assistance. The marginal note of s. 117, "Organizing entry into Canada", read with the subheading "Human Smuggling and Trafficking", while not to be accorded great weight (see Sullivan, at pp. 465-68), suggests that the provision

(ii) en cas de récidive, d'une amende maximale de un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l'une de ces peines;

b) par procédure sommaire, d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l'une de ces peines.

(3) [Peines] L'auteur de l'infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n'est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

[36] Tous conviennent que le par. 117(1) est libellé en termes suffisamment larges pour s'appliquer à l'aide humanitaire ainsi qu'à l'assistance fournie par une personne à des parents proches. On pourrait faire valoir que le législateur l'entendait ainsi puisqu'il a choisi cette formulation. Or, suivant la doctrine de la portée excessive, il se peut que « dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif » (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 792; *Bedford*, par. 101; *Carter*, par. 85). La possibilité d'un « manque de logique fonctionnelle », soit qu'une disposition donnée ne permette pas logiquement de réaliser l'objet de la loi, commande aux tribunaux de ne pas s'en tenir uniquement au libellé et de se demander si d'autres considérations donnent à penser que l'intention du législateur était plus restreinte (*Bedford*, par. 107).

[37] Avant de conclure mes observations concernant le libellé, je signale que, malgré les termes généraux du paragraphe qui prévoit les éléments de l'infraction (par. 117(1)), d'autres parties de l'art. 117 étayent le point de vue selon lequel l'intention du législateur *n*'était *pas* de criminaliser l'entraide familiale ou l'aide humanitaire. La note marginale de l'art. 117, « Entrée illégale », envisagée à la lumière de la rubrique intitulée « Organisation d'entrée illégale au Canada », bien qu'il

is aimed at activity in connection with the smuggling of persons in the context of organized crime, as contrasted with providing humanitarian assistance or aiding close family members to enter a country without the required documents.[3]

[38] Sections 117(2) and 117(3) also support the view that Parliament's intent was to catch smuggling activity in the context of organized crime, rather than humanitarian, mutual or family assistance. These subsections provide for significantly increased sanctions based on the number of persons brought in. This suggests a heightened focus on large-scale smuggling operations.

[39] Finally, the requirement in s. 117(4) that no prosecution occur without the Attorney General's consent suggests that s. 117 was not intended to convict everyone who falls within s. 117(1)'s broad ambit, as discussed more fully below.

(ii) Canada's International Obligations

[40] As a matter of statutory interpretation, legislation is presumed to comply with Canada's international obligations, and courts should avoid

3 While the French subheading — "*Organisation d'entrée illégale au Canada*" — does not refer to smuggling or other criminality, it matches the marginal note of the English version, which falls underneath the subheading "Human Smuggling and Trafficking". Accordingly, the shared meaning rule of statutory interpretation in the case of bilingual legislation (Sullivan, at pp. 118-19) dictates that the activity of organizing illegal entry is a subset of human smuggling and trafficking. The broadest potential interpretation would therefore be that it covers either of smuggling or trafficking. More plausibly, since it is undisputed that s. 118 deals with trafficking, that leaves s. 117 as the provision that concerns smuggling.

ne faille pas y accorder beaucoup de poids (voir Sullivan, p. 465-468), donne à penser que la disposition vise les activités liées au passage de clandestins dans le contexte du crime organisé, plutôt que l'aide humanitaire apportée à quelqu'un cherchant à entrer au pays sans être muni des documents requis ou l'assistance fournie par une personne dans ce but à des parents proches[3].

[38] Les paragraphes 117(2) et (3) étayent également le point de vue selon lequel le législateur entendait que la disposition s'applique au passage de clandestins dans le contexte du crime organisé, et non à des actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale. En effet, ces dispositions prévoient des peines alourdies pour l'auteur de l'infraction qui a fait entrer au Canada plus d'un certain nombre de personnes, ce qui suggère que l'infraction qui intéressait particulièrement le législateur était le passage organisé de clandestins à grande échelle.

[39] Enfin, le fait que le par. 117(4) subordonne toute poursuite au consentement du procureur général laisse entendre que l'art. 117 n'est pas censé donner lieu à la condamnation de tous ceux à qui les termes très généraux de son par. (1) s'appliquent, ainsi que nous le verrons plus en détail.

(ii) Les obligations internationales du Canada

[40] Suivant les règles d'interprétation des lois, la loi est présumée respecter les obligations internationales du Canada, et les tribunaux devraient éviter

3 Bien que la rubrique du texte français — « Organisation d'entrée illégale au Canada » — ne renvoie ni au passage de clandestins ni à une autre activité criminelle, elle traduit la même notion que la note marginale de la version anglaise « *Organizing entry into Canada* », qui figure sous la rubrique « *Human Smuggling and Trafficking* ». Par conséquent, la règle d'interprétation des lois selon laquelle une loi bilingue exige la recherche du sens commun aux deux versions (Sullivan, p. 118-119) commande que l'organisation d'entrée illégale soit une composante du passage de clandestins et du trafic de personnes. L'interprétation la plus large de la disposition serait qu'elle s'applique soit au passage de clandestins, soit au trafic de personnes. Vu qu'il est acquis aux débats que l'art. 118 s'applique au trafic de personnes, l'art. 117 est vraisemblablement la disposition qui s'applique au passage de clandestins.

interpretations that would violate those obligations. Courts must also interpret legislation in a way that reflects the values and principles of customary and conventional international law: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 34. Section 3 of the *IRPA* also requires that the *IRPA* be interpreted in a manner that complies with Canada's international obligations, including "international human rights instruments to which Canada is signatory": s. 3(3)(*f*); see also s. 3(2)(*b*). The relevant international instruments to which Canada has subscribed should therefore shed light on the parliamentary purpose behind s. 117 of the *IRPA*.

[41] The provisions of the *IRPA* relating to the fight against the assisting of unauthorized entry of persons to Canada respond to Canada's international commitments related to these matters in the *Convention relating to the Status of Refugees*, 189 U.N.T.S. 150 ("*Refugee Convention*"), the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 U.N.T.S. 209, the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2241 U.N.T.S. 480 ("*Smuggling Protocol*"), and the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2237 U.N.T.S. 319.

[42] The *Refugee Convention* reflects humanitarian concerns. It provides that states must not impose penalties for illegal entry on refugees who come directly from territories in which their lives or freedom are threatened and who are present on the territory of the foreign state without authorization, "provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence": art. 31(1).

les interprétations inconciliables avec celles-ci. Les tribunaux doivent également interpréter la loi d'une manière qui reflète les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 34). L'article 3 de la *LIPR* exige en outre que l'interprétation de cette loi ait pour effet de respecter les obligations internationales du Canada, notamment les « instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » (al. 3(3)*f*); voir également l'al. 3(2)*b*)). Les instruments internationaux pertinents auxquels le Canada est partie devraient donc faire la lumière sur l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'art. 117 de la *LIPR*.

[41] Les dispositions de la *LIPR* qui concernent la lutte contre l'aide à l'entrée non autorisée au Canada font écho aux engagements internationaux que le Canada a pris à cet égard en adhérant à la *Convention relative au statut des réfugiés*, 189 R.T.N.U. 150 (« *Convention relative aux réfugiés* »), la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2225 R.T.N.U. 209, le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2241 R.T.N.U. 480 (« *Protocole contre le trafic illicite* »), et le *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 2237 R.T.N.U. 319.

[42] La *Convention relative aux réfugiés* répond à des préoccupations d'ordre humanitaire. Elle précise que les États ne doivent pas appliquer de sanctions pénales, du fait de leur entrée irrégulière, aux réfugiés qui arrivent directement d'un territoire où leur vie ou leur liberté est menacée et qui se trouvent sur leur territoire sans autorisation, « sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières » (par. 31(1)).

[43] Consistent with this, s. 133 of the *IRPA* provides that foreign nationals who enter Canada without documents cannot be charged with illegal entry or presence while their refugee claims are pending. As I explain in *B010*, art. 31(1) of the *Refugee Convention* seeks to provide immunity for genuine refugees who enter illegally in order to seek refuge. For that protection to be effective, the law must recognize that persons often seek refuge in groups and work together to enter a country illegally. To comply with art. 31(1), a state cannot impose a criminal sanction on refugees solely because they have aided others to enter illegally in their collective flight to safety.

[44] The *Smuggling Protocol* is concerned with stopping the organized crime of people smuggling. It seeks to prevent and combat the smuggling of migrants and to promote cooperation among states to this end, while protecting the rights of smuggled migrants: art. 2. Article 6(1)(a) requires signatory states to adopt measures to establish migrant smuggling as a criminal offence. The *Smuggling Protocol* includes as a minimum definition for this offence, procuring illegal entry of a person into a state of which the person is not a national or a permanent resident, "in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit": art. 3(a). As I explain in *B010*, the *Smuggling Protocol* was not directed at family members or humanitarians: paras. 60 and 68. Furthermore, while the *Smuggling Protocol* permits subscribing states to enact national laws criminalizing migration-related offences, it includes a "saving clause" that provides that nothing in the *Smuggling Protocol* "shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law": art. 19(1). It would depart from the balance struck in the *Smuggling Protocol* to allow prosecution for mutual assistance among refugees, family support and reunification, and humanitarian aid. This suggests that the Crown's broad interpretation of s. 117's purpose is inconsistent with the

[43] Conformément à cette disposition de la Convention, l'art. 133 de la *LIPR* prévoit que les sans-papiers qui entrent au Canada ne peuvent, tant qu'il n'est pas statué sur leur demande d'asile, être accusés d'entrée ou de présence irrégulières. Ainsi que je l'explique dans l'arrêt *B010*, le par. 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* cherche à protéger les véritables réfugiés qui entrent illégalement au pays pour y demander l'asile. Pour qu'ils soient effectivement protégés, il faut que la loi reconnaisse que souvent les demandeurs d'asile se regroupent et s'entraident pour entrer illégalement dans un pays. L'État qui respecte le par. 31(1) ne peut infliger de sanctions pénales aux demandeurs d'asile simplement parce qu'ils en ont aidé d'autres à entrer illégalement dans un pays au cours de leur fuite collective vers la sécurité.

[44] Le *Protocole contre le trafic illicite* vise à mettre fin à la criminalité organisée dans le passage de clandestins. Il cherche à la prévenir et à la combattre, ainsi qu'à favoriser la coopération entre les États à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants qui sont l'objet d'un tel trafic (art. 2). L'alinéa 6(1)a) exige que les États signataires adoptent des mesures pour conférer le caractère d'infraction pénale au trafic illicite de migrants. Le *Protocole contre le trafic illicite* prévoit minimalement que cette infraction consiste à assurer l'entrée illégale dans un État d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État « afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » (al. 3a)). J'explique dans l'arrêt *B010* que le *Protocole contre le trafic illicite* ne vise pas les activités de membres d'une famille ou de travailleurs humanitaires (par. 60 et 68). Par ailleurs, bien que le *Protocole contre le trafic illicite* permette aux États signataires d'adopter des lois nationales qui criminalisent les infractions liées à la migration, il prévoit une « clause de sauvegarde » selon laquelle aucune de ses dispositions « n'a incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme » (par. 19(1)). En permettant que soient

Smuggling Protocol's object of protecting the rights of smuggled migrants.

[45] In dealing with conflicting statements of the legislative objects of a statute, the way forward lies in an interpretation which harmonizes obligations in the international instruments to which Canada is a party in a way that avoids conflict and gives expression to each of the various commitments. I conclude that read together in this way, Canada's international commitments support the view that the purpose of s. 117 is to permit the robust fight against people smuggling in the context of organized crime. This excludes criminalizing conduct that amounts solely to humanitarian, mutual or family aid.

(iii) The Role of Section 117 Within the *IRPA*

[46] Section 117 of the *IRPA* must also be read harmoniously with other provisions of the statute.

[47] Section 117 of the *IRPA* falls under Part 3 of the *IRPA*, entitled "Enforcement". Section 117 of the *IRPA* and the provisions that follow it fall under the subheading "Human Smuggling and Trafficking". Section 118 creates the offence of human trafficking, leaving s. 117, as noted, to constitute the offence of human smuggling. The only other references in the *IRPA* to smuggling or trafficking are contained in s. 37(1)(*b*), which renders inadmissible to Canada a person who has engaged in smuggling or trafficking in persons.

[48] As explained in *B010*, the conduct captured by s. 37(1)(*b*) is that which is set out in the *Smuggling Protocol*. In that context, people smuggling

intentées des poursuites visant des actes d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile, des actes d'entraide familiale et de réunification des familles ou encore des actes d'aide humanitaire, on romprait l'équilibre établi par le *Protocole contre le trafic illicite*. Ainsi, on peut penser que l'interprétation libérale de l'objet de l'art. 117 avancée par le ministère public est inconciliable avec l'objet du *Protocole contre le trafic illicite*, qui est de protéger les droits des migrants objet de trafic illicite.

[45] Lorsque les tribunaux doivent examiner des énoncés contradictoires quant à l'objet d'une loi, la solution consiste dans une interprétation de cette dernière qui s'harmonise avec les obligations prévues dans les instruments internationaux auxquels le Canada est partie afin d'éviter les conflits et de donner effet à chacun des différents engagements. À mon avis, il ressort des engagements internationaux du Canada, dont l'interprétation éclaire celle de la loi, que l'objet de l'art. 117 est de lutter vigoureusement contre le passage de clandestins dans le contexte de la criminalité organisée, et non de criminaliser les actes qui constituent uniquement de l'aide humanitaire, de l'assistance mutuelle ou de l'entraide familiale.

(iii) Le rôle de l'art. 117 dans la *LIPR*

[46] L'article 117 de la *LIPR* doit en outre s'harmoniser avec les autres dispositions de la loi.

[47] Il figure à la partie 3 de la *LIPR*, intitulée « Exécution ». L'article 117 et les dispositions suivantes paraissent sous la rubrique « Organisation d'entrée illégale au Canada ». Étant donné que l'art. 118 crée l'infraction de trafic de personnes, il s'ensuit, comme je l'ai expliqué précédemment, que l'art. 117 crée l'infraction de passage de clandestins. La seule autre mention dans la *LIPR* du passage de clandestins ou du trafic de personnes figure à l'al. 37(1)*b*), lequel interdit de territoire au Canada quiconque se livre à l'une ou l'autre de ces activités.

[48] Ainsi que je l'explique dans l'arrêt *B010*, la conduite visée par l'al. 37(1)*b*) est celle que prévoit le *Protocole contre le trafic illicite*. Dans ce

only occurs for "financial or other material benefit" and "in the context of transnational crime". Reading the inadmissibility and enforcement provisions of the *IRPA* harmoniously and as part of an integrated scheme therefore supports the view that the purpose of s. 117 is to penalize organizing or abetting illegal entry to Canada through acts knowingly connected to and furthering transnational organized crimes or criminal aims, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit. This excludes humanitarian, mutual or family assistance.

(iv) Statements of Legislative Purpose

[49] The first, "most direct and authoritative evidence" of the legislative purpose of a provision is found in statements of purpose in the legislation itself — whether at the beginning of a statute, in the section in which a provision is found, or in sections providing interpretive guidelines: Sullivan, at pp. 274-76.

[50] In *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at paras. 29-30, this Court held that the *Refugee Convention* has the broad general aim of providing humanitarian refuge for those fleeing persecution while recognizing the need to protect states' borders.

[51] As discussed in *B010*, the object provisions of the *IRPA* establish that both of these broad goals are important to the *IRPA* as well. It follows that s. 117 should be interpreted in a balanced way that respects both the security concerns as well as the humanitarian aims of the *IRPA*. An interpretation of s. 117 that catches all acts of assistance to undocumented migrants arguably allows security concerns to trump the humanitarian aims of the *IRPA*.

[52] The Crown's view that the purpose of s. 117 is to catch all acts of assistance to undocumented

contexte, il y a passage de clandestins seulement lorsqu'« un avantage financier ou un autre avantage matériel » est obtenu « dans le cadre de la criminalité transnationale ». En interprétant les dispositions de la *LIPR* relatives à l'inadmissibilité et à l'exécution harmonieusement et en tenant compte du fait qu'elles s'inscrivent dans un régime intégré, on peut conclure que l'objet de l'art. 117 est de sanctionner quiconque organise l'entrée illégale de personnes au Canada ou les encourage à y entrer illégalement par des actes qu'il ou elle sait liés à la criminalité transnationale organisée ou dans un but criminel ou favorisant de telles activités en vue d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel. Ne sont pas visés les actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale.

(iv) Les énoncés de l'objet de la loi

[49] La [TRADUCTION] « preuve la plus directe et la plus digne de foi » de l'objet d'une disposition législative se trouve dans l'énoncé même de cet objet, placé soit au début de la loi, soit dans la partie où s'insère la disposition, soit dans les parties qui fournissent des directives interprétatives (Sullivan, p. 274-276).

[50] Dans l'arrêt *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, par. 29-30, la Cour conclut que la *Convention relative aux réfugiés* poursuit l'objectif général d'ordre humanitaire d'accorder l'asile à ceux qui fuient la persécution, tout en reconnaissant le besoin des États de protéger leurs frontières.

[51] Comme je le précise dans l'arrêt *B010*, les dispositions énonçant les objets de la *LIPR* établissent que ces deux grands objectifs sont importants aussi dans la *LIPR*. Il s'ensuit que l'art. 117 devrait recevoir une interprétation équilibrée tenant compte tant des préoccupations liées à la sécurité que des objectifs humanitaires de la *LIPR*. Or, si l'interprétation de l'art. 117 permettait qu'il vise toute forme d'aide à des sans-papiers, les premières l'emporteraient alors sur les seconds.

[52] Le point de vue du ministère public selon lequel l'art. 117 vise toute forme d'aide apportée à

migrants relies heavily on the fact that among the purposes of the *IRPA* is to control Canada's borders to prevent migrants from entering the country illegally, for reasons of security, health and safety. To be sure, this is an important goal of the *IRPA*. It is reflected in the s. 3(2)(*h*) objective "to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals": see also s. 3(1)(*i*). It is likewise evinced by the aim "to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society": s. 3(2)(*g*); see also s. 3(1)(*h*).

[53] A concern with security is also reflected in the specific legislative objects of *An Act to amend the Immigration Act and the Criminal Code in consequence thereof*, R.S.C. 1985, c. 29 (4th Supp.), the statute which enacted what later became s. 117 of the *IRPA* (the "1988 amendments"):

1. The *Immigration Act* is amended by adding thereto, immediately after section 2 thereof, the following heading and section:

Purposes of Amendments

2.1 . . .

(*a*) to preserve for persons in genuine need of protection access to the procedures for determining refugee claims;

(*b*) to control widespread abuse of the procedures for determining refugee claims, particularly in light of organized incidents involving large-scale introduction of persons into Canada to take advantage of those procedures;

(*c*) to deter those who assist in the illegal entry of persons into Canada and thereby minimize the exploitation of and risks to persons seeking to come to Canada; and

(*d*) to respond to security concerns, including the fulfilment of Canada's obligations in respect of internationally protected persons.

des sans-papiers se fonde largement sur le fait que l'un des objets de la *LIPR* se rapporte au contrôle frontalier visant à empêcher l'entrée illégale de clandestins au Canada, pour des raisons de sécurité et de santé. Certes, il s'agit d'un objet important de la *LIPR*, énoncé à l'al. 3(2)*h*), soit de « promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité » (voir aussi l'al. 3(1)*i*)). Il se trouve également dans l'objet qui consiste à « protéger la santé des Canadiens et [à] garantir leur sécurité » (al. 3(2)*g*); voir aussi l'al. 3(1)*h*)).

[53] Une préoccupation en matière de sécurité ressort en outre des objets exprès de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et apportant des modifications corrélatives au Code criminel*, L.R.C. 1985, c. 29 (4e suppl.), laquelle a créé la disposition qui est devenue l'art. 117 de la *LIPR* (les « modifications de 1988 ») :

1. La *Loi sur l'immigration* est modifiée par insertion, après l'article 2, de ce qui suit :

Objet des modifications

2.1 . . .

a) de préserver pour les personnes qui ont véritablement besoin de protection l'accès à la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié;

b) de contrôler les fréquents abus de la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié en raison notamment d'incidents délibérés impliquant l'introduction à grande échelle au Canada de personnes cherchant à se prévaloir de cette procédure;

c) de décourager ceux qui aident à l'introduction illégale de personnes au Canada afin de minimiser l'exploitation des personnes désireuses d'entrer au Canada et les risques qu'elles courent;

d) de répondre aux préoccupations en matière de sécurité et, notamment, de remplir les obligations du Canada à l'égard des personnes jouissant de la protection internationale.

[54] The same statute, however, also recognized humanitarian commitments, including a stated objective "to preserve for persons in genuine need of protection access to the procedures for determining refugee claims" and concern for "exploitation" and risks to persons wishing to come to Canada: s. 1, adding ss. 2.1(*a*) and 2.1(*c*).

[55] The *IRPA*'s general objects further illustrate the importance of its broad humanitarian aims. Section 3(2)(*c*) speaks of "Canada's humanitarian ideals". The stated objects include "saving lives and offering protection to the displaced and persecuted" and "safe haven to persons with a well-founded fear of persecution": ss. 3(2)(*a*) and 3(2)(*d*). Similarly, the objectives include striving to comply with "international human rights instruments to which Canada is signatory": s. 3(3)(*f*); see also s. 3(2)(*b*).

[56] The *IRPA* also reveals a commitment to family, through stated objects of facilitating family reunification in Canada: s. 3(2)(*f*).

[57] In sum, while the security goals of the *IRPA* and the amendment that became s. 117 are important, they do not supplant Canada's commitment to humanitarian aid and family unity. Both broad aims must be respected. This is accomplished by interpreting s. 117 as targeting organized smuggling operations having a criminal dimension, thereby excluding humanitarian, mutual and family aid. Under the Crown's interpretation of s. 117, a father offering a blanket to a shivering child, or friends sharing food aboard a migrant vessel, could be subject to prosecution. This is incompatible with the refugee protection objects of the *IRPA* and the amendment that became s. 117.

[54] Or, cette même loi reconnaissait aussi les engagements d'ordre humanitaire, dont l'objet « de préserver pour les personnes qui ont véritablement besoin de protection l'accès à la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié », et les préoccupations liées à « l'exploitation » des personnes désireuses d'entrer au Canada et des risques courus par celles-ci (l'art. 1 à ajouté les al. 2.1*a*) et *c*)).

[55] Les objets généraux de la *LIPR* révèlent également l'importance accordée à ses grands principes humanitaires. L'alinéa 3(2)*c*) fait état des « idéaux humanitaires du Canada ». Les énoncés parlent notamment de « sauver des vies et [de] protéger les personnes de la persécution », d'offrir « l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés » (al. 3(2)*a*) et *d*)) et de voir à se conformer aux « instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » (al. 3(3)*f*); voir également l'al. 3(2)*b*)).

[56] La *LIPR* révèle en outre un engagement envers la famille, car faciliter la réunification des familles au Canada compte au nombre de ses objets énoncés (al. 3(2)*f*)).

[57] Pour résumer, même si les objets en matière de sécurité de la *LIPR* et de la modification qui deviendra l'art. 117 importent, ils ne supplantent pas l'engagement du Canada à l'égard de l'aide humanitaire et de la réunification des familles. Ces deux objectifs généraux doivent être respectés. Pour ce faire, il faut donner à l'art. 117 une interprétation qui fait entrer dans son champ d'application le passage de clandestins lié à la criminalité organisée, mais en exclut les actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale. Suivant l'interprétation du ministère public, le père qui entoure son enfant grelottant d'une couverture ou des amis qui partagent de la nourriture à bord d'un navire transportant des clandestins pourraient être poursuivis. Un tel résultat est inconciliable avec les objets en matière de protection des réfugiés de la *LIPR* et de la modification qui deviendra l'art. 117.

(v) The Legislative Evolution of Section 117

[58] The legislative history of a provision may assist in determining its purpose: Sullivan, at pp. 286-87.

[59] Canada has had laws criminalizing the assisting of undocumented migrants to enter the country since 1902. Early incarnations of the offence were focused on organizing illegal arrival by rail or ship, with little concern for the plight of the migrants, who were typically expelled: *An Act to amend the Immigration Act*, S.C. 1902, c. 14, s. 2; *Immigration Act*, R.S.C. 1906, c. 93, ss. 65 and 66.

[60] In 1919, s. 12(4) of *An Act to amend The Immigration Act*, S.C. 1919, c. 25, made it an offence to transport into Canada, harbour or conceal the entry of prohibited immigrants. The provision was a summary conviction offence, with a maximum penalty of six months imprisonment and/or fines. Broadly similar offences were preserved in the 1952 and 1976 iterations of the *Immigration Act*.

[61] In 1988, "in light of organized incidents involving large-scale introduction of persons into Canada", amendments introduced a new offence which, with minor changes, is the offence currently found in s. 117 of the *IRPA*: s. 1 of the 1988 amendments, adding s. 2.1(*b*). It criminalized third party assistance to undocumented migrants. In so doing, it established maximum penalties where the number of undocumented entrants was small: six months' imprisonment and/or $2,000 fines on summary conviction, and five years' imprisonment and/or $10,000 fines on indictment. By contrast, where the undocumented entrants numbered 10 or more, proceedings were exclusively by indictment, and the maximum penalty was 10 years' imprisonment and/or fines up to $500,000: s. 9 of the 1988 amendments, adding ss. 94.1 and 94.2. Thus, at the inception of what would become s. 117, greater culpability already attached to large-scale breaches, reflecting greater organizational activity on the part of the accused or others with whom

(v) L'évolution législative de l'art. 117

[58] L'historique législatif d'une disposition peut être utile lorsqu'il s'agit d'arrêter son objet (Sullivan, p. 286-287).

[59] Depuis 1902, le Canada a adopté des lois qui criminalisent le fait d'aider des sans-papiers à entrer au Canada. Les premières versions de l'infraction concernaient surtout l'organisation d'arrivées illégales, par train ou par navire, et ne s'attachaient guère au sort des migrants, qui étaient généralement expulsés (*Acte modifiant l'Acte d'immigration*, S.C. 1902, c. 14, art. 2; *Loi de l'immigration*, S.R.C. 1906, c. 93, art. 65 et 66).

[60] En 1919, aux termes du par. 12(4) de la *Loi modifiant la Loi de l'Immigration*, S.C. 1919, c. 25, quiconque débarquait au Canada ou hébergeait tout immigrant à qui l'entrée était interdite ou en dissimulait l'entrée au Canada commettait une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et assortie d'une peine maximale de six mois d'emprisonnement, d'une amende ou des deux. Des infractions largement similaires ont été reprises dans les versions de 1952 et de 1976 de la loi régissant l'immigration.

[61] En 1988, « en raison [. . .] d'incidents délibérés impliquant l'introduction à grande échelle au Canada de personnes », des modifications apportées à la loi ont créé une nouvelle infraction qui, sauf pour quelques changements mineurs, constitue l'infraction que prévoit actuellement l'art. 117 de la *LIPR* (l'art. 1 des modifications de 1988 a ajouté l'al. 2.1*b*)). Cette disposition criminalisait l'aide fournie par des tiers à des sans-papiers. Elle prévoyait des peines maximales dans les cas où les sans-papiers étaient peu nombreux : un emprisonnement de six mois et une amende de 2 000 $ ou l'une de ces peines, par procédure sommaire, et un emprisonnement de cinq ans et une amende de 10 000 $ ou l'une de ces peines, par mise en accusation. Par comparaison, dans les cas où le nombre de sans-papiers était de 10 ou plus, les poursuites devaient obligatoirement être intentées par mise en accusation, et la peine maximale prévue était un emprisonnement de 10 ans et une amende d'au plus 500 000 $ ou l'une de ces peines (l'art. 9 des

the accused acted in concert. The offence created in 1988 also included a new screening mechanism: no proceedings could be instituted under ss. 94.1 or 94.2 without the consent of the Attorney General (s. 9 of the 1988 amendments, adding s. 94.3).

[62] The current s. 117 was part of a new comprehensive statute dealing with immigration and refugee protection, the *IRPA*, enacted in 2001. The offence remained substantially the same as previously, preserving the differing penalties based on scale, and the charge-screening mechanism. However, maximum penalties were significantly increased, while another provision was added to guide sentencing under the offence. Section 121 provided that in determining the penalty to be imposed under s. 117, the court was to take into account (1) bodily harm or death to the migrant; (2) association with a criminal organization; (3) profit from the operation; and (4) harm to or degrading treatment of the migrants. These changes came on the heels of the adoption of the *Smuggling Protocol*, which obliged state parties to criminalize the smuggling of migrants done for financial or other material benefit and to adopt legislative measures to establish aggravating circumstances such as harm to and degrading treatment of migrants: arts. 6(1) and 6(3). The second factor in s. 121 reflected a more significant link between the offensive conduct and organized crime. The first and fourth factors recognized more serious crime. The third factor may be an indicator of either or both.

[63] From this brief survey of the historical evolution of prohibitions on assisting the entry to Canada of undocumented people, I draw the following conclusions: (a) the prohibitions have, for over a century, focused on smuggling activity tied to

modifications de 1988 a ajouté les art. 94.1 et 94.2). Par conséquent, au moment de la création de la disposition qui allait devenir l'art. 117, des peines alourdies s'appliquaient déjà à la perpétration à grande échelle, en phase avec des activités démontrant un niveau élevé d'organisation de la part de l'accusé ou des personnes qui agissaient de concert avec lui. L'infraction créée en 1988 comportait également un nouveau mécanisme de filtrage, qui subordonnait au consentement du procureur général toute poursuite intentée à l'égard d'une infraction prévue aux art. 94.1 ou 94.2 (l'art. 9 des modifications de 1988 a ajouté l'art. 94.3).

[62] L'actuel art. 117 a été intégré à une nouvelle loi générale régissant l'immigration et la protection des réfugiés — la *LIPR* —, adoptée en 2001. L'infraction est essentiellement demeurée la même, et la disposition qui la prévoit maintient le barème des peines ainsi que le mécanisme de filtrage pré-inculpation. Cependant, la sévérité des sanctions maximales a été considérablement haussée, et une nouvelle disposition sur la détermination de la peine a été adoptée. Aux termes de l'art. 121, au moment de déterminer la peine visée à l'art. 117, le tribunal devait tenir compte des éléments suivants : (1) infliction de blessures ou mort; (2) association avec une organisation criminelle; (3) profit tiré de l'opération; (4) infliction de blessures ou traitement dégradant des clandestins. Ces modifications sont survenues après l'adoption du *Protocole contre le trafic illicite*, lequel oblige les États parties à criminaliser le trafic illicite de migrants commis pour un avantage financier ou un autre avantage matériel et à prévoir expressément dans leurs lois des circonstances aggravantes, par exemple le préjudice aux migrants ou le traitement dégradant de ceux-ci (par. 6(1) et (3)). Le deuxième élément énuméré à l'art. 121 révèle un lien étroit entre l'acte reproché et le crime organisé. Les premier et quatrième dénotent des crimes graves. Le troisième indique l'un ou l'autre ou les deux.

[63] De ce bref historique de l'évolution des dispositions prohibant le fait d'aider des sans-papiers à entrer au Canada, je tire les conclusions suivantes : a) depuis plus d'un siècle, les interdictions intéressent les activités de passage de clandestins

organizing and furthering the illegal entry, not aid merely incidental to it; (b) successive revisions to the provision have coupled increased penalties with more precise targeting of organized crime-related smuggling activity, and the 2001 revision in particular followed in the footsteps of key developments in international law; and (c) s. 117, from its inception in 1988 and as continued and revised by the *IRPA* in 2001, provided a filter to screen out assistance not associated with organized criminal smuggling, namely innocent humanitarian acts, mutual aid and assistance to family members.

liées à l'organisation et au soutien de l'entrée illégale, et non simplement l'aide accessoire à celle-ci; b) les modifications successives de la disposition ont à la fois alourdi les peines et précisé son champ d'application — le passage de clandestins lié au crime organisé —, plus particulièrement la modification de 2001, qui a traduit une importante évolution en droit international; c) l'art. 117, depuis sa création en 1988 jusqu'à sa modification en 2001 dans la *LIPR*, prévoit un mécanisme de filtrage qui empêche que soit criminalisée l'aide qui n'est pas associée au passage de clandestins lié au crime organisé, c'est-à-dire des actes innocents d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale.

(vi) The Parliamentary Debates

[64] Statements made in the legislature leading up to the enactment of a provision may supply evidence of its purpose: Sullivan, at p. 277; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 37; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 25; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 45; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 17.

(vi) Les débats parlementaires

[64] Les déclarations faites dans le cadre d'une assemblée législative avant l'adoption d'une disposition peuvent permettre d'établir l'objet de cette dernière (Sullivan, p. 277; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 37; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 25; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 45; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 17).

[65] The parliamentary debates establish that the original enactment of the offence in 1988 was motivated by incidents of organized large-scale smuggling of undocumented migrants by sea. Concerns were expressed in the debates about protecting the health, safety and security of Canadians and Canadian society, the integrity and efficacy of Canada's lawful immigration and refugee regimes, and Canada's ability to control its borders and the domestic and international interests tied to them. Concerns were also expressed about the safety and protection of genuine refugees, and not subjecting humanitarian groups to prosecution. Then-Minister Benoît Bouchard summarized Parliament's purpose as follows in the Committee meetings of August 25, 1987:

[65] Selon les débats parlementaires, la promulgation initiale, en 1988, de la disposition créant l'infraction était motivée par des incidents de passage organisé à grande échelle de sans-papiers au Canada par voie maritime. Les débats ont porté sur la nécessité de protéger la santé et la sécurité des Canadiens et de la société canadienne, l'intégrité et l'efficacité des processus légitimes d'immigration et d'asile et la capacité du Canada de contrôler ses frontières ainsi que les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international qui s'y rattachent. Des préoccupations ont également été exprimées à propos de la sécurité et de la protection des véritables réfugiés ainsi que du risque que des groupes humanitaires soient exposés à des poursuites. Le ministre de l'époque, Benoît Bouchard, a résumé en ces termes l'intention du législateur lors de la réunion du comité du 25 août 1987 :

We are going to put a stop to the large-scale trafficking of illegal migrants by smugglers. There has been much discussion about amending these sections of the bill. We have all pressed lawyers and legislative drafters to consider alternatives to the current wording. We looked at phrases such as religious group, profit, reward, smuggle and clandestine entry, but every possibility creates loopholes and undermines our ability to prosecute the unscrupulous. We cannot let such individuals escape sanction by adding phrases which create insurmountable problems of proof and create gaps through which the unscrupulous would march.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-84*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., at p. 24)

[66] It thus emerges from the 1987 debates that the reason s. 117(1) of the *IRPA* permits prosecution of those providing humanitarian assistance to fleeing refugees or assistance to close family members is not because Parliament wanted to capture such persons, but because of a drafting dilemma — it was feared that a categorical approach to exceptions would inadequately respond to the multifaceted and complex nature of real-life smuggling cases. Parliament agreed that those offering humanitarian assistance and mutual aid were not meant to be prosecuted under s. 117 of the *IRPA*. However, instead of legislatively exempting such people from potential criminal liability, it sought to screen them out at the prosecution stage by requiring the Attorney General's consent to prosecute.

[67] The debates on the enactment of the *IRPA* in 2001 echo these preoccupations. Again, members of Parliament expressed concerns that s. 117 might criminalize people who assist family members to come to Canada or people who provide humanitarian aid to asylum-seekers. The government's response was that these fears were misplaced because they focused exclusively on s. 117(1) and

Ces mesures nous permettront de mettre un terme aux activités de ceux qui amènent de nombreux immigrants clandestins au Canada. La possibilité d'amender ces articles a été longuement discutée. Nous avons tous insisté auprès des avocats et des rédacteurs de loi pour qu'ils essaient de trouver un autre libellé. Nous nous sommes aussi penchés sur les termes tels que groupe confessionnel, profit, récompense, fraude ou entrée clandestine. Mais chaque tentative de changement réduisait notre capacité de poursuivre les gens sans scrupule. Nous ne pouvons permettre à ces individus d'échapper aux sanctions en ajoutant des termes qui créeraient des problèmes insurmontables quand viendrait le temps d'établir des preuves et qui constitueraient des échappatoires pour les gens sans scrupule.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-84*, nº 9, 2e sess., 33e lég., p. 24)

[66] Par conséquent, il ressort des débats de 1987 que le par. 117(1) de la *LIPR* permet de poursuivre des personnes qui fournissent de l'aide humanitaire aux demandeurs d'asile fuyant la persécution ou qui prêtent assistance à des parents proches, non pas parce que le législateur voulait que ces personnes soient visées, mais en raison d'un dilemme relatif au libellé : on craignait qu'une exception fondée sur une certaine catégorie de personnes ne convienne pas compte tenu de la nature multidimensionnelle et complexe des activités réelles de passage de clandestins. Le législateur a reconnu que les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire et celles qui s'entraident n'étaient pas censées être poursuivies en vertu de l'art. 117 de la *LIPR*. Toutefois, au lieu de soustraire à la responsabilité criminelle ces personnes par voie législative, le législateur a prévu les écarter à l'étape de la poursuite en subordonnant toute poursuite au consentement du procureur général.

[67] Les débats ayant précédé l'adoption de la *LIPR* en 2001 évoquent ces préoccupations. Là encore, les députés craignaient que l'art. 117 incrimine les personnes qui aident des membres de leur famille à entrer au Canada ou celles qui fournissent de l'aide humanitaire aux demandeurs d'asile. Le gouvernement a répondu que ces craintes n'étaient pas fondées parce qu'elles concernaient exclusivement le

overlooked s. 117(4) which was expected to prevent these and other unintended prosecutions. The following excerpts from the parliamentary debates summarize those discussions:

Mr. John McCallum: . . . we heard a fair amount of testimony in our hearings from people doing humanitarian work, reverends and saintly people, if you will, and the last people in the world we would want to prosecute. Yet, if you read that literally, it looks like some of these people who are helping refugees could be prosecuted. Or if my sister is in a bad country and I help her, it looks like I can be prosecuted. How does that work?

Mr. Daniel Therrien [General Counsel]: The protection against such prosecutions is in subclause 117(4), which provides that no prosecution under the smuggling provision can occur without the consent of the Attorney General . . . .

. . .

Ms. Joan Atkinson [Assistant Deputy Minister]: . . . Subclause 117(4) is what's in the current act. . . . It is in place . . . in the current act, and as Daniel has said, there has been no prosecution of anyone who was involved in trying to help refugees come to Canada. That is the safeguard. All the circumstances will be reviewed by the Attorney General to put in humanitarian considerations without defining what that means [otherwise] you don't have the flexibility you need . . . to be able to consider all the individual circumstances in a case before any decision is taken to prosecute.

(House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online), at 10:35)

[68] These excerpts from the parliamentary debates make it clear that Parliament understood that s. 117(1) criminalized assistance to family members and humanitarian assistance, and was relying on ministerial discretion to prevent prosecution. General Counsel Therrien and Assistant Deputy Minister Atkinson did not deny that s. 117 caught these cases, but defended this overreach far beyond

par. 117(1) et ne tenaient pas compte du par. 117(4) qui visait à prévenir ce type de poursuites et toute autre poursuite non désirée. L'extrait suivant des débats parlementaires résume bien ces discussions :

M. John McCallum : . . . nous avons, dans le cadre de nos audiences, entendu de nombreux témoignages de personnes qui se consacrent à du travail humanitaire, des religieux et des personnes pleines de bonté, si vous voulez, et ce sont les dernières personnes que nous voudrions jamais poursuivre. Or, si vous lisez attentivement le texte, il semble, littéralement, que certaines de ces personnes qui aident les réfugiés pourraient se faire poursuivre. Ou encore, si ma sœur se trouve dans un mauvais pays et que je lui viens en aide, j'ai bien l'impression que je pourrais, moi, être poursuivi. Comment cela fonctionne-t-il?

M. Daniel Therrien [avocat général] : La protection contre ce genre de poursuites est explicitée au paragraphe 117(4), qui prévoit qu'aucune poursuite pour une infraction de trafic de personnes ne peut être engagée sans le consentement du procureur général . . .

. . .

M^me^ Joan Atkinson [sous-ministre adjointe] : . . . Le paragraphe 117(4) correspond à ce qui est déjà dans la loi. [. . .] [Il s'agit d'une mesure] en place [. . .] dans l'actuelle loi et, comme l'a dit Daniel, on n'a jamais poursuivi qui que ce soit pour avoir essayé d'aider des réfugiés à venir au Canada. C'est là la garantie. Toutes les circonstances doivent être examinées par le procureur général, qui devra se pencher sur les considérations humanitaires sans qu'on les définisse. Cela veut dire que le procureur général dispose de toute la marge de manœuvre voulue pour être en mesure d'examiner les circonstances au cas par cas, avant toute décision de poursuivre.

(Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, n^o^ 27, 1^re^ sess., 37^e^ lég., 17 mai 2001 (en ligne), 10 h 35)

[68] Ces extraits des débats parlementaires démontrent clairement que le législateur savait que le par. 117(1) criminalisait l'aide humanitaire et l'assistance fournie par une personne à des membres de sa famille, et qu'il comptait sur le pouvoir discrétionnaire du ministre pour éviter les poursuites dans ces cas. L'avocat général, M^e^ Therrien, et la sous-ministre adjointe, M^me^ Atkinson, n'ont pas nié

any reasonable definition of the targeted smuggling activity on the basis that the Attorney General's permission under s. 117(4) would be an adequate "safeguard" against inappropriate prosecutions.

[69] In sum, we may fairly infer the following from the debate surrounding the adoption of s. 117 of the *IRPA*: From the beginning, the government conceded that the words of s. 117(1) had been cast broadly enough to catch family and humanitarian assistance to undocumented migrants. At the same time, the government made it clear that s. 117 was not intended to catch persons aiding family members or providing humanitarian or mutual aid. The risk would be alleviated, or so the government asserted, by the requirement that the Attorney General authorize prosecutions under s. 117(4) of the *IRPA*.

(vii) Conclusion on the Purpose of Section 117 of the *IRPA*

[70] The foregoing considerations establish that the purpose of s. 117 is to criminalize the smuggling of people into Canada in the context of organized crime, and does not extend to permitting prosecution for simply assisting family or providing humanitarian or mutual aid to undocumented entrants to Canada. A broad punitive goal that would prosecute persons with no connection to and no furtherance of organized crime is not consistent with Parliament's purpose as evinced by the text of s. 117 read together with Canada's international commitments, s. 117's role within the *IRPA*, the *IRPA*'s objects, the history of s. 117, and the parliamentary debates.

(b) *The Scope of Section 117 of the IRPA*

[71] I now turn to the scope of s. 117 of the *IRPA* to see whether it "goes too far and interferes with

que ces cas tombaient sous le coup de l'art. 117, mais ils ont justifié la portée excessive de cette disposition, débordant toute définition raisonnable de l'infraction ciblée de passage de clandestins, en disant que le consentement du procureur général exigé par le par. 117(4) constituerait une « garantie » suffisante contre les poursuites injustifiées.

[69] Bref, nous pouvons légitimement inférer ce qui suit du débat ayant précédé l'adoption de l'art. 117 de la *LIPR* : dès le départ, le gouvernement a reconnu que le par. 117(1) avait été formulé de manière suffisamment large pour criminaliser l'aide fournie à des sans-papiers par des membres de leur famille et des travailleurs humanitaires. Or, il a clairement indiqué que son intention n'était pas de faire tomber sous le coup de l'art. 117 les personnes qui assistent des membres de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire ou celles qui s'assistent mutuellement. Selon le gouvernement, le risque était atténué par l'exigence subordonnant toute poursuite à l'autorisation du procureur général, prévue au par. 117(4) de la *LIPR*.

(vii) Conclusion sur l'objet de l'art. 117 de la *LIPR*

[70] Ces considérations démontrent que l'art. 117 a pour objet de criminaliser le passage de clandestins au Canada lié à la criminalité organisée, et non des actes constituant simplement de l'entraide familiale, de l'assistance mutuelle entre sans-papiers qui entrent au Canada ou encore de l'aide humanitaire à de telles personnes. Un objectif punitif général qui permettrait que soient poursuivies des personnes qui sont dépourvues de lien avec le crime organisé et ne font rien pour favoriser le crime organisé est contredit par l'intention du législateur qui se dégage du libellé de l'art. 117, interprétée à la lumière des engagements internationaux du Canada, du rôle de l'art. 117 au sein de la *LIPR*, des objets de la *LIPR*, de l'historique de l'art. 117 et des débats parlementaires.

b) *La portée de l'art. 117 de la LIPR*

[71] J'examine maintenant la portée de l'art. 117 de la *LIPR* afin de vérifier s'il « va trop loin et

some conduct that bears no connection to its objective": *Bedford*, at para. 101.

[72] The scope of s. 117(1) is plain. The provision admits of no ambiguity. Parliament itself understood when it enacted s. 117 that the provision's reach exceeded its purpose by catching those who provide humanitarian, mutual and family assistance to asylum-seekers coming to Canada, but argued that this overbreadth was not a problem because the Attorney General would not permit the prosecution of such people. We cannot avoid the overbreadth problem by interpreting s. 117(1) as not permitting prosecution of persons providing humanitarian, mutual or family assistance. Such an interpretation would require the Court to ignore the ordinary meaning of the words of s. 117(1), which unambiguously make it an offence to "organize, induce, aid or abet" the undocumented entry. To adopt this suggestion would violate the rule of statutory interpretation that the meaning of the words of the provision should be read in their "grammatical and ordinary sense": Sullivan, at p. 28. It would also require us to ignore statements from the legislative debate record suggesting Parliament knew in advance that the provision was overbroad.

[73] I conclude that s. 117(1) appears to criminalize some conduct that bears no relation to its objective, raising the spectre that s. 117 as a whole is overbroad. The remaining question is whether the requirement under s. 117(4) that the Attorney General authorize prosecution saves s. 117 from the charge or overbreadth by effectively narrowing the scope of s. 117(1).

[74] In my view, s. 117(4) does not cure the overbreadth problem created by s. 117(1). Ministerial discretion, whether conscientiously exercised or not,

empiète sur un comportement sans lien avec son objectif » (*Bedford*, par. 101).

[72] La portée du par. 117(1) est claire. La disposition ne comporte aucune ambiguïté. Le législateur savait, lorsqu'il a promulgué l'art. 117, que la portée de cette disposition excédait son objet parce qu'elle faisait entrer dans son champ d'application les personnes qui accomplissent des actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale en faveur de demandeurs d'asile entrant au Canada. Il a affirmé que cette portée excessive ne posait aucun problème parce que le procureur général n'autoriserait pas la poursuite de ces personnes. Or, il n'est pas possible de contourner le problème de la portée excessive en donnant au par. 117(1) une interprétation qui soustrairait de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire, s'assistent mutuellement ou aident des membres de leur famille. Une telle interprétation obligerait la Cour à faire fi du sens ordinaire des mots employés au par. 117(1), qui prévoit sans la moindre ambiguïté que commet une infraction quiconque « organise [. . .] ou incite, aide ou encourage » des sans-papiers à entrer au Canada. En faisant droit à cette proposition, nous contreviendrions à la règle d'interprétation des lois portant que les termes employés dans la disposition doivent être interprétés [TRADUCTION] « en suivant leur sens grammatical et ordinaire » (Sullivan, p. 28). Il nous faudrait également ne pas tenir compte des déclarations tenues lors des débats législatifs, qui tendaient à indiquer que le législateur savait que la disposition avait une portée excessive.

[73] Je conclus que le par. 117(1) semble criminaliser des comportements sans lien avec son objectif, ce qui pourrait indiquer, pour l'art. 117 dans son ensemble, une portée excessive. Reste à déterminer si l'exigence prévue au par. 117(4), qui subordonne toute poursuite au consentement du procureur général, permet de faire échec à une conclusion de portée excessive en restreignant effectivement la portée du par. 117(1).

[74] J'estime que le par. 117(4) ne règle pas le problème de portée excessive que crée le par. 117(1). Le pouvoir discrétionnaire du ministre, qu'il soit exercé

does not negate the fact that s. 117(1) criminalizes conduct beyond Parliament's object, and that people whom Parliament did not intend to prosecute are therefore at risk of prosecution, conviction and imprisonment. So long as the provision is on the books, and so long as it is not impossible that the Attorney General could consent to prosecute, a person who assists a family member or who provides mutual or humanitarian assistance to an asylum-seeker entering Canada faces a possibility of imprisonment. If the Attorney General were to authorize prosecution of such an individual, despite s. 117's limited purpose, nothing remains in the provision to prevent conviction and imprisonment. This possibility alone engages s. 7 of the *Charter*. Further, as this Court unanimously noted in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 17, per Moldaver J., "prosecutorial discretion provides no answer to the breach of a constitutional duty". See also *Nur*.

consciencieusement ou non, n'empêche pas que le par. 117(1) criminalise un comportement que le législateur ne visait pas, ni que des personnes que le législateur ne voulait pas poursuivre risquent d'être poursuivies, déclarées coupables et emprisonnées. Dans la mesure où cette disposition est encore susceptible d'application, et dans la mesure où il n'est pas impossible que le procureur général consente à intenter des poursuites, les personnes qui aident un membre de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire à un demandeur d'asile entrant au Canada ou encore les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement risquent l'emprisonnement. Si le procureur général autorise qu'une telle personne soit poursuivie, en dépit de l'objet restreint de l'art. 117, la disposition ne prévoit aucune autre protection pour éviter une déclaration de culpabilité ou une peine d'emprisonnement. Cette possibilité, à elle seule, fait intervenir l'art. 7 de la *Charte*. En outre, comme la Cour le dit à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, sous la plume du juge Moldaver, « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n'est pas la solution au manquement à une obligation constitutionnelle » (par. 17). Voir également *Nur*.

[75] Implicit in the Court of Appeal's position is that the problem of humanitarian workers or family members prosecuted under s. 117 of the *IRPA* is a problem of administrative law, and that if a constitutional attack is to be made, it should be made against improper exercise of the Attorney General's duty under s. 117(4) not to prosecute such persons. I cannot agree. As noted, although the purpose of s. 117 of the *IRPA* was not to capture such persons, nothing in the provision actually enacted disallows it. As a result, an individual charged with an offence under s. 117 would have difficulty challenging the decision. Further, judicial review of such discretion is not currently available, and there are good reasons why it may not be desirable. As the Court observed in *Anderson*, judicial oversight of Crown decisions whether to prosecute puts at risk the discrete roles of different actors in our adversarial system:

[75] Il ressort implicitement de la position de la Cour d'appel que la possibilité que des travailleurs humanitaires ou des membres d'une famille soient poursuivis en vertu de l'art. 117 de la *LIPR* est un problème de droit administratif et qu'en cas de contestation constitutionnelle, c'est l'exercice irrégulier, par le procureur général, de l'obligation qui découle du par. 117(4) de ne pas intenter de poursuites contre ces personnes qui devrait être contesté. Je ne suis pas de cet avis. Comme je le souligne précédemment, s'il est vrai que l'art. 117 de la *LIPR* n'était pas censé viser ces personnes, rien dans la disposition qui a effectivement été adoptée ne l'interdit. En conséquence, il serait difficile pour la personne accusée de l'infraction prévue à l'art. 117 de contester la décision. Qui plus est, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas susceptible de contrôle judiciaire, et ce pour de bonnes raisons. Ainsi que le fait remarquer la Cour dans l'arrêt *Anderson*, la surveillance judiciaire des décisions du ministère public d'engager ou non des poursuites brouille les rôles distincts des différents acteurs de notre système accusatoire :

There has been a long-standing and deeply engrained reluctance to permit routine judicial review of the exercise of [prosecutorial] discretion. . . . The imposition of a sweeping duty that opens up for routine judicial review all of the aforementioned decisions is contrary to our constitutional traditions. [para. 32]

Il existe depuis longtemps une réticence fortement enracinée à permettre le contrôle judiciaire automatique de l'exercice d[u] pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites]. [. . .] L'imposition d'une obligation très générale qui donne ouverture à la révision automatique de toutes les décisions susmentionnées va à l'encontre de nos traditions constitutionnelles. [par. 32]

[76] It may also be noted that judicial review of the Attorney General's decision to authorize prosecution under s. 117(4) may have undesirable consequences for other federal statutes in which a similar clause is present: see e.g. *Freezing Assets of Corrupt Foreign Officials Act*, S.C. 2011, c. 10; *Foreign Extraterritorial Measures Act*, R.S.C. 1985, c. F-29; *Special Economic Measures Act*, S.C. 1992, c. 17; *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24; *Geneva Conventions Act*, R.S.C. 1985, c. G-3. At this point, it suffices to note that judicial review does not answer the constitutional non-conformity of s. 117(1).

[76] Il importe également de souligner que le contrôle judiciaire de la décision du procureur général d'autoriser une poursuite en vertu du par. 117(4) peut avoir un effet non souhaitable sur d'autres lois fédérales comportant une disposition semblable (voir, p. ex., *Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus*, L.C. 2011, c. 10; *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. 1985, c. F-29; *Loi sur les mesures économiques spéciales*, L.C. 1992, c. 17; *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24; *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, c. G-3). Il suffit de souligner, à ce stade-ci, que le contrôle judiciaire ne permet pas de remédier à la non-conformité constitutionnelle du par. 117(1).

[77] I conclude that s. 117 of the *IRPA* is overbroad. The remaining issue is whether this overbreadth is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable measure in a free and democratic society.

[77] Je conclus que l'art. 117 de la *LIPR* a une portée excessive. La question qu'il reste à trancher est celle de savoir si la portée excessive est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* comme étant une mesure raisonnable dans une société libre et démocratique.

(2) Gross Disproportionality, Vagueness and Equality

(2) Caractère totalement disproportionné, imprécision et égalité

[78] In addition to the overbreadth claim, some of the appellants assert that s. 117 offends s. 7 by depriving persons of liberty in a manner that violates the principles of fundamental justice against gross disproportionality and vagueness. They also claim that equal treatment under the law is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7, and that s. 117 violates it. In view of my conclusion that s. 117 is overbroad, I find it unnecessary to consider these arguments.

[78] Outre son argument sur la portée excessive, certains appelants affirment que l'art. 117 contrevient à l'art. 7 parce qu'il prive des personnes de leur liberté d'une manière qui viole les principes de justice fondamentale interdisant le caractère totalement disproportionné et l'imprécision. Ils font également valoir que l'égalité devant la loi est un principe de justice fondamentale au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 7, et que l'art. 117 y porte atteinte. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'art. 117 a une portée excessive, j'estime qu'il est inutile d'examiner ces arguments.

B. *Is the Inconsistency With Section 7 Justified Under Section 1 of the Charter?*

[79] The test to determine whether infringement of a right may be constitutionally justified under s. 1 of the *Charter* was set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The first step of the s. 1 analysis asks whether the Crown has demonstrated a pressing and substantial objective: *Oakes*, at pp. 138-39. The broad purpose of s. 117 of the *IRPA* is to combat organized crime-related people smuggling, without criminalizing family assistance, mutual aid or humanitarian aid to asylum-seekers coming to Canada. This objective is clearly pressing and substantial.

[80] The second step of the s. 1 analysis asks whether the legislative objective is rationally connected to the limit the law imposes on the right at issue. Not all applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object; notably, s. 117 of the *IRPA*, as discussed, catches mutual and family as well as humanitarian aid which I earlier concluded was not Parliament's object to criminalize. However, since other applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object, this suffices to satisfy the rational connection stage of the analysis: *Heywood*, at p. 803. A rational *connection*, not a complete rational *correspondence*, is all this branch of *Oakes* requires.

[81] The third step of the s. 1 analysis asks whether the offending law is tailored to its objective: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Evidently, where a law goes too far, it is a challenge to satisfy minimal impairment. In *Heywood*, Cory J. concluded (at p. 803) that "for the same reasons that [the law] is overly broad, it fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis". The record here shows why that will not *always* necessarily be the case.

B. *L'incompatibilité avec l'art. 7 est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[79] Le critère qui permet de déterminer si l'atteinte à un droit est justifiée sur le plan constitutionnel au regard de l'article premier de la *Charte* a été établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Dans le premier volet de l'analyse que commande l'article premier, il faut se demander si le ministère public a démontré l'existence d'un objectif urgent et réel (*Oakes*, p. 138-139). L'objet général de l'art. 117 de la *LIPR* concerne la lutte contre le passage de clandestins lié au crime organisé, et ne vise pas à criminaliser les actes d'entraide familiale, d'assistance mutuelle ou d'aide humanitaire en faveur de demandeurs d'asile entrant au Canada. Il s'agit clairement d'un objectif urgent et réel.

[80] Dans le deuxième volet, il faut se demander s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et la restriction que la loi impose au droit en cause. Ce lien rationnel n'est pas démontré à l'égard de toutes les applications de l'art. 117 de la *LIPR* : comme nous l'avons vu, cette disposition fait entrer dans son champ d'application les actes d'assistance mutuelle, d'entraide familiale et d'aide humanitaire, et j'ai conclu précédemment que le législateur n'avait pas l'intention de les viser. Or, comme il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et d'autres applications de l'art. 117, il est satisfait à ce volet de l'analyse (*Heywood*, p. 803). Ce volet du critère établi dans l'arrêt *Oakes* ne requiert que l'existence d'un *lien* rationnel et non une parfaite *correspondance*.

[81] Dans le troisième volet de l'analyse que commande l'article premier, il faut se demander si la loi contestée est adaptée à son objet (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713). À l'évidence, lorsqu'une loi va trop loin, il sera difficilement satisfait au critère de l'atteinte minimale. Dans l'arrêt *Heywood*, le juge Cory conclut à la p. 803 que « pour les mêmes motifs qui font que [la loi] a une portée excessive, [elle] ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier ». En l'espèce, le dossier démontre pourquoi ce ne sera pas nécessairement *toujours* le cas.

[82] The Crown's position appears to be that even though the provision is overbroad, it is nevertheless minimally impairing, because although imperfect, there was no better alternative. As discussed, the government recognized in advance that the provision would catch conduct it did not intend to criminalize. However, Parliament nevertheless enacted an overbroad provision because it was concerned that wording exempting this conduct would create unacceptable loopholes. Section 1 of the *Charter* does not allow rights to be limited on the basis of bare claims, but requires the Crown to provide a *demonstrable justification* for inconsistencies with *Charter* rights: *Oakes*, at pp. 136-37. The Crown has not satisfied its burden under s. 1.

VI. Remedy

[83] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides:

> **52.** (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

It follows that s. 117 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*.

[84] The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of s. 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents.

[85] The appellants ask the Court to strike s. 117 down in its entirety. Section 117, as it was at the time of the alleged offences, has been replaced. In the particular circumstances of this case, I conclude that the preferable remedy is to read down s. 117 as not applicable to persons who give humanitarian, mutual or family assistance. This remedy reconciles the former s. 117 with the requirements of the *Charter* while leaving the prohibition on human

[82] Le ministère public semble dire que si la disposition a une portée excessive, son atteinte est néanmoins minimale, car malgré son caractère imparfait, elle se présentait comme la meilleure des solutions. Nous avons vu que le gouvernement avait reconnu avant l'adoption de la loi que la disposition ferait entrer dans son champ d'application des actes qu'il n'avait pas voulu criminaliser. Le législateur a néanmoins adopté une disposition d'une portée excessive parce qu'il craignait qu'une exception applicable à ces actes crée des failles inacceptables. L'article premier de la *Charte* ne permet pas que les droits soient restreints sur le fondement de simples affirmations; il exige du ministère public une *justification qui puisse se démontrer* lorsqu'il y a incompatibilité avec les droits garantis par la *Charte* (*Oakes*, p. 136-137). Le ministère public ne s'est pas déchargé du fardeau que lui impose l'article premier.

VI. Réparation

[83] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose :

> **52.** (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Par conséquent, l'art. 117 est inopérant dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*.

[84] En l'espèce, l'incompatibilité qui a été démontrée concerne la portée excessive de l'art. 117 relativement à trois catégories d'actes, soit (1) l'aide humanitaire à des sans-papiers, (2) l'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile et (3) l'aide fournie par une personne à un membre de sa famille qui entre au Canada sans être muni des documents requis.

[85] Les appelants demandent à la Cour d'invalider l'art. 117 au complet. La version de cette disposition qui était en vigueur au moment de la perpétration des infractions reprochées a été remplacée. Dans les circonstances particulières de la présente espèce, je conclus qu'il est préférable de donner à l'art. 117 une interprétation atténuée qui exclurait de son champ d'application les actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale.

smuggling for the relevant period in place. This remedy is consistent with the guidance this Court gave in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

VII. Conclusion

[86] I would allow the appeals and read down s. 117 of the *IRPA*, as it was at the time of the alleged offences, as not applying to persons providing humanitarian aid to asylum-seekers or to asylum-seekers who provide each other mutual aid (including aid to family members), to bring it in conformity with the *Charter*. The charges are remitted for trial on this basis.

APPENDIX A

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (version in force at time)

3. (1) [Objectives — immigration] The objectives of this Act with respect to immigration are

(*a*) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;

(*b*) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;

(*b.1*) to support and assist the development of minority official languages communities in Canada;

(*c*) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;

(*d*) to see that families are reunited in Canada;

(*e*) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that

Cette réparation permet de concilier l'ancien art. 117 avec les impératifs de la *Charte* et de conserver, pendant la période pertinente, l'interdiction applicable au passage de clandestins. La réparation respecte les précisions énoncées par la Cour dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

VII. Conclusion

[86] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de donner à l'art. 117 de la *LIPR* — tel qu'il était libellé au moment des infractions reprochées — une interprétation atténuée qui exclut de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile ou les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement (y compris en aidant des membres de leur famille), en vue d'assurer la conformité de la disposition avec la *Charte*. Les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées sur la base de ces conclusions.

ANNEXE A

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27 (version en vigueur à l'époque)

3. (1) [Objet en matière d'immigration] En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;

b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;

b.1) de favoriser le développement des collectivités de langues officielles minoritaires au Canada;

c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;

d) de veiller à la réunification des familles au Canada;

e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration

integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

(*f*) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

(*g*) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;

(*h*) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(*i*) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

(*j*) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.

(2) [Objectives — refugees] The objectives of this Act with respect to refugees are

(*a*) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;

(*b*) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

(*c*) to grant, as a fundamental expression of Canada's humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;

(*d*) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

(*e*) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the

suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.

(2) [Objet relatif aux réfugiés] S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des

human rights and fundamental freedoms of all human beings;

(*f*) to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;

(*g*) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

(*h*) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

(3) [Application] This Act is to be construed and applied in a manner that

(*a*) furthers the domestic and international interests of Canada;

(*b*) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(*c*) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

(*d*) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

(*e*) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and

(*f*) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

37. (1) [Organized criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(*a*) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting

droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

f) d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;

g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

(3) [Interprétation et mise en œuvre] L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d'encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d'immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

e) de soutenir l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

37. (1) [Activités de criminalité organisée] Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant

in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(*b*) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

. . .

PART 3

ENFORCEMENT

Human Smuggling and Trafficking

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(*a*) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than $500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than $1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(*b*) on summary conviction, to a fine of not more than $100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than $1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted

de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

. . .

PARTIE 3

EXÉCUTION

Organisation d'entrée illégale au Canada

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

(ii) en cas de récidive, d'une amende maximale de un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l'une de ces peines;

b) par procédure sommaire, d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l'une de ces peines.

(3) [Peines] L'auteur de l'infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n'est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue

except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

118. (1) [Offence — trafficking in persons] No person shall knowingly organize the coming into Canada of one or more persons by means of abduction, fraud, deception or use or threat of force or coercion.

(2) [Definition of "organize"] For the purpose of subsection (1), "organize", with respect to persons, includes their recruitment or transportation and, after their entry into Canada, the receipt or harbouring of those persons.

121. (1) [Aggravating factors] The court, in determining the penalty to be imposed under subsection 117(2) or (3) or section 120, shall take into account whether

(*a*) bodily harm or death occurred during the commission of the offence;

(*b*) the commission of the offence was for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization;

(*c*) the commission of the offence was for profit, whether or not any profit was realized; and

(*d*) a person was subjected to humiliating or degrading treatment, including with respect to work or health conditions or sexual exploitation as a result of the commission of the offence.

(2) [Definition of "criminal organization"] For the purposes of paragraph (1)(*b*), "criminal organization" means an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence.

133. [Deferral] A person who has claimed refugee protection, and who came to Canada directly or indirectly from the country in respect of which the claim is made, may not be charged with an offence under section 122, paragraph 124(1)(*a*) or section 127 of this Act or under section 57, paragraph 340(*c*) or section 354, 366, 368, 374 or 403 of the *Criminal Code*, in relation to the coming into Canada of the person, pending disposition of

au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

118. (1) [Trafic de personnes] Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.

(2) [Sens de « organisation »] Sont assimilés à l'organisation le recrutement des personnes, leur transport à destination du Canada et, après l'entrée, à l'intérieur du pays, ainsi que l'accueil et l'hébergement de celles-ci.

121. (1) [Infliction de la peine] Le tribunal tient compte, dans l'infliction de la peine visée aux paragraphes 117(2) et (3) et à l'article 120, des facteurs suivants :

a) la mort est survenue ou des blessures ont été infligées;

b) l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle;

c) l'infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé;

d) la personne est soumise à tout traitement dégradant ou attentatoire à la dignité humaine, notamment en ce qui touche les activités professionnelles, la santé ou l'exploitation sexuelle.

(2) [Définition de « organisation criminelle »] On entend par organisation criminelle l'organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

133. [Immunité] L'auteur d'une demande d'asile ne peut, tant qu'il n'est statué sur sa demande, ni une fois que l'asile lui est conféré, être accusé d'une infraction visée à l'article 122, à l'alinéa 124(1)*a*) ou à l'article 127 de la présente loi et à l'article 57, à l'alinéa 340*c*) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du *Code criminel*, dès lors qu'il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la

their claim for refugee protection or if refugee protection is conferred.

APPENDIX B

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150

Article 31

REFUGEES UNLAWFULLY IN THE COUNTRY OF REFUGE

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

. . .

Article 33

PROHIBITION OF EXPULSION OR RETURN ("REFOULEMENT")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209

Article 1. Statement of purpose

The purpose of this Convention is to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively.

condition que l'infraction ait été commise à l'égard de son arrivée au Canada.

ANNEXE B

Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150

Article 31

RÉFUGIÉS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE DANS LE PAYS D'ACCUEIL

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

. . .

Article 33

DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209

Article premier. Objet

L'objet de la présente Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée.

Article 5. Criminalization of participation in an organized criminal group

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity:

(i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of a financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group;

(ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in:

a. Criminal activities of the organized criminal group;

b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim;

(b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crime involving an organized criminal group.

2. The knowledge, intent, aim, purpose or agreement referred to in paragraph 1 of this article may be inferred from objective factual circumstances.

3. States Parties whose domestic law requires involvement of an organized criminal group for purposes of the offences established in accordance with paragraph 1 (a) (i) of this article shall ensure that their domestic law covers all serious crimes involving organized criminal groups. Such States Parties, as well as States Parties whose domestic law requires an act in furtherance of the agreement for purposes of the offences established in accordance with paragraph 1 (a) (i) of this article, shall so inform the Secretary-General of the United Nations at the time of their signature or of deposit of their instrument of ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention.

Article 5. Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque commis intentionnellement :

a) À l'un ou l'autre des actes suivants ou aux deux, en tant qu'infractions pénales distinctes de celles impliquant une tentative d'activité criminelle ou sa consommation :

i) Au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé;

ii) À la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question :

a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé;

b. À d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné;

b) Au fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé.

2. La connaissance, l'intention, le but, la motivation ou l'entente visés au paragraphe 1 du présent article peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives.

3. Les États Parties dont le droit interne subordonne l'établissement des infractions visées à l'alinéa a) i) du paragraphe 1 du présent article à l'implication d'un groupe criminel organisé veillent à ce que leur droit interne couvre toutes les infractions graves impliquant des groupes criminels organisés. Ces États Parties, de même que les États Parties dont le droit interne subordonne l'établissement des infractions visées à l'alinéa a) i) du paragraphe 1 du présent article à la commission d'un acte en vertu de l'entente, portent cette information à la connaissance du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ils signent la présente Convention ou déposent leurs instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion.

Article 34. Implementation of the Convention

1. Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention.

2. The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party independently of the transnational nature or the involvement of an organized criminal group as described in article 3, paragraph 1, of this Convention, except to the extent that article 5 of this Convention would require the involvement of an organized criminal group.

3. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime.

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480

Article 2. Statement of purpose

The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants.

Article 3. Use of terms

For the purposes of this Protocol:

(a) "Smuggling of migrants" shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident;

. . .

Article 6. Criminalization

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal

Article 34. Application de la Convention

1. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour assurer l'exécution de ses obligations en vertu de la présente Convention.

2. Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention sont établies dans le droit interne de chaque État Partie indépendamment de leur nature transnationale ou de l'implication d'un groupe criminel organisé comme énoncé au paragraphe 1 de l'article 3 de la présente Convention, sauf dans la mesure où, conformément à l'article 5 de la présente Convention, serait requise l'implication d'un groupe criminel organisé.

3. Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480

Article 2. Objet

Le présent Protocole a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d'un tel trafic.

Article 3. Terminologie

Aux fins du présent Protocole :

a) L'expression « trafic illicite de migrants » désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État;

. . .

Article 6. Incrimination

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction

offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit:

(a) The smuggling of migrants;

. . .

3. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as aggravating circumstances to the offences established in accordance with paragraph 1 (a), (b) (i) and (c) of this article and, subject to the basic concepts of its legal system, to the offences established in accordance with paragraph 2 (b) and (c) of this article, circumstances:

(a) That endanger, or are likely to endanger, the lives or safety of the migrants concerned; or

(b) That entail inhuman or degrading treatment, including for exploitation, of such migrants.

4. Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa: Fiona Begg, Vancouver; Maria Sokolova, Vancouver.

Solicitors for the appellant Hamalraj Handasamy: Edelmann & Co. Law Offices, Vancouver.

Solicitors for the appellant Jeyachandran Kanagarajah: Rankin & Bond, Vancouver.

Solicitors for the appellant Vignarajah Thevarajah: Gregory P. DelBigio, Q.C., Vancouver; Lisa Sturgess, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

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

pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel :

a) Au trafic illicite de migrants;

. . .

3. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère de circonstance aggravante des infractions établies conformément aux alinéas a), b) i) et c) du paragraphe 1 du présent article et, sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique, des infractions établies conformément aux alinéas b) et c) du paragraphe 2 du présent article :

a) Au fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants concernés; ou

b) Au traitement inhumain ou dégradant de ces migrants, y compris pour l'exploitation.

4. Aucune disposition du présent Protocole n'empêche un État Partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelant Francis Anthonimuthu Appulonappa : Fiona Begg, Vancouver; Maria Sokolova, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Hamalraj Handasamy : Edelmann & Co. Law Offices, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Jeyachandran Kanagarajah : Rankin & Bond, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Vignarajah Thevarajah : Gregory P. DelBigio, c.r., Vancouver; Lisa Sturgess, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): South Ottawa Community Legal Services, Ottawa; Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Refugee Law Office, Toronto; University of Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch) : Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa; Services juridiques communautaires du Centre d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Refugee Law Office, Toronto; Université d'Ottawa, Ottawa.

Canadian Imperial Bank of Commerce *Appellant*

v.

Howard Green and Anne Bell *Respondents*

and

Gerald McCaughey, Tom Woods, Brian G. Shaw and Ken Kilgour *Appellants*

v.

Howard Green and Anne Bell *Respondents*

and

Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights, Shareholder Association for Research and Education, Ontario Securities Commission and Insurance Bureau of Canada *Interveners*

- and -

IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler, Francis T. Joyce, Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble *Appellants*

v.

Marvin Neil Silver and Cliff Cohen *Respondents*

and

Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights and Ontario Securities Commission *Interveners*

Banque Canadienne Impériale de Commerce *Appelante*

c.

Howard Green et Anne Bell *Intimés*

et

Gerald McCaughey, Tom Woods, Brian G. Shaw et Ken Kilgour *Appelants*

c.

Howard Green et Anne Bell *Intimés*

et

Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs, Shareholder Association for Research and Education, Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et Bureau d'assurance du Canada *Intervenants*

- et -

IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler, Francis T. Joyce, Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble *Appelants*

c.

Marvin Neil Silver et Cliff Cohen *Intimés*

et

Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs et Commission des valeurs mobilières de l'Ontario *Intervenantes*

- and -

Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi *Appellants*

v.

Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund *Respondent*

and

Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi *Appellants*

v.

Nabil Berzi *Respondent*

and

Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi *Appellants*

v.

Huacheng Xing *Respondent*

and

Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights and Ontario Securities Commission *Interveners*

- et -

Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi *Appelants*

c.

Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario *Intimé*

et

Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi *Appelants*

c.

Nabil Berzi *Intimé*

et

Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi *Appelants*

c.

Huacheng Xing *Intimé*

et

Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs et Commission des valeurs mobilières de l'Ontario *Intervenantes*

Indexed as: Canadian Imperial Bank of Commerce *v.* Green

2015 SCC 60

File Nos.: 35807, 35811, 35813.

2015: February 9; 2015: December 4.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.

Répertorié : Banque Canadienne Impériale de Commerce *c.* Green

2015 CSC 60

N^{os} du greffe : 35807, 35811, 35813.

2015 : 9 février; 2015 : 4 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Securities — Class actions — Limitation of actions — Statutory action for secondary market misrepresentation — Suspension of limitation period — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation in s. 138.3 of Securities Act — Leave required to commence statutory action under s. 138.8 of Securities Act — Limitation period for statutory action expiring prior to leave being granted — Whether s. 28 of Class Proceedings Act, 1992, operates to suspend limitation period applicable to statutory action before leave to commence statutory action is granted — Whether statutory action time-barred — If yes, whether statutory action can be saved by order granting leave nunc pro tunc or doctrine of special circumstances — Whether threshold of reasonable possibility of success applies for leave to commence statutory action under s. 138.3 of Securities Act — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 28 — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 138.3, 138.8, 138.14.

Civil procedure — Class actions — Preferable procedure — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation — Whether Court of Appeal erred in holding that five of seven common issues relating to common law misrepresentation claim should be certified.

The appeals in these three cases (*CIBC*, *IMAX* and *Celestica*) stem from motions in class proceedings brought before different judges of the Ontario Superior Court of Justice. In each case, the respondent plaintiffs claimed damages under the common law tort of negligent misrepresentation and pleaded an intention to claim damages under the statutory cause of action in s. 138.3 of Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act* ("*OSA*") for alleged misrepresentations in respect of shares trading in the secondary market. None of the plaintiffs obtained leave to commence the statutory action, required under

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

Valeurs mobilières — Recours collectifs — Prescription — Action prévue par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — Suspension du délai de prescription — Dommages-intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières — Autorisation requise par l'art. 138.8 de la Loi sur les valeurs mobilières pour intenter l'action prévue par la loi — Délai de prescription pour intenter l'action échu avant que l'autorisation ne soit accordée — L'article 28 de la Loi de 1992 sur les recours collectifs a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à l'action prévue par la loi avant que l'autorisation d'intenter celle-ci ne soit accordée? — L'action prévue par la loi est-elle prescrite? — Si oui, peut-elle être sauvegardée par une ordonnance accordant l'autorisation nunc pro tunc ou par la doctrine des circonstances particulières? — Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable d'avoir gain de cause s'applique-t-il à la demande d'autorisation d'intenter une action en vertu de l'art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 28 — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.3, 138.8, 138.14.

Procédure civile — Recours collectifs — Procédure constituant le meilleur moyen — Dommages-intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d'action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que cinq des sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law devaient être autorisées?

Les pourvois dans ces trois causes (*CIBC*, *IMAX* et *Celestica*) découlent de motions dans le cadre de recours collectifs présentées devant des juges différents de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans chacune des causes, les demandeurs intimés réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et ont plaidé qu'ils avaient l'intention de réclamer des dommages-intérêts en se fondant sur la cause d'action prévue à l'art. 138.3 de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* (« *LVM* ») de l'Ontario pour la présentation présumément

s. 138.8 *OSA*, before commencing the class proceeding based on the common law cause of action. In all of the cases, the limitation period for the statutory action, if not suspended, would have run out prior to leave being obtained. In *CIBC*, the motion for leave was filed before the expiry of the limitation period; in *IMAX*, the motion for leave was filed and argued before the expiry of the limitation period; and in *Celestica*, the motion for leave was filed after the expiry of the limitation period.

Section 28 of the *Class Proceedings Act, 1992* ("*CPA*") operates to suspend the limitation period for a cause of action asserted in a class proceeding in favour of the members of a class on the commencement of the class proceeding. During the course of the class proceedings at issue in these appeals, the Ontario Court of Appeal released its decision in another matter, *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569 ("*Timminco*"), in which it interpreted the application of s. 28 *CPA* to the limitation period in s. 138.14 *OSA* for the first time. The panel held that s. 28 *CPA* did not operate to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* until leave was obtained under s. 138.8 *OSA*. The motion judges considering the issue of leave to commence the statutory action in the present cases found that they were bound by *Timminco*. The motion judges in *IMAX* and *Celestica* applied the common law doctrines of *nunc pro tunc* and special circumstances to save the statutory claims in those proceedings from being statute-barred. The motion judge in *CIBC* found that those doctrines were inapplicable, and that the statutory claim could not be saved.

In *CIBC*, in addition to the limitation period issue, the defendants challenged the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA* and the plaintiffs sought certification for seven common issues relating to the common law misrepresentation claim. Despite his finding that the statutory action was statute-barred, the motion judge interpreted s. 138.8 *OSA* as establishing a relatively low threshold. With respect to certification of the issues, the motion judge held that reliance, a necessary element of a common law misrepresentation claim, was not an issue that was capable of

inexacte de faits à l'égard du commerce d'actions sur le marché secondaire. Aucun des demandeurs n'a obtenu l'autorisation d'intenter l'action prévue par la loi (ou action légale), autorisation exigée aux termes de l'art. 138.8 de la *LVM*, avant d'introduire le recours collectif fondé sur la cause d'action en common law. Dans tous les dossiers, le délai de prescription pour intenter l'action prévue par la loi, s'il n'était pas suspendu, aurait expiré avant l'obtention de l'autorisation. Dans *CIBC*, la motion demandant l'autorisation a été déposée dans le délai fixé par la loi; dans *IMAX*, la motion demandant l'autorisation a été déposée et plaidée dans le délai fixé par la loi; dans *Celestica*, la motion demandant l'autorisation a été déposée après l'expiration du délai.

L'article 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* (« *LRC* ») a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif en faveur des membres du groupe à l'introduction du recours collectif. Pendant que les recours collectifs en cause dans les présents pourvois étaient en instance, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa décision dans une autre affaire, *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569 (« *Timminco* »), où elle a interprété pour la première fois l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu à l'art. 138.14 de la *LVM*. La formation a statué que l'art. 28 de la *LRC* n'avait pas pour effet de suspendre le délai de prescription prévu à l'art. 138.14 de la *LVM* jusqu'à ce que l'autorisation soit obtenue conformément à l'art. 138.8 de la même loi. Les juges saisis des motions demandant l'autorisation d'intenter l'action prévue par la loi dans les présents dossiers se sont estimés liés par l'arrêt *Timminco*. Les juges saisis des motions dans *IMAX* et *Celestica* ont appliqué les doctrines de *nunc pro tunc* et des circonstances particulières, reconnues en common law, pour empêcher la prescription des actions prévues par la loi dans ces dossiers. Dans *CIBC*, le juge des motions a conclu que ces doctrines n'étaient pas applicables et que l'action prévue par la loi ne pouvait être sauvegardée.

Dans l'affaire *CIBC*, en plus de la question du délai de prescription, les défendeurs ont contesté le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu'il demande l'autorisation au titre de l'art. 138.8 de la *LVM* et les demandeurs ont sollicité la certification du recours collectif quant à sept questions communes relatives à la réclamation pour déclaration inexacte en common law. Même s'il a conclu que l'action prévue par la loi était prescrite, le juge des motions a jugé que l'art. 138.8 de la *LVM* établit un critère préliminaire relativement peu élevé. Quant à la certification des questions, le juge des

resolution on a common basis, and that a class proceeding would not be the preferable procedure for resolving a reliance-based claim. He refused to certify all seven issues relating to the common law misrepresentation claim.

On appeal, the three cases were heard together by a five-member panel of the Ontario Court of Appeal. The panel unanimously overruled the interpretation of *Timminco*, holding that s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period for all class members once the statutory cause of action is asserted in a class proceeding by a representative plaintiff, even if leave has not yet been granted under s. 138.8 *OSA*, as long as the facts that found the action and the intent to seek leave to commence the action have been pleaded. As a result, the court concluded that in all three cases, the plaintiffs' statutory claims for secondary market misrepresentation were not statute-barred. With respect to the threshold to be met for leave to be granted under s. 138.8 *OSA*, the Court of Appeal upheld the interpretation of the motion judge in *CIBC*. Finally, the Court of Appeal upheld the motion judge's decision in *CIBC* not to certify the issues relating to reliance and damages, but it held that five out of the seven issues proposed by the plaintiffs related to the intent and conduct of the defendant CIBC and should be certified as against that defendant in order to advance the litigation against it.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part): The appeals in *CIBC* should be dismissed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred. McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would allow the appeals on this issue. Cromwell J. would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeals. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeals. On the issues of the threshold for leave and the certification of common issues, a unanimous court would dismiss the appeals.

motions a conclu que la question de savoir si une personne s'est fiée aux déclarations inexactes, élément nécessaire du recours de common law pour déclaration inexacte, n'est pas une question susceptible d'être traitée collectivement et qu'un recours collectif ne serait pas le meilleur moyen de régler une action fondée sur le fait que le demandeur s'est fié aux déclarations. Il a refusé de certifier les sept questions relatives à l'action en common law pour déclaration inexacte.

En appel, les trois affaires ont été instruites ensemble par une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario. La formation a infirmé à l'unanimité l'arrêt *Timminco*, jugeant que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à tous les membres du groupe dès qu'un représentant des demandeurs invoque la cause d'action légale dans un recours collectif, et ce, même si l'autorisation n'a pas encore été accordée en application de l'art. 138.8 de la *LVM*, pourvu que les faits à l'origine de l'action et l'intention de demander l'autorisation d'intenter l'action aient été plaidés. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que dans les trois cas, les actions prévues par la loi intentées par les demandeurs pour déclaration inexacte des faits sur le marché secondaire n'étaient pas prescrites. Quant au critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour que l'autorisation soit accordée en application de l'art. 138.8 de la *LVM*, la Cour d'appel a confirmé l'interprétation du juge des motions dans *CIBC*. Enfin, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge des motions dans *CIBC* de ne pas certifier les questions relatives au fait de se fier aux déclarations et relatives aux dommages-intérêts, mais elle a conclu que cinq des sept questions proposées par les demandeurs se rapportaient à l'intention et à la conduite de la défenderesse CIBC et devaient être certifiées à l'encontre de cette défenderesse pour que la poursuite engagée contre elle aille de l'avant.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie) : Les pourvois dans l'affaire *CIBC* sont rejetés. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis d'accueillir les pourvois sur cette question. Le juge Cromwell est d'avis d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter les pourvois. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter les pourvois. Quant aux questions du critère préliminaire d'autorisation et de la certification des questions communes, les juges, à l'unanimité, sont d'avis de rejeter les pourvois.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part): The appeal in *IMAX* should be dismissed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred. McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would allow the appeal with respect to the defendants who were not parties to the original statement of claim but would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeal with respect to the defendants who were parties to the original statement of claim. Cromwell J. would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeal with respect to all defendants. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeal.

Held (Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting): The appeal in *Celestica* should be allowed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred and would allow the appeal. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeal.

The issues are decided as follows:

1. On a majority reasoning by Côté J. (and McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.), s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* applicable to a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* at the time when the action is commenced, that is, when leave is granted under s. 138.8 *OSA* in a class proceeding. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. (dissenting on this issue) would find that s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

2. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. hold that courts have the inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc* for leave to proceed with an action where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. In *CIBC*, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would not exercise their discretion to grant such an order, but Cromwell J. would. In *IMAX*, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. are of the view that the motion judge exercised her discretion to grant such an

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi dans l'affaire *IMAX* est rejeté. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis d'accueillir le pourvoi à l'endroit des défendeurs qui n'étaient pas parties à la déclaration initiale, mais d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter le pourvoi à l'endroit des défendeurs qui étaient parties à la déclaration initiale. Le juge Cromwell est d'avis d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter le pourvoi à l'endroit de tous les défendeurs. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter le pourvoi.

Arrêt (les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi dans l'affaire *Celestica* est accueilli. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite et sont d'avis d'accueillir le pourvoi. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter le pourvoi.

Les questions en litige sont tranchées comme suit :

1. Selon une opinion majoritaire de la juge Côté (avec l'appui de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell), l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* et applicable à l'action prévue par l'art. 138.3 de la *LVM* au moment où l'action est intentée, c'est-à-dire dès lors que l'autorisation exigée par l'art. 138.8 de la *LVM* dans le contexte d'un recours collectif a été accordée. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon (dissidents sur ce point) sont d'avis de conclure que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law et plaide la cause d'action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

2. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* relativement à une demande d'autorisation d'intenter un recours lorsque l'autorisation est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Dans *CIBC*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis de ne pas exercer leur pouvoir discrétionnaire pour rendre une telle ordonnance, mais le juge

order correctly with respect to the defendants who were parties to the original statement of claim, but not in respect of the defendants who were not parties to any statement of claim at the time when argument on the leave application was concluded. Cromwell J. is of the view that the motion judge was correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion in respect of all of the defendants. In *Celestica*, McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. would deny the *nunc pro tunc* order.

3. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. hold that the doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three cases since neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3 *OSA*.

4. Unanimous: the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA* is that there must be a reasonable or realistic chance that the action will succeed. Moldaver, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the *CIBC* plaintiffs have met the required threshold.

5. Unanimous: in *CIBC*, the Court of Appeal did not err in holding that five of the seven common issues proposed by the plaintiffs relating to the common law misrepresentation claim should be certified.

Interaction Between Section 28 *CPA* and Section 138.14 *OSA*

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. (majority opinion): Pleading an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 *OSA* claim in a class proceeding together with a common law cause of action amounts to neither the assertion of the statutory cause of action nor the commencement of a class proceeding for that statutory cause of action under s. 28 *CPA*. Accordingly, the limitation period at s. 138.14 *OSA* cannot be suspended in favour of the class members under s. 28 *CPA* before leave is granted under s. 138.8 *OSA* to commence the statutory action.

Cromwell est d'avis de l'exercer. Dans *IMAX*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis que la juge des motions a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire de prononcer une telle ordonnance à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale, mais pas à l'endroit des défendeurs qui n'étaient parties à aucune déclaration lorsque le débat sur la demande d'autorisation s'est terminé. Le juge Cromwell est d'avis que la juge des motions a eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit de tous les défendeurs. Dans *Celestica*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté sont d'avis de refuser de rendre une ordonnance *nunc pro tunc*.

3. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que la doctrine des circonstances spéciales n'est d'aucune utilité pour l'un ou l'autre des demandeurs dans les trois dossiers parce qu'on ne peut faire obstacle ni au délai prescrit à l'art. 138.14 de la *LVM* ni à l'exigence d'autorisation prévue par l'art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure l'action prévue à l'art. 138.3 de la *LVM*.

4. Unanimement : selon le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu'il demande l'autorisation au titre de l'art. 138.8 de la *LVM*, il doit exister une possibilité raisonnable ou réaliste que l'action soit accueillie. Les juges Moldaver, Cromwell, Karakatsanis et Gascon concluent que les demandeurs dans l'affaire *CIBC* ont satisfait à ce critère.

5. Unanimement : dans *CIBC*, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que cinq des sept questions communes proposées par les demandeurs quant à la réclamation de common law fondée sur la déclaration inexacte devaient être certifiées.

Interaction entre l'art. 28 de la *LRC* et l'art. 138.14 de la *LVM*

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté (opinion majoritaire) : Indiquer une intention de demander une permission à l'égard d'un recours fondé sur l'art. 138.3 de la *LVM* dans un recours collectif en plus de plaider une cause d'action en common law ne revient ni à invoquer la cause d'action statutaire ni à introduire un recours collectif pour cette cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*. Le délai de prescription fixé par l'art. 138.14 de la *LVM* ne peut donc être suspendu en faveur des membres du groupe en application de l'art. 28 de la *LRC* avant que la permission d'intenter le recours collectif visée à l'art. 138.8 ait été accordée.

There is no ambiguity in the interaction of s. 28 *CPA* with Part XXIII.1 *OSA*. Section 28 *CPA* requires "a cause of action asserted" in order for the limitation period to be suspended in favour of the class members on the commencement of the class proceeding. The interpretation of the meaning of the word "assert" in s. 28 *CPA* proposed by the Court of Appeal in *Timminco* is correct. The assertion of a cause of action must be premised on the existence of a "right of action". Given the clear wording of s. 138.3 *OSA*, pleading a factual matrix and an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot amount to the assertion of the statutory cause of action.

Section 28 *CPA* does not operate to suspend the limitation period applicable to a cause of action until the commencement of a class proceeding in which the cause of action is asserted. This commencement cannot occur under Part XXIII.1 *OSA* until leave is granted. Section 138.8(1) *OSA* is clear that no action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court.

Even if there was an ambiguity in the wording of the relevant provisions — which there is not — the legislative purpose and structure of those provisions would nonetheless support this conclusion. To hold that s. 28 *CPA* operates to suspend a limitation period for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* before leave is obtained would be to circumvent the carefully calibrated purposive balance struck by the limits to the statutory action provided for in Part XXIII.1 *OSA* and render s. 138.8 *OSA* ineffective.

A careful consideration of the context of limitation periods, the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* reveals that the Court of Appeal's decision in the instant cases broadly undermines the legislative structures and the purposes at stake in these appeals. On the one hand, Part XXIII.1 *OSA* strikes a delicate balance between various market participants: the interests of potential plaintiffs and defendants and of affected long-term shareholders have been weighed considerably and deliberately in light of a desired precise balance between deterrence and compensation. On the other hand, class actions are procedural mechanisms which can only extend the substantive rights of the representative plaintiff to the other class members: before there is a right of action or a suspension of the limitation period flowing from the operation of the statutory scheme itself, the *CPA* cannot be interpreted in such a way as to create either one. Part XXIII.1 *OSA*, the more recent legislation, creates a scheme that is intended to be comprehensive, and was crafted with the *CPA* in

Il n'y a aucune ambiguïté entre l'art. 28 de la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM*. L'article 28 de la *LRC* exige « une cause d'action invoquée » pour que le délai de prescription soit suspendu en faveur des membres du groupe à l'introduction du recours collectif. L'interprétation que la Cour d'appel propose, dans *Timminco*, de donner au mot « invoquée » figurant à l'art. 28 de la *LRC* est correcte. L'assertion d'une cause d'action doit reposer sur l'existence d'un « droit d'action ». Vu le libellé clair de l'art. 138.3 de la *LVM*, alléguer un fondement factuel et indiquer une intention de demander la permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM* ne peuvent signifier invoquer la cause d'action statutaire.

L'article 28 de la *LRC* n'a pas pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d'action avant que le recours collectif invoquant la cause d'action ne soit introduit. Ce recours collectif ne peut être introduit en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* jusqu'à ce que la permission soit accordée. Le paragraphe 138.8(1) de la *LVM* est clair : une action ne peut être intentée en vertu de l'art. 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal.

Même si le libellé des dispositions pertinentes comportait une ambiguïté — laquelle n'existe pas —, le but et la structure de ces dispositions étayeraient malgré tout cette conclusion. Conclure que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre un délai de prescription applicable à un recours visé par l'art. 138.3 de la *LVM* avant que la permission n'ait été obtenue contournerait l'équilibre téléologique soigneusement atteint par les limites imposées à l'action statutaire par la partie XXIII.1 de la *LVM* et rendrait inefficace l'art. 138.8 de la *LVM*.

Un examen attentif du contexte des délais de prescription, de la *LRC* et de la partie XXIII.1 de la *LVM* révèle que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans les présents dossiers mine considérablement la structure et les objectifs du régime statutaire en jeu dans les présents pourvois. D'une part, la partie XXIII.1 de la *LVM* instaure un équilibre délicat entre les différents acteurs du marché. Les intérêts des demandeurs et des défendeurs éventuels, ainsi que des actionnaires à long terme touchés, ont été soupesés consciencieusement et délibérément dans l'optique d'un équilibre précis et voulu entre la dissuasion et l'indemnisation. D'autre part, les recours collectifs sont des véhicules (ou mécanismes) procéduraux qui peuvent uniquement étendre les droits substantiels du représentant des demandeurs aux autres membres du groupe : avant qu'il n'y ait de droit d'action ou suspension du délai de prescription résultant de l'opération du régime statutaire lui-même, la *LRC* ne peut être interprétée de façon à créer l'un ou l'autre.

mind. The purposes associated with the *CPA* — judicial economy, access to the courts and behaviour modification — were each explicitly considered in developing the structure of Part XXIII.1 *OSA*. Policy concerns, as compelling as they are, do not override the plain meaning of the text and the intent of the Ontario legislature. This is not altered by the fact that both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, and should thus be interpreted broadly and purposively. The end result of the legislature's consideration was that the scheme includes a leave requirement that serves as a precondition to the commencement of an action, a limitation period and no requirement to prove reliance on the misrepresentation. The combined effect of these features is to promote efficiency and fairness for both parties.

La partie XXIII.1 de la *LVM*, le texte législatif le plus récent, a instauré un régime se voulant complet et a été rédigée alors que la *LRC* était déjà en vigueur. Les objectifs associés à la *LRC* — l'économie des ressources judiciaires, l'accès aux tribunaux et la modification des comportements — ont chacun été explicitement considérés lorsque la structure de la partie XXIII.1 de la *LVM* a été élaborée. Les considérations de principe, aussi impératives soient-elles, ne peuvent primer le sens clair du texte et l'intention du législateur ontarien. Le fait que la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* soient toutes deux de nature réparatrice et doivent par le fait même recevoir une interprétation large et téléologique n'y change rien. Le résultat final de l'exercice auquel s'est livré le législateur est que le régime statutaire impose l'exigence d'obtenir une permission en guise de condition préalable à l'introduction d'un recours, un délai de prescription et l'absence de nécessité de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte. La combinaison de ces aspects contribue à l'efficacité et à l'équité envers les deux parties.

The interpretation proposed by the Court of Appeal in these cases also significantly affects the protection provided against strike suits, which aims to screen out strike suits as early as possible in the litigation process. The preliminary leave requirement in s. 138.8 *OSA* was added because the usual measures under the *CPA* did not provide appropriate safeguards. Requiring merely that a statutory cause of action be mentioned in an existing class proceeding for the limitation period to be suspended can hardly be said to achieve the intended protection.

L'interprétation proposée par la Cour d'appel dans les présents dossiers modifie également de façon significative la protection accordée contre les poursuites opportunistes et dénuées de fondement qui vise à écarter ce type de poursuites aussitôt que possible dans le processus. L'obligation d'obtenir la permission préliminaire prévue à l'art. 138.8 de la *LVM* a été ajoutée parce que les mécanismes prévus par la *LRC* ne constituaient pas des garanties suffisantes. Accepter que la simple mention d'une cause d'action statutaire dans un recours collectif alors pendant suffit pour faire suspendre le délai de prescription ne permet guère d'atteindre la protection voulue.

Per Cromwell J.: The conclusions of Côté J. on the interpretation of the limitation and leave provisions are agreed with.

Le juge Cromwell : Il y a accord avec les conclusions de la juge Côté sur l'interprétation des dispositions relatives au délai de prescription et à l'autorisation.

Per Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. (minority opinion): The five-member panel of the Court of Appeal was correct to overturn that court's earlier interpretation of the application of s. 28 *CPA* to the s. 138.14 *OSA* limitation period. As long as the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* is asserted in a properly commenced class proceeding, s. 28 *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all causes of action asserted — including the limitation period governing the statutory claim — regardless of whether leave has been obtained under s. 138.8 *OSA*.

Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon (opinion minoritaire) : La formation de cinq juges de la Cour d'appel a eu raison d'infirmer l'interprétation que cette cour avait donnée précédemment de l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu par l'art. 138.14 de la *LVM*. Tant que la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* est invoquée dans un recours collectif valablement introduit, l'art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription applicables à toutes les causes d'action invoquées — y compris le délai de prescription régissant l'action prévue par la loi — que l'autorisation exigée par l'art. 138.8 de la *LVM* ait ou non été obtenue.

This understanding of s. 28 *CPA* best accords with the words, scheme and purpose of the *CPA*, as well as the language, purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*. A harmonious interpretation that respects the ordinary meaning of the text of both the *CPA* and the *OSA* and the context and the purpose of the *CPA*, recognizing its intended application in the securities context, must be sought. As both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, the provisions from those statutes must be interpreted broadly and purposively. Moreover, in analysing the interaction between the laws of one legislature, it must be presumed that the laws are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The relevant provisions in the *OSA* were enacted after the *CPA*, and it is clear that Part XXIII.1 *OSA* was intended to operate in the context of class proceedings legislation.

Section 28 *CPA* is engaged upon the commencement of a class proceeding with respect to "a cause of action asserted" in the class proceeding. "Assert" has multiple dictionary meanings, and "to assert" is defined variously as "to invoke or enforce a legal right" or "make or enforce a claim to". The Court of Appeal's conclusion that "asserting" a cause of action in s. 28 *CPA* refers to "invoking the legal right" or "making the claim" is more consistent with the English and the French text of s. 28 *CPA* and with the context of that provision.

In order to "make the claim" or "invoke the legal right", the representative plaintiff must plead the essential factual elements required to constitute the cause of action. Section 138.3 provides injured shareholders with four causes of action tied to misrepresentations or the failure to make timely disclosure of a material change. Leave is not one of the factual elements set out in that provision. Therefore, the leave requirement in s. 138.8 *OSA* is not a constituent element of the statutory cause of action set out in s. 138.3 *OSA*. Rather, obtaining leave under s. 138.8 *OSA* is a procedural requirement. It is necessary for the right arising from s. 138.3 to be ultimately exercised, adjudicated at trial and enforced; however, "asserting" the statutory cause of action for the purposes of s. 28 *CPA* does not require the representative plaintiff to first obtain leave. The statutory cause of action can therefore be asserted in a class proceeding statement of claim before leave is obtained.

Cette interprétation de l'art. 28 est celle qui s'accorde le mieux avec le libellé, l'économie et l'objet de la *LRC*, ainsi qu'avec le texte, l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM*. Il faut rechercher une interprétation harmonieuse qui respecte le sens ordinaire du texte tant de la *LRC* que de la *LVM* ainsi que le contexte et l'objet de la *LRC*, eu égard à la manière dont cette loi est censée s'appliquer dans le domaine des valeurs mobilières. Puisque la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* sont toutes les deux de nature réparatrice, leurs dispositions doivent être interprétées de façon large et fondée sur leur objet. De plus, en analysant la corrélation entre les lois d'un législateur, il faut présumer que ces lois fonctionnent ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d'un tout. Les dispositions pertinentes de la *LVM* ont été adoptées après la *LRC*, et il est clair que la partie XXIII.1 de la *LVM* était censée s'appliquer dans le contexte de la législation sur les recours collectifs.

L'article 28 de la *LRC* entre en jeu dès l'introduction du recours collectif à l'égard d'« une cause d'action invoquée » dans le recours collectif. Les dictionnaires donnent de nombreuses acceptions du mot anglais « *assert* » qui est défini tantôt comme « invoquer ou faire valoir un droit », tantôt comme « faire ou exécuter une réclamation ». La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le mot « *asserted* », dans la version anglaise de l'art. 28, parlant d'une cause d'action, a le sens d'« invoquer un droit » ou de « faire une réclamation » concorde mieux avec les textes anglais et français de l'art. 28 et le contexte de cette disposition.

Pour « faire la réclamation » ou « invoquer le droit », le représentant des demandeurs doit plaider les éléments de fait essentiels nécessaires pour constituer la cause d'action. L'article 138.3 accorde aux actionnaires lésés quatre causes d'action liées à la présentation inexacte des faits ou au non-respect des obligations d'information occasionnelle portant sur un changement important. L'autorisation ne fait pas partie des éléments de fait décrits dans cette disposition. Par conséquent, la nécessité d'obtenir l'autorisation prévue à l'art. 138.8 de la *LVM* n'est pas un élément constitutif de la cause d'action prévue à l'art. 138.3 de cette loi. De fait, l'obtention de l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM* est une exigence procédurale. Elle est nécessaire pour que le droit découlant de l'art. 138.3 puisse être exercé, tranché au procès et exécuté par la suite. Cependant, « invoquer » (« *asserting* ») la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la *LRC* n'oblige pas le représentant des demandeurs à obtenir d'abord l'autorisation. La cause d'action légale peut donc être invoquée dans la déclaration d'un recours collectif avant que l'autorisation ne soit obtenue.

Section 28 *CPA* suspends the running of the limitation periods upon the "commencement of the class proceeding". "Commencement" for the purpose of this provision refers to the commencement of an intended class proceeding under the *CPA* prior to certification. To commence a class proceeding, the representative plaintiff must file a statement of claim. The text of s. 28 recognizes that multiple causes of action could be asserted in a single statement of claim. Section 28 does not condition the commencement of the class proceeding on the prior fulfillment of all procedural requirements in respect of every cause of action asserted in the proceeding. On a plain reading of s. 28, the limitation periods applicable to all causes of action asserted in the proceeding are suspended upon the commencement of the proceeding, regardless of whether some would require leave to proceed individually. Thus, s. 28 *CPA* will suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

Excluding the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* from the protection of s. 28 *CPA* until leave has been granted removes compliance with the limitation period from the plaintiff's control. It would also necessarily oblige potential class members to file a multitude of individual motions for leave to commence the statutory claim, thus unnecessarily adding procedural steps and increasing costs and delays for all parties involved. Such an obligation is not required by the text of s. 28 *CPA*, nor by the context or purposes of the *CPA*. Such a result serves neither judicial economy nor access to justice. Rather, it undermines the harmonious operation of class proceedings in the securities context. An interpretation that suspends the limitation period where leave has not yet been granted under s. 138.8 *OSA* promotes the purposes of the *CPA*, is harmonious with the language, purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*, and allows the class proceeding to remain an effective vehicle for the pursuit of Part XXIII.1 statutory claims while respecting the policy underpinnings of limitation periods.

In each of the three cases under appeal, the plaintiffs commenced class proceedings and pleaded the constituent facts of the tort of negligent misrepresentation and of

L'article 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription à l'« introduction du recours collectif ». L'« introduction », pour l'application de cette disposition, s'entend de l'introduction d'un recours collectif projeté en vertu de la *LRC* avant la certification. Pour introduire un recours collectif, le représentant des demandeurs doit déposer une déclaration. Le texte de l'art. 28 reconnaît la possibilité que de multiples causes d'action soient invoquées dans une seule déclaration. L'article 28 n'a pas pour effet de rendre l'introduction du recours collectif conditionnelle à la réalisation de toutes les exigences procédurales à l'égard de chacune des causes d'action invoquées dans le recours. Selon le sens clair de l'art. 28, les délais de prescription applicables à toutes les causes d'action invoquées dans le recours sont suspendus à l'introduction du recours collectif, que certaines d'entre elles nécessitent ou non une autorisation pour aller de l'avant individuellement. Ainsi, l'art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law et plaide la cause d'action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

Exclure la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* de la protection conférée par l'art. 28 de la *LRC* jusqu'à ce que l'autorisation soit accordée fait en sorte que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. En outre, cela obligerait nécessairement les membres éventuels du groupe à déposer une multitude de motions individuelles en autorisation d'intenter l'action prévue par la loi, imposant ainsi inutilement à toutes les parties en cause des formalités procédurales supplémentaires, des coûts plus élevés et des délais plus longs. Une telle obligation n'est imposée ni par le libellé de l'art. 28 ni par le contexte ou les objets de la *LRC*. Un tel résultat ne favorise ni l'économie des ressources judiciaires ni l'accès à la justice. Il nuit plutôt au fonctionnement harmonieux des recours collectifs dans le contexte des valeurs mobilières. En outre, une interprétation qui a pour effet de suspendre le délai de prescription lorsque l'autorisation n'a pas encore été accordée en application de l'art. 138.8 de la *LVM* favorise la réalisation des objets de la *LRC*, s'harmonise avec le texte, l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM* et fait en sorte que le recours collectif demeure un moyen efficace d'exercer les poursuites fondées sur la partie XXIII.1, tout en respectant les considérations d'ordre public qui sous-tendent les délais de prescription.

Dans chacune des trois affaires portées en appel, les demandeurs ont introduit des recours collectifs et plaidé dans leurs déclarations les faits constitutifs du délit de

the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* in their statements of claim. This pleading constitutes an assertion of the statutory cause of action for the purposes of s. 28 *CPA*. Thus, the limitation periods for the statutory claims at issue in these appeals are suspended as of the date of filing of their statements of claim and none of the claims are statute-barred.

Remedies

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ.: *Nunc pro tunc* and special circumstances are two separate doctrines, which need to be addressed separately. The courts have inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc*, that is, to backdate their orders. This power is implied by rule 59.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*. The following non-exhaustive factors guide the courts in determining whether to exercise their inherent jurisdiction to grant such an order: (1) the opposing party will not be prejudiced by the order; (2) the order would have been granted had it been sought at the appropriate time, such that the timing of the order is merely an irregularity; (3) the irregularity is not intentional; (4) the order will effectively achieve the relief sought or cure the irregularity; (5) the delay has been caused by an act of the court; and (6) the order would facilitate access to justice. None of these factors is determinative.

An order granting leave to proceed with an action can theoretically be made *nunc pro tunc*, where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. However, a court should not exercise its inherent jurisdiction where this would undermine the purpose of the limitation period or the legislation at issue. This is because, as with all common law doctrines and rules, the inherent jurisdiction to grant *nunc pro tunc* orders is circumscribed by legislative intent. *Nunc pro tunc* orders will not be available if they are precluded by either the language or the purpose of a statute. Accordingly, the courts' inherent jurisdiction to issue *nunc pro tunc* orders in relation to leave to commence claims under s. 138.3 *OSA* is not unlimited and should be exercised bearing in mind that the leave requirement, and its interaction with the limitation period, are central to the delicate balance struck in Part XXIII.1 *OSA*.

déclaration inexacte faite par négligence et de la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*. En plaidant ainsi ces faits, ils se trouvent à avoir invoqué la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la *LRC*. Par conséquent, les délais de prescription applicables aux actions prévues par la loi qui sont en litige dans les présents pourvois sont suspendus à compter de la date du dépôt de leurs déclarations et aucune des poursuites n'est prescrite.

Mesures de redressement

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté : La doctrine *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales sont distinctes et elles doivent être abordées séparément. Les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc*, ce qui signifie qu'ils ont le pouvoir d'antidater leurs ordonnances. Ce pouvoir est confirmé par l'art. 59.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Les facteurs non exhaustifs suivants aident les tribunaux à décider d'exercer ou non leur compétence inhérente pour rendre pareille ordonnance : (1) l'ordonnance ne causera pas préjudice à la partie adverse; (2) l'ordonnance aurait été rendue si elle avait été sollicitée au moment propice, de sorte que le moment du prononcé de l'ordonnance est simplement une irrégularité; (3) l'irrégularité n'est pas intentionnelle; (4) l'ordonnance permettra effectivement d'obtenir le redressement demandé ou de remédier à l'irrégularité; (5) le retard est attribuable à un acte de la cour; (6) l'ordonnance faciliterait l'accès à la justice. Aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi.

Une ordonnance accordant la permission d'intenter une action peut théoriquement être rendue *nunc pro tunc* lorsque la permission est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Toutefois, le tribunal ne devrait pas exercer sa compétence inhérente si cela aurait pour effet de miner l'objectif du délai de prescription ou de la loi en cause. Il en est ainsi parce que, comme pour toutes les doctrines et règles de common law, la compétence inhérente de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est circonscrite par l'intention du législateur. Aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne sera rendue si le libellé ou l'objet d'une loi ne l'autorise pas. Par conséquent, la compétence inhérente des tribunaux pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* visant la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* n'est pas illimitée et doit être exercée en gardant à l'esprit que l'obligation d'obtenir la permission et son interaction avec le délai de prescription sont essentiels à l'équilibre délicat qui est au centre de la partie XXIII.1 de la *LVM*.

The standard of review that ordinarily applies to a judge's discretionary decision on whether to grant an order *nunc pro tunc* is that of deference: if the judge has given sufficient weight to all the relevant considerations, an appellate court must defer to his or her exercise of discretion. However, if the judge's discretion is exercised on the basis of an erroneous principle, an appellate court is entitled to intervene. In *CIBC*, the motion judge found that he did not have jurisdiction to make the order *nunc pro tunc*. It follows that he did not actually exercise any discretion, and there is therefore no decision to defer to. But, even if he had done so, his reasoning on whether the order should be granted *nunc pro tunc* was based on an erroneous principle. In *IMAX*, in exercising her discretion, the motion judge failed to address or distinguish the situation of the defendants who were not parties to the original statement of claim. Therefore, no deference applies.

In *CIBC*, the plaintiffs were aware of the requirement of obtaining leave but made the choice not to expedite the leave motion, proceeding on the assumption that the court had the jurisdiction to extend the limitation period and that the discretion would be exercised in their favour by granting leave *nunc pro tunc*. In this case, to grant a *nunc pro tunc* order even though the plaintiffs did absolutely nothing to prevent the expiry of the limitation period would have the effect of overriding the legislature's intent.

In *IMAX*, the motion judge exercised her discretion correctly in making a *nunc pro tunc* order in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim. However, as regards the other defendants, who were not defendants in any proceeding at the time when argument on the leave application was concluded, the plaintiffs, who waited more than two years after leave was granted before issuing a first statement of claim against them as defendants and provided no valid explanation for this delay, certainly cannot be said to have acted diligently. Granting relief to the plaintiffs against those defendants would undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA* and the balance struck in the legislation.

In *Celestica*, no motion for leave was filed before the expiry of the limitation period. Accordingly, a *nunc pro*

La norme qui s'applique en temps normal à la décision discrétionnaire du juge de rendre ou non une ordonnance *nunc pro tunc* est celle de la déférence : si le juge a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, une cour d'appel doit s'en remettre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Cependant, si le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné, une cour d'appel peut intervenir. Dans le dossier *CIBC*, le juge de première instance a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance *nunc pro tunc*. Il s'ensuit qu'il n'a pas exercé de pouvoir discrétionnaire et que la déférence n'est pas de mise. Cela dit, même s'il avait exercé telle discrétion, son analyse de la question de savoir si l'ordonnance devrait être rendue *nunc pro tunc* était fondée sur un principe erroné. Dans *IMAX*, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, la juge de première instance n'a pas traité de la situation des défendeurs qui n'étaient pas parties à la déclaration originale et n'a pas non plus fait de distinction entre leur situation et celle des défendeurs initiaux. Le principe de déférence ne s'applique donc pas.

Dans *CIBC*, les demandeurs étaient conscients de la nécessité d'obtenir la permission, mais ils ont fait le choix de ne pas procéder plus rapidement avec leur requête pour permission, tenant pour acquis que le tribunal avait compétence pour proroger le délai de prescription et qu'il exercerait son pouvoir discrétionnaire en leur faveur en leur accordant la permission *nunc pro tunc*. En l'espèce, prononcer une ordonnance *nunc pro tunc* même si les demandeurs n'ont absolument rien fait pour prévenir l'expiration du délai de prescription aurait pour conséquence de passer outre à l'intention du législateur.

Dans *IMAX*, la juge de première instance a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en rendant l'ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale. Cependant, dans le cas des autres défendeurs, qui n'étaient parties à aucune instance pendante lorsque le débat sur la demande de permission s'est terminé, les demandeurs, ayant attendu plus de deux ans après l'octroi de la permission avant de déposer une première déclaration contre eux à titre de défendeurs et n'ayant fourni aucune explication valable pour ce délai, on ne peut assurément pas dire qu'ils ont fait preuve de diligence. Accorder un redressement aux demandeurs aux dépens de ces défendeurs minerait le délai de prescription strict établi à l'art. 138.14 de la *LVM* et compromettrait l'équilibre établi par la loi.

Dans *Celestica*, aucune requête pour permission n'a été déposée avant l'expiration du délai de prescription.

tunc order could not remedy that expiry. This is sufficient to deny such an order.

The doctrine of special circumstances allows a court to temper the potentially harsh and unfair effects of limitation periods by allowing a plaintiff to add a cause of action or a party to the statement of claim after the expiry of the relevant limitation period. The circumstances warranting such an amendment will not often occur. In the case of statutory actions under s. 138.3 *OSA*, the legislature specifically barred a plaintiff from commencing such an action without first obtaining leave of the court. Accordingly, the doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three instant cases. Neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3 *OSA*. The doctrine, therefore, does not provide the plaintiffs with an effective remedy, since it cannot on its own overcome the leave requirement of s. 138.8 *OSA*.

Per Cromwell J.: Agreement is expressed for the reasons of Côté J. in respect of the discretionary power of the courts to grant leave *nunc pro tunc* after the expiry of the limitation period to commence a statutory claim for secondary market misrepresentation.

In *CIBC*, the motion judge was ideally placed to assess and weigh all of the many considerations that are relevant to the question of whether the court's discretion should be exercised in the plaintiffs' favour. His assessment of those considerations and the weight to be given to them should be treated with deference on appeal. There is no error in the principles that the motion judge applied, in the factors that he considered relevant or in his assessment of the evidence. Accordingly, there is no basis to interfere with his conclusion that the *nunc pro tunc* discretion should be exercised in the plaintiffs' favour.

The motion judge in *IMAX* was also correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion. The motion judge was intimately familiar with the progress of this file with which she had been dealing over several years. There is no basis on which to interfere with her assessment of the equities of the situation or of the plaintiffs' diligence.

Ainsi, une ordonnance *nunc pro tunc* ne pourrait remédier à cette expiration. Cette raison suffit pour refuser de rendre une telle ordonnance.

La doctrine des circonstances spéciales autorise le tribunal à modérer les effets potentiellement sévères et injustes des délais de prescription en permettant à un demandeur d'ajouter une cause d'action ou une partie à sa déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable. Les circonstances justifiant une telle modification se présentent rarement. Dans le cas d'actions statutaires intentées en application de l'art. 138.3 de la *LVM*, le législateur a expressément prévu l'impossibilité pour un demandeur d'intenter un tel recours sans avoir d'abord obtenu la permission du tribunal. Par conséquent, la doctrine des circonstances spéciales n'est d'aucune utilité pour l'un ou l'autre des demandeurs dans les trois présents dossiers. On ne peut faire obstacle au délai prescrit à l'art. 138.14 de la *LVM* ou à la permission exigée à l'art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure le recours de l'art. 138.3. Cette doctrine ne permet donc pas aux demandeurs d'obtenir un redressement efficace, car elle ne peut contrer à elle seule l'exigence de permission prévue par l'art. 138.8 de la *LVM*.

Le juge Cromwell : Il y a accord avec les motifs de la juge Côté quant au pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'accorder, après l'expiration de ce délai, l'autorisation *nunc pro tunc* d'exercer un recours conféré par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire.

Dans *CIBC*, le juge des motions se trouvait dans une situation idéale pour évaluer et soupeser l'ensemble des multiples considérations se rapportant au point de savoir si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Il faut faire preuve de déférence en appel à l'égard de son analyse de ces considérations et du poids à leur attribuer. Il n'y a aucune erreur dans les principes que le juge des motions a appliqués, les facteurs qu'il a jugé pertinents ou son appréciation de la preuve. Il n'existe donc aucune raison de modifier sa conclusion qu'il y a lieu en l'espèce d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs.

La juge des motions dans *IMAX* a également eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc*. La juge des motions connaissait fort bien l'évolution de ce dossier dont elle s'est occupée pendant des années. Il n'existe aucune raison de modifier son évaluation du caractère équitable de la situation ou de la diligence des demandeurs.

The conclusions of Côté J. in *Celestica* are agreed with.

Cases Cited

By Côté J.

Applied: *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106, rev'g 2013 QCCA 1256; **approved:** *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; **referred to:** *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, aff'g 2003 CanLII 20308; *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010); *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, aff'd 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Young v. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467; *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan v. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina v. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562; *Gallo v. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340; *Krueger v. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130; *Parker v. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279; *Hogarth v. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651; *Couture v. Bouchard* (1892), 21 S.C.R. 281; *Westman v. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *McKenna Estate v. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222; *Holst v. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257; *CIBC Mortgage Corp. v. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764; *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380; *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R.

Il y a accord avec les conclusions de la juge Côté dans *Celestica*.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêt appliqué : *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106, inf. 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128; **arrêt approuvé :** *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; **arrêts mentionnés :** *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, conf. 2003 CanLII 20308; *Morrison c. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010); *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, conf. par 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Young c. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467; *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan c. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina c. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562; *Gallo c. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340; *Krueger c. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130; *Parker c. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279; *Hogarth c. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651; *Couture c. Bouchard* (1892), 21 R.C.S. 281; *Westman c. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *McKenna Estate c. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222; *Holst c. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257; *CIBC Mortgage Corp. c. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764; *Weldon c.*

(3d) 401; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949.

By Cromwell J.

Referred to: *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

By Karakatsanis J.

Referred to: *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Dilollo Estate (Trustee of) v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81; *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387; *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106; *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, aff'g 2003 CanLII 20308; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 2(2), 5, 12, 23, 24, 28, 34.

Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 20, 21.

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 1.03(1) "action", "originating process", "proceeding", 21, 59.01.

Securities Act, CQLR, c. V-1.1, s. 225.4.

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1.1, 138, Part XXIII.1, 138.3, 138.4, 138.8, 138.13, 138.14 [am. 2014, c. 7, Sch. 28, s. 15].

Neal (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380; *Frohlick c. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Dilollo Estate (Trustee of) c. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81; *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106; *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, conf. 2003 CanLII 20308; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401; *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808.

Lois et règlements cités

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 2(2), 5, 12, 23, 24, 28, 34.

Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 20, 21.

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 1.1, 138, partie XXIII.1, 138.3, 138.4, 138.8, 138.13, 138.14 [mod. 2014, c. 7, ann. 28, art. 15].

Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 225.4.

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 1.03(1) « acte introductif d'instance », « action », « instance », 21, 59.01.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "assert".

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "assert".

Canadian Securities Administrators. "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

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

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

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

Ontario. Securities Commission. "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment" (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.

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

Porretta, Christina, and Rahim Punjani. "The Clock Strikes: A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later" (2015), 44 *Adv. Q.* 346.

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

Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*. Toronto: The Exchange, 1997.

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

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman, Cronk, Blair and Juriansz JJ.A.), 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402, 118 O.R. (3d) 641, 314 O.A.C. 315, 50 C.P.C. (7th) 113, [2014] O.J. No. 419 (QL), 2014 CarswellOnt 1143 (WL Can.); setting aside a decision of Strathy J., 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225, [2012] O.J. No. 3072 (QL), 2012 CarswellOnt 8382 (WL Can.); affirming a decision of van Rensburg J., 2012 ONSC 4881, [2012] O.J. No. 4002 (QL), 2012

Doctrine et autres documents cités

Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of "Material Fact" and "Material Change" », CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

Black's Law Dictionary, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « *assert* ».

Bourse de Toronto. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance*, Toronto, La Bourse, 1997.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « *assert* ».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

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

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Class Actions*, vols. I and III, Toronto, ministère du Procureur général, 1982.

Ontario. Commission des valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment » (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.

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

Porretta, Christina, and Rahim Punjani. « The Clock Strikes : A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later » (2015), 44 *Adv. Q.* 346.

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

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

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman, Cronk, Blair et Juriansz), 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402, 118 O.R. (3d) 641, 314 O.A.C. 315, 50 C.P.C. (7th) 113, [2014] O.J. No. 419 (QL), 2014 CarswellOnt 1143 (WL Can.); qui a infirmé une décision du juge Strathy, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225, [2012] O.J. No. 3072 (QL), 2012 CarswellOnt 8382 (WL Can.); qui a confirmé une décision de la juge van Rensburg, 2012 ONSC 4881, [2012] O.J.

CarswellOnt 10391 (WL Can.); and affirming a decision of Perell J., 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264, [2012] O.J. No. 5083 (QL), 2012 CarswellOnt 13292 (WL Can.). The appeals in *CIBC* and *IMAX* are dismissed, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part; the appeal in *Celestica* is allowed, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting.

Sheila R. Block and *James C. Tory*, for the appellant the Canadian Imperial Bank of Commerce.

Benjamin Zarnett, *David D. Conklin* and *Jonathan Edge*, for the appellants Gerald McCaughey et al.

R. Paul Steep, *Dana M. Peebles* and *Brandon Kain*, for the appellants IMAX Corporation et al.

Nigel Campbell, *Andrea Laing* and *Ryan A. Morris*, for the appellants Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi.

Peter R. Jervis, *Joel P. Rochon*, *Sakie Tambakos* and *Remissa Hirji*, for the respondents Howard Green and Anne Bell.

A. Dimitri Lascaris, *William V. Sasso*, *Michael Robb*, *Daniel E. H. Bach* and *Serge Kalloghlian*, for the respondents Marvin Neil Silver and Cliff Cohen.

Kirk M. Baert and *Celeste B. Poltak*, for the respondents the Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund, Nabil Berzi and Huacheng Xing.

Written submissions only by *Margaret L. Waddell* and *Denise Cooney*, for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights.

Bonnie Roberts Jones, for the intervener the Shareholder Association for Research and Education.

Anna Perschy and *Amanda Heydon*, for the intervener the Ontario Securities Commission.

No. 4002 (QL), 2012 CarswellOnt 10391 (WL Can.); et qui a confirmé une décision du juge Perell, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264, [2012] O.J. No. 5083 (QL), 2012 CarswellOnt 13292 (WL Can.). Les pourvois dans *CIBC* et *IMAX* sont rejetés, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie; le pourvoi dans *Celestica* est accueilli, les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon sont dissidents.

Sheila R. Block et *James C. Tory*, pour l'appelante la Banque Canadienne Impériale de Commerce.

Benjamin Zarnett, *David D. Conklin* et *Jonathan Edge*, pour les appelants Gerald McCaughey et autres.

R. Paul Steep, *Dana M. Peebles* et *Brandon Kain*, pour les appelants IMAX Corporation et autres.

Nigel Campbell, *Andrea Laing* et *Ryan A. Morris*, pour les appelants Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi.

Peter R. Jervis, *Joel P. Rochon*, *Sakie Tambakos* et *Remissa Hirji*, pour les intimés Howard Green et Anne Bell.

A. Dimitri Lascaris, *William V. Sasso*, *Michael Robb*, *Daniel E. H. Bach* et *Serge Kalloghlian*, pour les intimés Marvin Neil Silver et Cliff Cohen.

Kirk M. Baert et *Celeste B. Poltak*, pour les intimés les Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario, Nabil Berzi et Huacheng Xing.

Argumentation écrite seulement par *Margaret L. Waddell* et *Denise Cooney*, pour l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs.

Bonnie Roberts Jones, pour l'intervenante Shareholder Association for Research and Education.

Anna Perschy et *Amanda Heydon*, pour l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

Alan L. W. D'Silva, *Daniel S. Murdoch* and *Sinziana R. Hennig*, for the intervener the Insurance Bureau of Canada.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[1] These appeals are the result of competing interpretations of the interaction between two pieces of Ontario legislation: Part XXIII.1 of the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 ("*OSA*"), and s. 28 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 ("*CPA*").

[2] Part XXIII.1 *OSA* provides, at s. 138.3, for a claim for secondary market misrepresentation. An action with respect to this statutory claim may be commenced only with leave of the court as prescribed by s. 138.8 and within the limitation period specified in s. 138.14, that is, three years after the date of the alleged misrepresentations in the instant cases.

[3] As for s. 28 *CPA*, it operates to suspend the limitation period for "a cause of action asserted in a class proceeding" in favour of the members of a class "on the commencement of the class proceeding".

[4] At issue in the court below was the meaning of the word "asserted" in s. 28 *CPA*. Initially, a panel of three judges of the Court of Appeal ruled unanimously in *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, that the statutory claim for secondary market misrepresentation cannot be "asserted" until a court has granted leave to do so. As a result, the court held that the *CPA* could not operate to suspend the limitation period for class members (including for the representative plaintiff) until leave was obtained.

Alan L. W. D'Silva, *Daniel S. Murdoch* et *Sinziana R. Hennig*, pour l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[1] Les présents pourvois découlent d'interprétations divergentes au sujet de l'interaction entre deux textes de loi de l'Ontario : la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5 (« *LVM* »), et l'art. 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6 (« *LRC* »).

[2] La partie XXIII.1 de la *LVM* permet, à l'art. 138.3, d'intenter un recours pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire (appelée « présentation inexacte des faits » dans la *LVM*). Ce recours ne peut être intenté qu'avec la permission du tribunal, comme le prévoit l'art. 138.8, et dans le délai de prescription fixé à l'art. 138.14, en l'espèce trois ans après la date des déclarations inexactes alléguées.

[3] Quant à l'art. 28 de la *LRC*, il a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à « une cause d'action invoquée dans un recours collectif » en faveur des membres du groupe « à l'introduction du recours collectif ».

[4] Le débat devant la Cour d'appel de l'Ontario portait sur le sens du mot « invoquée » figurant à l'art. 28 de la *LRC*. Initialement, trois juges de la Cour d'appel ont statué à l'unanimité dans l'arrêt *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, que le recours statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire ne peut être « invoqué » avant que le tribunal n'ait accordé la permission. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que la *LRC* ne pouvait avoir pour effet de suspendre le délai de prescription pour les membres du groupe (y compris le représentant des demandeurs) avant que la permission n'ait été accordée.

[5] The ruling in *Timminco* was handed down in the midst of three class action suits for secondary market misrepresentations in Ontario: *Canadian Imperial Bank of Commerce et al. v. Green and Bell* ("*CIBC*"); *IMAX Corp. et al. v. Silver and Cohen* ("*IMAX*"); and *Celestica Inc. et al. v. Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund et al.* ("*Celestica*").

[6] In each of those cases, the plaintiffs[1] had pleaded a common law cause of action together with an intention to seek leave to assert a statutory claim under s. 138.3 *OSA* within the statutory limitation period, but leave was not granted before the limitation period expired. It should be noted however that in *CIBC*, a motion for leave was filed before the expiry of the limitation period, and that in *IMAX*, a motion for leave was both filed and argued before the limitation period expired. It is fair to say that *Timminco* came as a surprise to the litigants.

[7] In the Superior Court, the motion judges considering the issue of leave to commence the statutory action found that they were bound by *Timminco*, although relief was granted in the form of a *nunc pro tunc* order in *IMAX*, and by applying the doctrine of special circumstances in *Celestica*. No relief was granted to the plaintiffs in *CIBC*. The appeals in the three cases were subsequently heard together by a five-judge panel of the Court of Appeal, which unanimously overruled the interpretation of *Timminco*: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. The Court of Appeal found that a representative plaintiff who pleads an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 claim within the limitation period has "asserted" a cause of action within the meaning of s. 28 *CPA* even before the filing of a motion seeking leave.

[1] For the sake of clarity, I will consistently refer to the respondents in the instant cases as the "plaintiffs" and to the appellants in the instant cases as the "defendants".

[5] L'arrêt *Timminco* fut rendu alors que trois recours collectifs pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire étaient pendants en Ontario : *Banque Canadienne Impériale de Commerce et autres c. Green et Bell* (« *CIBC* »); *IMAX Corp. et autres c. Silver et Cohen* (« *IMAX* »); *Celestica Inc. et autres c. Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario et autres* (« *Celestica* »).

[6] Dans chacune de ces affaires, les demandeurs[1] ont invoqué une cause d'action en common law et indiqué leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* dans le délai fixé par la loi, mais aucune telle permission n'a été accordée avant l'expiration du délai. Il convient toutefois de souligner qu'avant l'expiration du délai de prescription, une requête demandant telle permission (aussi appelée « motion en autorisation » dans la version française de la *LVM*) a été déposée dans l'affaire *CIBC* et, dans l'affaire *IMAX*, une requête demandant la permission a été déposée et débattue avant l'expiration du délai de prescription. Il est juste de dire que l'arrêt *Timminco* a surpris les parties.

[7] En Cour supérieure, les juges saisis des demandes de permission d'intenter le recours statutaire se sont estimés liés par l'arrêt *Timminco*, bien qu'un redressement ait été accordé sous la forme d'une ordonnance *nunc pro tunc* dans l'affaire *IMAX*, et que la doctrine des circonstances spéciales ait été appliquée dans l'affaire *Celestica*. Aucun redressement n'a été accordé aux demandeurs dans *CIBC*. Les appels dans les trois dossiers ont été entendus subséquemment par une formation de cinq juges de la Cour d'appel, laquelle, à l'unanimité, a infirmé l'interprétation donnée dans l'arrêt *Timminco* : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. La Cour d'appel a conclu qu'un représentant des demandeurs qui indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu

[1] Par souci de clarté, je désignerai systématiquement les intimés dans les cas présents comme les « demandeurs » et les appelants dans les cas présents comme les « défendeurs ».

As a result, the court held that in all three cases, the plaintiffs' statutory claims for secondary market misrepresentation were not statute-barred.

[8] In my opinion, pleading an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 *OSA* claim in a class proceeding together with a common law cause of action amounts to neither the assertion of the statutory cause of action nor the commencement of a class proceeding for that statutory cause of action under s. 28 *CPA*. Not only is this interpretation consistent with the fundamental principles and structure of class proceedings in Canada, but it is also the only one that is consistent with the wording of the provisions and the ordinary and grammatical meaning of the words used as well as with the rigorous and exhaustive legislative balancing that produced Part XXIII.1 *OSA*.

[9] Moreover, I am of the view that neither the doctrine of *nunc pro tunc* nor that of special circumstances can be of any avail to the plaintiffs in *CIBC* and *Celestica*. With regard to *IMAX*, relief should be granted to the plaintiffs in the form of a *nunc pro tunc* order, but only in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim: IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

[10] Accordingly, I would allow the appeals in *CIBC* except in respect of the Court of Appeal's conclusion that five of the seven issues proposed by the plaintiffs should be certified. I would allow the appeal and issue a partial *nunc pro tunc* order in *IMAX*, and I would allow the appeal in *Celestica*.

de l'art. 138.3 à l'intérieur du délai de prescription a, dans les faits, « invoqué » une cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*, et ce, même avant d'avoir déposé une requête demandant cette permission. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que dans les trois cas, les recours statutaires intentés par les demandeurs pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire n'étaient pas prescrits.

[8] À mon avis, indiquer une intention de demander une permission à l'égard d'un recours fondé sur l'art. 138.3 de la *LVM* dans un recours collectif en plus de plaider une cause d'action en common law ne revient ni à invoquer la cause d'action statutaire ni à introduire un recours collectif pour cette cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*. Non seulement cette interprétation s'accorde-t-elle avec les principes fondamentaux et la structure des recours collectifs au Canada, mais elle est la seule compatible avec le texte même des dispositions et le sens ordinaire et grammatical des mots employés ainsi qu'avec l'équilibre législatif rigoureux et exhaustif établi par la partie XXIII.1 de la *LVM*.

[9] Je suis également d'avis que ni la doctrine de *nunc pro tunc* ni celle des circonstances spéciales ne sont utiles pour les demandeurs dans les affaires *CIBC* et *Celestica*. Dans l'affaire *IMAX*, j'estime qu'il y a lieu d'accorder un redressement aux demandeurs sous la forme d'une ordonnance *nunc pro tunc*, mais seulement à l'égard des défendeurs parties à la déclaration initiale : IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

[10] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois dans *CIBC*, sauf en ce qui concerne la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu d'autoriser cinq des sept questions proposées par les demandeurs. Je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* partielle dans *IMAX*, ainsi que d'accueillir le pourvoi dans *Celestica*.

II. Legislation

A. *Ontario Securities Act*

[11] Part XXIII.1 *OSA* sets out a scheme of civil liability for secondary securities market misrepresentation in Ontario. Section 138.3 creates a statutory cause of action for a misrepresentation made in a document or a public oral statement, or a failure to make timely disclosure, against a range of parties potentially implicated in the misrepresentation. This statutory cause of action accrues to those who acquired or disposed of the issuer's security between the time of the misrepresentation and that of its correction. Explicitly not required for a finding of liability is proof of a plaintiff's reliance on the misrepresentation, which is essential to a common law cause of action based on misrepresentation. Furthermore, as s. 138.13 makes plain, this statutory right of action is in addition to any other rights of action the plaintiff may have.

[12] Two components of this scheme are of particular relevance to these appeals.

[13] First, s. 138.8 imposes a requirement that leave be granted before the statutory action based on a secondary market misrepresentation may be commenced:

138.8 (1) No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

(a) the action is being brought in good faith; and

(b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

[14] Second, s. 138.14 imposes a limitation period for statutory actions based on s. 138.3:

II. La législation

A. *La Loi sur les valeurs mobilières de l'Ontario*

[11] La partie XXIII.1 de la *LVM* établit un régime de responsabilité civile relativement à la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire des valeurs mobilières en Ontario. L'article 138.3 crée une cause d'action pour la déclaration inexacte de faits dans des documents ou des déclarations orales publiques, ou pour défaut de respecter une obligation de divulgation en temps utile (ou une obligation d'information occasionnelle dans la version française de la *LVM*), contre différentes parties potentiellement impliquées dans la déclaration inexacte de faits. Cette cause d'action statutaire peut être invoquée par ceux qui ont acquis ou aliéné la valeur mobilière de l'émetteur, entre le moment de la déclaration inexacte de faits et sa correction. Pour conclure à la responsabilité, il n'est pas nécessaire de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte de faits, alors que cette preuve est essentielle à une cause d'action fondée sur une déclaration inexacte en common law. De plus, comme l'indique clairement l'art. 138.13, ce droit d'action statutaire s'ajoute aux autres droits d'action dont peut jouir le demandeur.

[12] Deux des éléments de ce régime revêtent une importance particulière en l'espèce.

[13] Premièrement, l'art. 138.8 impose l'obligation d'obtenir une permission avant d'intenter le recours statutaire fondé sur la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire :

138.8 (1) Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis à chaque défendeur, et que si le tribunal est convaincu de ce qui suit :

a) l'action est intentée de bonne foi;

b) il est raisonnablement possible que l'action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur.

[14] Deuxièmement, l'art. 138.14 impose un délai de prescription dans le cas des recours fondés sur l'art. 138.3 :

138.14 No action shall be commenced under section 138.3,

(a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,

(i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and

(ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;

[15] Section 138.14 thus requires that the statutory action be commenced within the earlier of three years after the date of the misrepresentation and six months after a news release discloses that leave has been granted to commence a statutory action in Ontario, or under parallel legislation elsewhere in Canada. It should be noted that the scheme contains no internal mechanism for suspending the limitation period before or pending the granting of leave.

B. *Class Proceedings Act*

[16] Section 28 *CPA* provides for the suspension of any limitation period in a class proceeding as follows:

28. (1) Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding and resumes running against the class member when,

(a) the member opts out of the class proceeding;

(b) an amendment that has the effect of excluding the member from the class is made to the certification order;

138.14 Aucune action ne doit être intentée en vertu de l'article 138.3 :

a) dans le cas de la présentation inexacte de faits dans un document, après le premier en date des jours suivants :

(i) trois ans après la date à laquelle le document contenant la présentation inexacte des faits a été publié pour la première fois,

(ii) six mois après la délivrance d'un communiqué portant qu'a été accordée une autorisation d'intenter une action en vertu de l'article 138.3 ou de dispositions législatives comparables d'autres provinces ou territoires du Canada à l'égard de la même présentation inexacte des faits;

[15] L'article 138.14 exige donc que le recours statutaire soit intenté dans les trois ans qui suivent la date de la déclaration inexacte de faits ou dans les six mois qui suivent la diffusion d'un communiqué portant qu'a été accordée la permission d'intenter un recours statutaire soit en Ontario, soit en vertu de dispositions législatives comparables ailleurs au Canada, selon la première de ces éventualités. Il est important de souligner que le régime ne prévoit aucun mécanisme interne permettant de suspendre le délai de prescription avant qu'une permission ne soit accordée ou à la condition qu'elle le soit.

B. *La Loi sur les recours collectifs*

[16] L'article 28 de la *LRC* prévoit ce qui suit relativement à la suspension de tout délai de prescription dans un recours collectif :

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif et reprend au détriment du membre au moment où, selon le cas :

a) ce membre se retire du recours collectif;

b) est apportée une modification de l'ordonnance certifiant le recours collectif qui a pour effet d'exclure du groupe le membre;

(c) a decertification order is made under section 10;

(d) the class proceeding is dismissed without an adjudication on the merits;

(e) the class proceeding is abandoned or discontinued with the approval of the court; or

(f) the class proceeding is settled with the approval of the court, unless the settlement provides otherwise.

(2) Where there is a right of appeal in respect of an event described in clauses (1) (a) to (f), the limitation period resumes running as soon as the time for appeal has expired without an appeal being commenced or as soon as any appeal has been finally disposed of.

C. *Interaction Between Part XXIII.1 OSA and Section 28 CPA*

[17] The primary issue in these appeals is the interaction of the leave requirement in Part XXIII.1 *OSA* with the suspension of the limitation period for a class proceeding under s. 28 *CPA*. Typically, where leave is not required, the operation of s. 28 *CPA* is straightforward: the commencement of a class proceeding would coincide with a statement of claim asserting a cause of action to be certified as a class action (*Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), at para. 21).

[18] Where leave is required, however, a statutory action cannot be commenced until leave is granted by the court. The issue in the cases at bar is whether s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period applicable to a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* at the time when an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* is pleaded in a class proceeding for a common law misrepresentation claim. This question has plagued the Ontario courts.

c) une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue en vertu de l'article 10;

d) le recours collectif est rejeté sans décision sur le fond;

e) il y a désistement du recours collectif avec l'approbation du tribunal;

f) le recours collectif fait l'objet d'une transaction avec l'approbation du tribunal, à moins que la transaction ne prévoie autre chose.

(2) Lorsqu'il existe un droit d'appel à l'égard d'un des événements décrits aux alinéas (1) a) à f), le délai de prescription reprend dès l'expiration du délai d'appel, si aucun appel n'a été introduit, ou dès le règlement d'un appel.

C. *L'interaction entre la partie XXIII.1 de la LVM et l'art. 28 de la LRC*

[17] La question principale dans les présents pourvois vise l'interaction entre l'obligation d'obtenir une permission prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* et la suspension du délai de prescription prévue par l'art. 28 de la *LRC* dans le cas d'un recours collectif. Habituellement, en l'absence d'une exigence d'obtenir une permission, l'application de l'art. 28 de la *LRC* est simple : le commencement d'un recours collectif coïncide avec le dépôt d'une déclaration alléguant une cause d'action à autoriser comme recours collectif (*Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), par. 21).

[18] Toutefois, lorsqu'une permission est nécessaire, un recours statutaire ne peut être intenté avant que le tribunal ne fasse droit à la demande de permission. La question dans les cas qui nous occupent est de savoir si l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable au recours prévu à l'art. 138.3 de la *LVM*, dès le moment où le demandeur indique une intention de solliciter la permission du tribunal en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM* dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law. Cette question a causé bien des soucis aux tribunaux de l'Ontario.

III. Judicial History and Facts

A. *Timminco*

[19] These appeals trace back to the Court of Appeal's ruling in *Timminco*. The appeal in that case concerned misrepresentations that had allegedly occurred between March and November 2008. The plaintiff had initiated a class proceeding in the Ontario Superior Court in which he asserted a common law cause of action for secondary market misrepresentation. An intention to seek leave for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* was also stated in the pleadings, but leave had not been sought as of February 2011. With the statutory claim in jeopardy because of the looming limitation period, the plaintiff moved, in March 2011, for an order declaring that the limitation period was suspended by reason of s. 28 *CPA*. The motion judge granted the order (2011 ONSC 8024), which was then appealed.

[20] This table illustrates the timeline of the events in *Timminco*:

Alleged misrepresentations	March 17 to November 11, 2008
Statement of claim filed pursuant to the *CPA*, pleading common law cause of action and an intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	May 14, 2009

III. Historique judiciaire et faits

A. *Timminco*

[19] Les présents pourvois tirent leur origine de l'arrêt *Timminco* de la Cour d'appel. Cet appel concernait des déclarations inexactes de faits qui auraient eu cours entre mars et novembre 2008. Le demandeur avait intenté en Cour supérieure de l'Ontario un recours collectif dans lequel il invoquait une cause d'action en common law pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. Une intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* avait aussi été indiquée dans les actes de procédure, mais aucune telle permission n'avait été sollicitée jusqu'en février 2011. Comme le recours statutaire était compromis parce que le délai de prescription tirait à sa fin, le demandeur a sollicité, en mars 2011, une ordonnance portant que le délai de prescription était suspendu en application de l'art. 28 de la *LRC*. Le juge des requêtes a rendu l'ordonnance (2011 ONSC 8024), laquelle a été portée en appel par la suite.

[20] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *Timminco* :

Déclarations inexactes alléguées	17 mars au 11 novembre 2008
Dépôt, en vertu de la *LRC*, d'une déclaration dans laquelle le demandeur invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	14 mai 2009

Plaintiff requests case conference re limitation period	End of February, 2011
Case conference	March 10, 2011
Notice of motion filed seeking declaration that s. 138.14 limitation period is suspended and "conditional leave" to commence s. 138.3 action	March 14, 2011
Limitation period expires for statutory action	**March 17 to November 11, 2011**
Leave motion heard	March 25, 2011
Declaration of suspension granted by motion judge	March 31, 2011

Le demandeur sollicite la tenue d'une conférence préparatoire pour débattre de la question de la prescription	Fin février 2011
Conférence préparatoire	10 mars 2011
Avis de requête demandant un jugement déclarant que le délai de prescription prévu à l'art. 138.14 est suspendu et une « permission conditionnelle » pour intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	14 mars 2011
Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire	**17 mars au 11 novembre 2011**
Audition de la requête	25 mars 2011
Déclaration de suspension accordée par le juge des requêtes	31 mars 2011

[21] On February 16, 2012, Goudge J.A. held that under s. 28 *CPA*, a cause of action cannot be "asserted" until it can be enforced, and that in the case of a cause of action under Part XXIII.1 *OSA*, this is only possible after leave of the court is obtained. Goudge J.A. stressed that this interpretation of the provisions was the only one to produce textual coherence while also being consistent with the purposes of both the *OSA* and the *CPA*. To interpret "asserted" such that it includes a mere mention of an intention to seek leave, he concluded, would not be consistent with the ordinary meaning of the word and would produce results that the legislature could not have intended. For example, the limitation period would be suspended for the representative plaintiff in a class proceeding, but not for the same plaintiff in an individual proceeding. As a

[21] Le 16 février 2012, le juge Goudge concluait que, suivant l'art. 28 de la *LRC*, une cause d'action ne peut être « invoquée » avant de pouvoir être exercée et que dans le cas d'une cause d'action en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM*, on ne peut l'exercer qu'après avoir obtenu la permission du tribunal. Le juge Goudge soulignait que cette interprétation des dispositions était la seule cohérente sur le plan textuel tout en étant compatible avec les objets de la *LVM* et de la *LRC*. Il a donc conclu qu'interpréter le mot « invoquée » comme englobant la simple mention de l'intention de demander une permission ne s'accordait pas avec le sens ordinaire de ce mot et engendrerait des résultats que le législateur n'a pas pu souhaiter, comme la suspension du délai de prescription pour le représentant des demandeurs dans un recours collectif, alors

result, Goudge J.A. ruled that leave must be granted before the Part XXIII.1 *OSA* statutory cause of action can be asserted within the meaning of s. 28 *CPA*, and that it is only then that the limitation period is suspended in favour of the representative plaintiff and the other class members.

B. *Post-Timminco Decisions of the Ontario Superior Court*

[22] The decision in *Timminco* seems to have taken the Ontario Bar by surprise, throwing a wrench in the works of three proceedings that were then pending before the Superior Court and are now being appealed to this Court. In each of these cases, the motion judge found that he or she was bound by *Timminco*, but the three judges then diverged entirely on whether relief was available to the plaintiffs either by way of an order made *nunc pro tunc* (a Latin expression meaning "now for then" that is used to indicate that an act has retroactive legal effect) or by application of the doctrine of special circumstances.

(1) *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[23] The plaintiffs allege that, between May 31 and December 6, 2007, the defendants failed to amply record and disclose the extent of CIBC's exposure to and position in the United States residential mortgage market as the subprime mortgage crisis unfolded. On July 22, 2008, the plaintiffs filed a statement of claim which contained a claim for a common law cause of action for misrepresentations and indicated that they intended to seek leave to proceed with the statutory action. After a series of case conferences and amendments to the statement of claim, the plaintiffs filed a motion seeking leave for the statutory claim on January 21, 2010 in which they stated that leave would be

que cette même personne ne pourrait pas bénéficier d'une telle suspension dans le cadre d'une instance individuelle. En conséquence, le juge Goudge a statué qu'une permission doit être accordée avant que la cause d'action en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* puisse être invoquée au sens de l'art. 28 de la *LRC*, et que ce n'est qu'à ce moment-là que le délai de prescription est suspendu en faveur du représentant des demandeurs et des autres membres du groupe.

B. *Les décisions de la Cour supérieure de l'Ontario postérieures à l'arrêt Timminco*

[22] L'arrêt *Timminco* semble avoir pris le barreau de l'Ontario par surprise, portant un dur coup aux trois recours alors pendants devant la Cour supérieure et qui font maintenant l'objet des pourvois devant notre Cour. Dans toutes ces affaires, les juges des requêtes se sont estimés liés par l'arrêt *Timminco*, mais ils en sont venus à des conclusions entièrement différentes sur la possibilité ou non d'accorder un redressement aux demandeurs, soit au moyen d'une ordonnance *nunc pro tunc* — locution latine signifiant « maintenant pour alors » —, soit par application de la doctrine des circonstances spéciales.

(1) *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225

a) *Faits et chronologie des procédures*

[23] Les demandeurs allèguent que les défendeurs n'ont pas, entre le 31 mai et le 6 décembre 2007, dûment consigné et communiqué le niveau de vulnérabilité de CIBC et sa position sur le marché des hypothèques résidentielles aux États-Unis au moment où la crise des prêts hypothécaires à risque élevé est survenue. Le 22 juillet 2008, les demandeurs produisaient une déclaration fondée sur une cause d'action en common law, à savoir des déclarations inexactes, tout en indiquant leur intention de demander la permission d'aller de l'avant avec l'action statutaire. Après une série de conférences préparatoires et d'amendements apportés à

sought *nunc pro tunc* if the limitation period were to expire. Discussions between counsel to schedule the leave and certification motions continued until it was settled after a case conference in March 2010 that the motions would be heard a year later. On January 15, 2011, after the plaintiffs had completed their record in support of their motions, it was agreed that the original hearing dates were impractical, and the hearing was accordingly rescheduled for February 2012.

[24] The ruling in *Timminco* was released on the penultimate day of the original hearing of the motions for leave and for certification in *CIBC*. As the defendants put it, the ruling was a "thunderbolt" in a case in which the limitation period had never been at issue (*CIBC*, at para. 475). Following *Timminco*, counsel made additional representations on the limitation period issue, and another hearing was held on April 5, 2012.

[25] This table illustrates the timeline of the events in *CIBC*:

Alleged misrepresentations	May 31 to December 6, 2007
Statement of claim filed pursuant to the *CPA*, pleading common law cause of action and intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	July 22, 2008

la déclaration, une requête visant à obtenir la permission d'intenter ce recours fut déposée le 21 janvier 2010, dans laquelle il était mentionné que la permission serait demandée *nunc pro tunc* advenant l'expiration du délai de prescription. Les pourparlers en vue de fixer l'audition de la requête pour permission et de celle en autorisation (aussi appelée « certification ») du recours collectif se sont poursuivis entre les avocats jusqu'à la tenue d'une conférence préparatoire en mars 2010, au cours de laquelle les dates d'audience ont été fixées pour l'année suivante. Le 15 janvier 2011, après que les demandeurs aient complété leur dossier à l'appui de leurs requêtes, il fut convenu que les dates d'audience initiales étaient peu pratiques, si bien que l'audience a été reportée en février 2012.

[24] L'arrêt *Timminco* fut rendu l'avant-dernier jour de l'audition initiale des requêtes pour permission et autorisation du recours collectif dans le dossier *CIBC*. Pour reprendre l'expression des défendeurs, la décision fut un [TRADUCTION] « coup de tonnerre » dans une cause où le délai de prescription n'avait jamais été un point contentieux (*CIBC*, par. 475). Après l'arrêt *Timminco*, les avocats formulèrent des observations supplémentaires sur le délai de prescription et une autre audience eut lieu le 5 avril 2012.

[25] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *CIBC* :

Déclarations inexactes alléguées	31 mai au 6 décembre 2007
Dépôt, en vertu de la *LRC*, d'une déclaration dans laquelle les demandeurs invoquent une cause d'action en common law et indiquent leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	22 juillet 2008

Notice of motion seeking leave under s. 138.8	January 21, 2010
Case conference	March 17, 2010
Limitation period expires for statutory action	**May 31 to December 6, 2010**
Plaintiffs' record completed	January 15, 2011
Leave and certification motions heard	February 9, 10, 13-17; April 5, 2012
Timminco released	February 16, 2012
Hearing on limitation period issue	April 5, 2012

Avis de requête sollicitant une permission en vertu de l'art. 138.8	21 janvier 2010
Conférence préparatoire	17 mars 2010
Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire	**31 mai au 6 décembre 2010**
Dossier des demandeurs complété	15 janvier 2011
Audition de la requête pour permission et de la requête en autorisation du recours collectif	9, 10, 13-17 février; 5 avril 2012
Arrêt *Timminco*	16 février 2012
Audience sur la question du délai de prescription	5 avril 2012

(b) *Disposition*

[26] In his exhaustive ruling, Strathy J. (as he then was) considered the requirements for granting leave under s. 138.8 *OSA*: (1) that the action is being brought in good faith; and (2) that there is a reasonable possibility of success. Good faith, he held, requires an honest and reasonable belief that the claim has merit, and a genuine intent and capacity to pursue it. He found that the plaintiffs had met this requirement and that this had not been seriously challenged by the defendants. As to the reasonable possibility of success requirement, Strathy J. stated that it is a "relatively low threshold" (para. 373) and that the question to ask is "whether, having considered all the evidence adduced by the parties and having regard to the limitations of the motions process, the plaintiffs' case is so weak or has been so successfully rebutted by the defendant, that it has no reasonable possibility of success" (para. 374). Had he applied this standard, Strathy J. would have granted the leave motion, but

b) *Décision*

[26] Dans un jugement exhaustif, le juge Strathy (maintenant Juge en chef de l'Ontario) a examiné les exigences à remplir pour qu'une permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM* soit accordée : (1) l'action est intentée de bonne foi et (2) la possibilité raisonnable de succès. Il a conclu que l'exigence de la bonne foi consistait en une croyance honnête et raisonnable que le recours était fondé et comportait également une intention et une capacité véritables d'intenter et de mener à terme le recours; selon lui, les demandeurs respectaient cette exigence qui, toujours selon lui, n'a pas été sérieusement contestée par les défendeurs. Quant à l'exigence de la possibilité raisonnable de succès, le juge Strathy l'a décrite comme un [TRADUCTION] « critère préliminaire relativement peu exigeant » (par. 373), ajoutant que le tribunal devait se demander si, « eu égard à l'ensemble de la preuve présentée par les parties et compte tenu des limites du processus des requêtes,

he found that he was bound by *Timminco*, as he saw no way to distinguish it from the case before him.

[27] Strathy J. went on to rule that he did not have jurisdiction to extend the limitation period either by issuing an order *nunc pro tunc* or by applying the doctrine of special circumstances. On the issue of *nunc pro tunc*, Strathy J. stated that the court has inherent jurisdiction to correct a slip or an oversight in the name of justice, but added that this case does not "strictly speaking" involve a slip, since the plaintiffs had recognized the possibility of the limitation period expiring and had assumed that their motion for leave would result in a *nunc pro tunc* order (para. 511). As regards both *nunc pro tunc* and the doctrine of special circumstances, Strathy J. found that he did not have jurisdiction, because (1) Part XXIII.1 *OSA* is designed to be a comprehensive code under which a limitation period begins to run upon the occurrence of objective events; (2) nothing in the legislation or in the judicial interpretation thereof suggests that the court has jurisdiction to make such an order; and (3) the general philosophy underlying the law of limitations in Ontario is one of clearly defined periods that are not subject to judge-made exceptions. As a result, he held that the limitation period for the plaintiffs' statutory action had expired and that no relief was available to them.

(2) *Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[28] The plaintiffs allege that, between February 17 and March 9, 2006, the defendants made misrepresentations overstating IMAX Corp.'s revenue and

le recours des demandeurs est tellement faible ou a été réfuté par le défendeur avec tant de succès que le demandeur n'a aucune possibilité raisonnable de succès » (par. 374). S'il avait appliqué cette norme, le juge Strathy conclut qu'il aurait accordé la permission sollicitée. Il s'est toutefois estimé lié par l'arrêt *Timminco*, n'ayant vu aucun moyen de distinguer cet arrêt du dossier dont il était saisi.

[27] Le juge Strathy a également statué qu'il n'avait pas compétence pour proroger le délai de prescription, que ce soit en rendant une ordonnance *nunc pro tunc*, soit en appliquant la doctrine des circonstances spéciales. En ce qui a trait à la question de la doctrine *nunc pro tunc*, le juge Strathy a affirmé que le tribunal a compétence inhérente pour corriger une erreur ou un oubli au nom de la justice, mais a écrit que cette affaire ne concernait pas [TRADUCTION] « à proprement parler » une erreur, puisque les demandeurs avaient reconnu que le délai de prescription pouvait expirer et avaient présumé qu'une ordonnance *nunc pro tunc* serait rendue dans le cadre de leur requête pour permission (par. 511). Tant quant à la doctrine *nunc pro tunc* qu'à celle des circonstances spéciales, le juge Strathy a estimé qu'il n'avait pas compétence parce que : (1) la partie XXIII.1 de la *LVM* constitue un code complet, suivant lequel le délai de prescription commence à courir lorsque surviennent des faits objectifs; (2) rien dans la loi ou dans l'interprétation judiciaire de la loi ne suggère que les tribunaux auraient compétence pour rendre pareille ordonnance; (3) la philosophie générale sous-tendant les règles de la prescription en Ontario veut que les délais soient bien définis et qu'ils ne soient pas assujettis aux exceptions établies par les tribunaux. En conséquence, le juge Strathy a conclu que le délai de prescription applicable au recours statutaire des demandeurs était expiré et qu'aucun redressement ne pouvait leur être accordé.

(2) *Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881

a) *Faits et chronologie des procédures*

[28] Les demandeurs allèguent qu'entre le 17 février et le 9 mars 2006, les défendeurs ont fait de fausses déclarations en gonflant les recettes et le

net income for 2005. In their statement of claim, issued on September 20, 2006, the plaintiffs asserted a common law cause of action for misrepresentations and an intention to seek leave for a claim under s. 138.3 *OSA*. They served their motion for leave on November 28, 2006, and the motion record in February 2007. A hearing was originally scheduled for December 2007. However, delays ensued as the record became, in the motion judge's words, "complex and voluminous" (para. 9 (CanLII)). The parties requested that the leave motion be heard at the same time as the motion for certification and a motion under rule 21 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to strike certain common law causes of action from the statement of claim. Ultimately, the hearing on the three motions was concluded on December 19, 2008, though an additional attendance and further written submissions followed on the certification and rule 21 motions. It should be noted that as at December 19, 2008, 79 days remained of the three-year limitation period under s. 138.14.

bénéfice net d'IMAX Corp. pour l'année 2005. Dans leur déclaration déposée le 20 septembre 2006, les demandeurs ont invoqué une cause d'action fondée sur la common law pour déclarations inexactes, et ont indiqué leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM*. Ils ont signifié leur requête pour permission le 28 novembre 2006, puis leur dossier de requête en février 2007. L'audition devait initialement se tenir en décembre 2007. Toutefois, il y a eu des délais, le dossier étant devenu, pour reprendre les propos de la juge de première instance, [TRADUCTION] « complexe et volumineux » (par. 9 (CanLII)). Les parties ont demandé à ce que la requête pour permission soit instruite en même temps que la requête en autorisation du recours collectif et la requête en vertu de l'art. 21 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour faire radier certaines des causes d'action en common law de la déclaration. Finalement, l'audition des trois requêtes s'est terminée le 19 décembre 2008, bien qu'une audition additionnelle ait eu lieu et que d'autres observations aient été présentées dans le cadre de la requête en autorisation du recours collectif et de celle fondée sur l'art. 21 des *Règles*. Il est important de noter qu'au 19 décembre 2008, il restait 79 jours à écouler au délai de trois ans imparti à l'art. 138.14.

[29] The judgment remained under reserve for nearly a year before van Rensburg J. (as she then was) granted leave in respect of the statutory cause of action on December 14, 2009. During that period, the motion judge had held a telephone conference in the course of which she raised the maxim *actus curiae neminem gravabit* — an act of the court will prejudice no one — in relation to the limitation period, and requested submissions from the parties, who agreed that the limitation period should be suspended while the decision was under reserve.

[29] Le délibéré sur ces requêtes s'est poursuivi pendant près d'un an jusqu'à ce que la juge van Rensburg (maintenant juge à la Cour d'appel) accorde, le 14 décembre 2009, la permission d'intenter le recours statutaire. Durant cette période, la juge de première instance a tenu une conférence téléphonique au cours de laquelle elle a soulevé la question de la doctrine de l'*actus curiae neminem gravabit* — un acte du tribunal ne doit pas porter préjudice à une partie au litige — relativement au délai de prescription et a demandé aux parties de lui présenter leurs observations. Les parties ont alors convenu qu'il y avait lieu de suspendre le délai de prescription pendant toute la durée du délibéré.

[30] After the granting of leave, it took another two years, until December 12, 2011, before the plaintiffs filed a fresh statement of claim in which they pleaded the statutory cause of action and added the following

[30] Après que la permission fut accordée, il a fallu deux autres années, soit jusqu'au 12 décembre 2011, avant que les demandeurs ne déposent une nouvelle déclaration dans laquelle ils

individuals as defendants: Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble. The defendants filed a statement of defence on February 6, 2012. This statement was amended on February 16, 2012, the day of *Timminco*'s release, to assert that the limitation period applicable to the plaintiffs' statutory right of action had expired.

[31] This table illustrates the timeline of the events in *IMAX*:

Alleged misrepresentations	February 17 to March 9, 2006
Statement of claim filed pursuant to the *CPA*, pleading common law cause of action and intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	September 20, 2006
Notice of motion seeking leave under s. 138.8	November 28, 2006
Leave and certification motions heard	December 15-19, 2008
Limitation period expires for statutory action	**February 17 to March 9, 2009**
Leave granted and class action certified	December 14, 2009 (the order was backdated to December 19, 2008 on August 27, 2012)

plaidaient la cause d'action statutaire et par laquelle ils ajoutaient les personnes suivantes comme défendeurs : Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble. Les défendeurs déposaient une défense le 6 février 2012, laquelle fut modifiée le 16 février 2012, jour du prononcé de l'arrêt *Timminco*, pour prétendre que le délai de prescription applicable au droit d'action légal des demandeurs était expiré.

[31] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *IMAX* :

Déclarations inexactes alléguées	17 février au 9 mars 2006
Dépôt, en vertu de la *LRC*, d'une déclaration dans laquelle les demandeurs invoquent une cause d'action en common law et indiquent leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	20 septembre 2006
Avis de requête sollicitant une permission en vertu de l'art. 138.8	28 novembre 2006
Audition de la requête pour permission et de la requête en autorisation du recours collectif	15-19 décembre 2008
Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire	**17 février au 9 mars 2009**
Permission accordée et recours collectif autorisé	14 décembre 2009 (le 27 août 2012, l'ordonnance a été antidatée au 19 décembre 2008)

Fresh statement of claim pleading statutory cause of action and adding new defendants filed	December 12, 2011
Timminco released	February 16, 2012
Leave order amended *nunc pro tunc*: leave effective December 19, 2008	August 27, 2012

(b) *Disposition*

[32] In her decision to amend the leave order, van Rensburg J., too, found that she was bound by *Timminco*, but she parted company with Strathy J. by finding that she had an inherent jurisdiction to grant the motion for leave *nunc pro tunc*. She wrote that absent an explicit prohibition of a *nunc pro tunc* order, a statute must be understood to contemplate the possibility of such an order. Furthermore, she drew attention to the inclusion of s. 138.14 in Sch. B to the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, which according to her lists provisions in respect of which common law doctrines such as *nunc pro tunc* continue to apply. On her reading of the jurisprudence on *nunc pro tunc* orders, the case before her was clearly one in which the court has the ability to ensure that a plaintiff's rights will not be arbitrarily affected by matters outside his or her control, such as the court's schedule. Van Rensburg J. added that limitation periods are not meant to foreclose causes of action that have been "actively and vigorously pursued" (para. 85). She granted the plaintiffs leave *nunc pro tunc* effective December 19, 2008, the date argument was concluded on the leave motion, and authorized the plaintiffs to amend their statement of claim to assert the statutory claim, except against two of the proposed defendants, Mr. Utay and Mr. Fuchs. Van Rensburg J. excluded them from the *nunc pro tunc* order as a result of her finding in *Silver v. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at

Dépôt de la déclaration amendée plaidant une cause d'action statutaire et ajoutant de nouveaux défendeurs	12 décembre 2011
Arrêt *Timminco*	16 février 2012
Ordonnance modifiée accordant la permission *nunc pro tunc* : la permission prend effet le 19 décembre 2008	27 août 2012

b) *Décision*

[32] Dans sa décision de modifier l'ordonnance accordant la permission, la juge van Rensburg s'est elle aussi estimée liée par l'arrêt *Timminco*, mais s'est dissociée du juge Strathy en concluant qu'elle avait compétence inhérente pour accueillir la requête pour permission *nunc pro tunc*. Elle a écrit que, sauf disposition expresse interdisant le prononcé d'une ordonnance *nunc pro tunc*, la loi devait être comprise comme permettant de rendre pareille ordonnance. De plus, elle a souligné l'ajout de l'art. 138.14 à l'ann. B de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, laquelle, de l'avis de la juge, contient une liste des dispositions à l'égard desquelles les doctrines de common law comme celle de *nunc pro tunc* subsistent. Selon sa compréhension de la jurisprudence sur les ordonnances *nunc pro tunc*, l'affaire dont elle était saisie en était clairement une où le tribunal pouvait intervenir afin que les droits du demandeur ne soient pas arbitrairement compromis par des questions indépendantes de la volonté de ce dernier comme le calendrier du tribunal. La juge van Rensburg a ajouté que les délais de prescription ne visent pas à faire obstacle aux causes d'action [TRADUCTION] « activement et vigoureusement invoquées » (par. 85). Elle a accordé aux demandeurs la permission *nunc pro tunc* au 19 décembre 2008, le jour de la conclusion du débat sur la requête, et leur a permis d'amender leur déclaration pour invoquer le recours statutaire,

para. 24, that the plaintiffs had no reasonable possibility of success against them.

[33] Additionally, van Rensburg J. held that the doctrine of special circumstances was not applicable in this case. In her estimation, the doctrine is meant to allow amendments to an existing statement of claim which add new causes of action where the limitation period has been suspended by the commencement of the action, whereas the plaintiffs in the case before her were seeking to amend their statement of claim to add a claim which stemmed from the same facts but required leave. She found that the doctrine was "analytically irrelevant", since it did not "fit within the framework of a limitation period such as that provided for in s. 138.14" (para. 77).

(3) *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[34] The defendant Celestica Inc. is an electronics manufacturer incorporated in Ontario that trades shares on both the Toronto Stock Exchange ("TSX") and the New York Stock Exchange. The plaintiffs Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund ("Millwright Trustees") purchased Celestica shares on both exchanges, whereas the plaintiffs Nabil Berzi and Huacheng Xing purchased Celestica shares only on the TSX. The alleged misrepresentations relate to the progress and success of a $225 to $275 million restructuring of the company that took place between January 27, 2005 and January 30, 2007.

sauf à l'égard de deux des défendeurs proposés, MM. Utay et Fuchs. La juge van Rensburg a refusé d'inclure ces défendeurs dans l'ordonnance *nunc pro tunc* en raison de la conclusion qu'elle a tirée au par. 24 de la décision *Silver c. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), selon laquelle les demandeurs n'avaient aucune possibilité raisonnable de succès contre eux.

[33] De plus, la juge van Rensburg a conclu que la doctrine des circonstances spéciales ne s'appliquait pas dans cette affaire. Selon elle, cette doctrine vise à autoriser des modifications à une déclaration existante pour ajouter de nouvelles causes d'action lorsque la prescription a été suspendue en raison de l'introduction du recours, alors que les demandeurs en l'espèce cherchaient à insérer dans leur déclaration une réclamation qui découlait des mêmes faits, mais qui nécessitait une permission. Elle a estimé que la doctrine n'était [TRADUCTION] « pas pertinente sur le plan analytique » puisqu'elle « ne s'inscrivait pas dans le cadre d'un délai de prescription comme celui prévu à l'art. 138.14 » (par. 77).

(3) *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264

a) *Faits et chronologie des procédures*

[34] La défenderesse Celestica Inc. est un fabricant de produits électroniques constitué en société en Ontario, dont les actions sont transigées à la Bourse de Toronto (« TSX ») et à la Bourse de New York. Les demandeurs fiduciaires de la caisse de retraite du Millwright Regional Council of Ontario (« fiduciaires de Millwright ») ont acheté des actions de Celestica sur les deux bourses tandis que les demandeurs Nabil Berzi et Huacheng Xing n'ont acheté des actions de cette société que sur la TSX. Les déclarations inexactes de faits alléguées concernent l'évolution et le succès d'une restructuration de la société de 225 à 275 millions de dollars, et ces déclarations auraient été faites entre le 27 janvier 2005 et le 30 janvier 2007.

[35] The Millwright Trustees launched a class action in the United States on March 2, 2007. On August 20, 2007, Mr. Xing filed a statement of claim in Ontario for a class proceeding concerning a common law cause of action for misrepresentation in which he pleaded an intention to seek leave in respect of a statutory claim under s. 138.3 *OSA*; Mr. Berzi did the same on August 27, 2008. The Millwright Trustees' U.S. class action was dismissed in District Court on October 14, 2010 after a pivotal ruling in *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010), to the effect that "foreign plaintiffs who purchased securities on foreign exchanges where there was no trading of those securities on any domestic U.S. exchange could no longer pursue actions under the U.S. *Securities and Exchange Act of 1934*, 15 U.S.C. § 78a" (*Celestica*, at para. 33). In response, the Millwright Trustees filed a statement of claim for a class proceeding concerning a common law cause of action for misrepresentation in Ontario on April 8, 2011, alleging the same misrepresentations in Celestica's public disclosure documents as in their U.S. case. On December 29, 2011, the U.S. Second Circuit Court of Appeals unanimously reversed the dismissal of the Millwright Trustees' action and remanded that action for further proceedings. At that time, the pending actions of Mr. Xing and Mr. Berzi in Ontario remained inactive.

[35] Les fiduciaires de Millwright ont intenté un recours collectif aux États-Unis le 2 mars 2007. Le 20 août 2007, M. Xing déposait en Ontario une déclaration dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law, où il indiquait son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM*. Monsieur Berzi faisait de même le 27 août 2008. Le recours collectif intenté par les fiduciaires de Millwright aux É.-U. fut rejeté en cour de district le 14 octobre 2010, après le prononcé de l'arrêt clé *Morrison c. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010), dans laquelle le juge a conclu que [TRADUCTION] « les demandeurs étrangers qui ont acheté des valeurs mobilières sur les bourses étrangères — du fait que celles-ci n'étaient négociées sur aucune bourse américaine interne — ne pouvaient désormais plus instituer de recours sur le fondement de la *Securities and Exchange Act of 1934*, 15 U.S.C. § 78a, des États-Unis » (*Celestica*, par. 33). Les fiduciaires de Millwright réagirent en déposant le 8 avril 2011 une déclaration dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law en Ontario, dans laquelle ils alléguaient les mêmes informations inexactes contenues dans les documents dévoilés publiquement par Celestica que dans leur dossier américain. Le 29 décembre 2011, la Cour d'appel du deuxième circuit des É.-U. infirmait à l'unanimité le rejet du recours des fiduciaires de Millwright et renvoyait l'affaire pour qu'elle suive son cours. Pendant ce temps, les recours de MM. Xing et Berzi pendants en Ontario étaient restés au point mort.

[36] The release of *Timminco* on February 16, 2012 spurred the plaintiffs into action on the Canadian front. The Millwright Trustees filed a motion for leave under s. 138.8 *OSA* on February 24, 2012. Perell J. then ordered the consolidation of the Millwright Trustees, Xing and Berzi cases on April 13, 2012. A motion to strike all claims as statute-barred was heard in October of that year.

[36] L'arrêt *Timminco* rendu le 16 février 2012 a incité les demandeurs à agir du côté canadien. Le 24 février 2012, les fiduciaires de Millwright déposaient une requête pour permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. Le juge Perell a alors ordonné le regroupement des actions des fiduciaires de Millwright, de M. Xing et de M. Berzi le 13 avril 2012. Une requête demandant le rejet de toutes les actions au motif qu'elles étaient prescrites fut entendue en octobre 2012.

[37] This table illustrates the timeline of the events in *Celestica*:

[37] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *Celestica* :

Alleged misrepresentations	January 27, 2005 to January 30, 2007
Millwright Trustees file class action in U.S.	March 2, 2007
Xing files pursuant to the *CPA* a statement of claim for common law cause of action and pleading intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	August 20, 2007
Defendants in U.S. class action bring motion to strike	March 17, 2008
Berzi files statement of claim for common law cause of action and pleading intent to seek leave for s. 138.3 action	August 27, 2008
Limitation period expires for statutory action	**January 27, 2008 to January 30, 2010**
U.S. Supreme Court decision in *Morrison*	June 24, 2010
District Court dismisses Millwright Trustees' U.S. class proceeding	October 14, 2010

Déclarations inexactes alléguées	27 janvier 2005 au 30 janvier 2007
Dépôt d'un recours collectif par les fiduciaires de Millwright aux É.-U.	2 mars 2007
Dépôt par M. Xing, en vertu de la *LRC*, d'une déclaration dans laquelle il invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	20 août 2007
Les défendeurs américains présentent une requête en rejet	17 mars 2008
Dépôt par M. Berzi, en vertu de la *LRC*, d'une déclaration dans laquelle il invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	27 août 2008
Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire	**27 janvier 2008 au 30 janvier 2010**
Arrêt *Morrison* de la Cour suprême des É.-U.	24 juin 2010
La Cour de district rejette le recours collectif intenté par les fiduciaires de Millwright aux É.-U.	14 octobre 2010

Millwright Trustees file statement of claim for common law cause of action	April 8, 2011
U.S. Court of Appeals reverses dismissal of U.S. class action	December 29, 2011
Timminco released	February 16, 2012
Notice of motion seeking leave under s. 138.8 *OSA* filed by Millwright Trustees	February 24, 2012
Xing, Berzi and Millwright Trustees actions consolidated	April 13, 2012

Dépôt par les fiduciaires de Millwright d'une déclaration invoquant une cause d'action en common law	8 avril 2011
La Cour d'appel des É.-U. infirme le rejet du recours collectif américain	29 décembre 2011
Arrêt *Timminco*	16 février 2012
Dépôt par les fiduciaires de Millwright d'un avis de requête sollicitant la permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*	24 février 2012
Regroupement des actions de M. Xing, de M. Berzi et des fiduciaires de Millwright	13 avril 2012

(b) *Disposition*

[38] Perell J. ruled that as a result of *Timminco*, the statutory claim was time-barred, but he found that the doctrine of special circumstances could be applied so as to grant leave *nunc pro tunc* were it necessary to do so. Broadly, in his view, the doctrine is not limited to the addition of new causes of action, as van Rensburg J. had suggested, but is, rather, a discretionary doctrine that can be adapted to the factual circumstances of a particular case. In addition, he wrote, the doctrine of special circumstances is a common law doctrine which is applicable to the s. 138.14 *OSA* limitation period as a result of that provision's inclusion in Sch. B to the *Limitations Act, 2002*. Perell J. then held that the following special circumstances existed in the case before him:

b) *Décision*

[38] Le juge Perell a statué que, selon *Timminco*, le recours statutaire était prescrit, mais il a conclu que la doctrine des circonstances spéciales pouvait s'appliquer de façon à accorder la permission *nunc pro tunc* quand il était nécessaire de le faire. De façon générale, selon le juge Perell, la doctrine ne se limite pas à l'ajout de nouvelles causes d'action, comme le suggérait la juge van Rensburg, mais constitue plutôt une doctrine discrétionnaire adaptable aux faits propres à une affaire donnée. Il ajoute que cette doctrine en est aussi une de common law, applicable au délai imparti à l'art. 138.14 de la *LVM* puisque cette disposition figure à l'ann. B de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Le juge Perell a ensuite conclu que les circonstances spéciales suivantes étaient présentes dans le cas dont il était saisi :

. . . (1) the defendants have known of the factual allegations against them since 2007, including the Part XXIII.1 claims; (2) the defendants have had a full opportunity to investigate the claims against them; (3) there is no prejudice to the defendants; (4) the law has changed unexpectedly — twice — each time to the plaintiffs' and class' detriment; (5) the plaintiffs' Part XXIII.1 claims do not raise new factual allegations; and (6) the defendants did not raise limitation periods in any of the class proceedings until now. [para. 145]

[39] Perell J. therefore ruled that these special circumstances would justify granting leave for the statutory action *nunc pro tunc* were it to be granted at a later date. Leave was eventually granted to the plaintiffs with respect to some of the alleged misrepresentations a year and a half later: 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12.

C. *Ontario Court of Appeal Decision (2014 ONCA 90)*

[40] The Ontario Court of Appeal convened a panel of five judges to consider the appeals from the decisions on the motions in the three cases and to determine whether *Timminco* should be overturned.

[41] Feldman J.A., writing for a unanimous court, held that for the purposes of s. 28 *CPA*, asserting a claim should be understood to mean "to invoke a legal right" rather than solely to "enforce" one, particularly considering that any ambiguity in interpreting a limitation provision must be resolved in favour of the plaintiff (paras. 45-47). The court found that this interpretation would not produce an indefinite suspension, which was a concern Goudge J.A. had raised in *Timminco*, because the diligence of the defendants and the class action case management judge would ensure that stalled proceedings are dismissed. Feldman J.A. reasoned that although this reading of s. 28 *CPA* produces the "unusual, if not anomalous effect" (para. 51) that the limitation period will be suspended if a s. 138.3 statutory

[TRADUCTION] . . . (1) les défendeurs connaissaient les allégations de fait formulées contre eux depuis 2007, de même que les réclamations fondées sur la partie XXIII.1; (2) les défendeurs avaient eu amplement l'occasion d'examiner les réclamations présentées contre eux; (3) les défendeurs n'ont subi aucun préjudice; (4) le droit a changé de manière inattendue — deux fois — chaque fois au détriment des demandeurs et du groupe; (5) les réclamations des demandeurs fondées sur la partie XXIII.1 ne soulèvent aucune nouvelle allégation de fait; (6) les défendeurs n'ont invoqué les délais de prescription dans aucun des recours collectifs avant aujourd'hui. [par. 145]

[39] Le juge Perell a en conséquence statué que ces circonstances spéciales justifieraient l'octroi *nunc pro tunc* de la permission d'intenter le recours statutaire, si elle devait être accordée à une date ultérieure. La permission fut finalement accordée aux demandeurs relativement à certaines des déclarations inexactes alléguées un an et demi plus tard : 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12.

C. *La décision de la Cour d'appel de l'Ontario (2014 ONCA 90)*

[40] La Cour d'appel de l'Ontario a convoqué une formation de cinq juges pour instruire les appels interjetés contre les décisions sur les requêtes dans les trois dossiers et pour décider si l'arrêt *Timminco* devait être infirmé.

[41] S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, la juge Feldman a conclu que le terme « invoquée » figurant à l'art. 28 de la *LRC* devait être compris comme signifiant [TRADUCTION] « invoquer un droit », et non simplement « le faire valoir », surtout en tenant compte du fait que toute ambiguïté dans l'interprétation d'un délai de prescription devait être résolue en faveur du demandeur (par. 45-47). La Cour d'appel a conclu que cette interprétation n'aurait pas comme conséquence la suspension indéfinie du recours collectif, comme le craignait le juge Goudge dans l'arrêt *Timminco*, puisque des défendeurs diligents et le juge chargé de la gestion de l'instance feraient en sorte que les recours frivoles soient rejetés. La juge Feldman a expliqué que même si cette interprétation de l'art. 28

claim is asserted in a class proceeding, but not if it is asserted in an individual action, this effect followed from a statutory scheme that was optimized for class proceedings. Feldman J.A. also expressed concern for judicial economy, worrying that all members of a class would be required to start their own actions while waiting to see if leave would be granted in the class proceeding. Overall, the Court of Appeal ruled that its new interpretation was consistent with the purposes of the *CPA* and the *OSA*, and of limitation periods generally.

[42] As a result of the Court of Appeal's conclusion that *Timminco* had been wrongly decided, the statutory actions in *CIBC*, *IMAX* and *Celestica* were each held not to be statute-barred. Feldman J.A. also upheld the interpretation of the "reasonable possibility" threshold for granting leave under s. 138.8 *OSA* given by Strathy J. in *CIBC*.

D. *Legislative Amendment*

[43] Following the Court of Appeal's decision in the cases at bar, the Ontario legislature amended s. 138.14 *OSA* to include the following subs. (2):

(2) A limitation period established by subsection (1) in respect of an action is suspended on the date a notice of motion for leave under section 138.8 is filed with the court and resumes running on the date,

(a) the court grants leave or dismisses the motion and,

(i) all appeals have been exhausted, or

(ii) the time for an appeal has expired without an appeal being filed; or

(b) the motion is abandoned or discontinued.

de la *LRC* a pour conséquence que le délai de prescription soit suspendu dès qu'un recours visé par l'art. 138.3 est exercé par le biais d'un recours collectif, alors que ce ne serait pas le cas d'un recours individuel, cette conséquence « inhabituelle, voire anormale » (par. 51) est néanmoins conforme au régime législatif optimisé pour les recours collectifs. La juge Feldman a également indiqué se soucier de l'économie des ressources judiciaires, craignant que les membres du groupe soient tous tenus d'intenter leur propre action en attendant de voir si la permission sollicitée serait accordée. Dans l'ensemble, la Cour d'appel a jugé que cette nouvelle interprétation concordait avec les objets de la *LRC* et de la *LVM* ainsi qu'avec les délais de prescription en général.

[42] La Cour d'appel ayant conclu que l'arrêt *Timminco* était mal fondé, les recours statutaires intentés dans les dossiers *CIBC*, *IMAX* et *Celestica* ont tous été jugés non prescrits. La juge Feldman a également confirmé l'interprétation qu'avait donnée le juge Strathy dans *CIBC* du critère préliminaire de la « possibilité raisonnable » applicable en matière de permission suivant l'art. 138.8 de la *LVM*.

D. *Modification législative*

[43] À la suite de la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers, le législateur ontarien a modifié l'art. 138.14 de la *LVM* afin d'y ajouter le par. (2) ci-dessous :

(2) Le délai de prescription créé par le paragraphe (1) à l'égard d'une action est suspendu à la date où un avis de motion en autorisation visé à l'article 138.8 est déposé au tribunal et recommence à courir à la date où, selon le cas :

a) le tribunal accorde l'autorisation ou rejette la motion et l'une des conditions suivantes est remplie :

(i) toutes les voies d'appel ont été épuisées,

(ii) le délai d'appel a expiré sans qu'un appel ait été interjeté;

b) la motion fait l'objet d'un désistement.

IV. Issues

[44] There are two issues common to each of these appeals:

1. Does s. 28 *CPA* operate to suspend the limitation period applicable to a statutory claim under s. 138.3 *OSA* at the time when an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* is pleaded in a proposed class proceeding alleging a common law misrepresentation claim?

2. If not, can the plaintiffs obtain relief in the form of an order granting leave *nunc pro tunc* or pursuant to the doctrine of special circumstances?

[45] In addition, there are two issues raised only by the defendants in *CIBC* which I will discuss at the end of these reasons:

1. Was the threshold test for leave under s. 138.8 *OSA* properly interpreted and applied?

2. Can a class proceeding based on a common law cause of action be the preferable procedure for resolving a secondary market misrepresentation claim?

V. Analysis

A. *Interpretation of the Legislation*

[46] In *Timminco* and the cases at bar, the Ontario Court of Appeal advanced two different interpretations of s. 28 *CPA*. According to its decision in the cases at bar, pleading the relevant facts and an intention to seek leave for a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* is sufficient to trigger s. 28 *CPA* and suspend the limitation period for all class members, including the representative plaintiff. According to *Timminco*, leave must be granted under s. 138.8 *OSA* before the limitation period can be

IV. Questions en litige

[44] Deux questions en litige sont communes à chacun des pourvois :

1. L'article 28 de la *LRC* a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à un recours statutaire en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* à partir du moment où le demandeur indique son intention de demander la permission prévue à l'art. 138.8 de cette loi dans un recours collectif projeté pour déclaration inexacte en common law?

2. Dans la négative, le demandeur peut-il obtenir réparation sous forme d'une ordonnance accordant la permission *nunc pro tunc* ou par l'application de la doctrine des circonstances spéciales?

[45] De plus, deux questions sont soulevées uniquement par les défendeurs dans le dossier *CIBC*, questions analysées à la fin des présents motifs :

1. Le critère préliminaire applicable à la permission visée par l'art. 138.8 de la *LVM* a-t-il été dûment interprété et appliqué?

2. Un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law est-il le meilleur moyen pour faire valoir un recours fondé sur une déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire?

V. Analyse

A. *Interprétation de la législation*

[46] Dans *Timminco* et les affaires qui nous occupent, la Cour d'appel de l'Ontario a proposé deux interprétations différentes de l'art. 28 de la *LRC*. Suivant sa décision dans les présents dossiers, il suffit d'alléguer les faits pertinents et d'indiquer une intention de demander la permission d'exercer un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* pour que l'art. 28 de la *LRC* opère et suspende le délai de prescription à l'égard de tous les membres du groupe, y compris leur représentant. Suivant la décision rendue

suspended under s. 28 *CPA*. Neither of these interpretations matches the subsequent amendment to s. 138.14 *OSA*, which provides that the limitation period for a claimant is suspended upon the filing of a notice of motion seeking leave under s. 138.8.

(1) Ordinary and Grammatical Meaning of the Words

[47] In my opinion, there is no ambiguity in the interaction of s. 28 *CPA* with Part XXIII.1 *OSA*. The ordinary and grammatical meaning of the words clearly confirms the ruling in *Timminco* regarding the aforementioned provisions. Furthermore, an analysis of the legislative context does not support the Court of Appeal's decision in the cases at bar. Feldman J.A.'s interpretation of s. 28 *CPA* goes against the very purpose of s. 138.14 *OSA*, namely to impose an additional mechanism designed to screen out strike suits as early as possible in the litigation process.

[48] Section 28 *CPA* requires "a cause of action asserted" in order for the limitation period to be suspended in favour of the class members "on the commencement of the class proceeding". Section 138.8(1) *OSA* is clear, however: "No action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court . . . ." On its face, the timing is clear. Unless leave is granted, a statutory action may not be commenced under Part XXIII.1 *OSA*, and it is not until the action commences that a limitation period can be suspended under s. 28 *CPA*. In short, I am of the view that, under s. 138.8(1) *OSA*, a statutory action commenced without having first obtained leave is a nullity and a statutory claim under Part XXIII.1 *OSA* cannot be validly commenced without leave of the court. Therefore, the limitation period cannot be suspended in favour of the class members under s. 28 *CPA* before leave is granted.

dans *Timminco*, il faut obtenir la permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM* avant que le délai de prescription ne soit suspendu en vertu de l'art. 28 de la *LRC*. Aucune de ces interprétations ne concorde avec la modification apportée subséquemment à l'art. 138.14 de la *LVM*, à l'effet que le délai de prescription est suspendu dès le dépôt d'un avis de requête pour permission en vertu de l'art. 138.8.

(1) Sens ordinaire et grammatical des mots

[47] À mon avis, il n'y a aucune ambiguïté entre l'art. 28 de la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM*. Le sens ordinaire et grammatical des mots confirme clairement la décision rendue dans *Timminco* quant aux dispositions susmentionnées. De plus, l'analyse du contexte législatif n'appuie pas la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers. L'interprétation donnée par la juge Feldman à l'art. 28 de la *LRC* va à l'encontre de l'objet même de l'art. 138.14 de la *LVM*, soit d'établir un mécanisme supplémentaire de filtrage visant à écarter dès que possible dans le processus les poursuites opportunistes et dénuées de fondement.

[48] L'article 28 de la *LRC* exige « une cause d'action invoquée » pour que le délai de prescription soit suspendu en faveur des membres du groupe « à l'introduction du recours collectif ». Le paragraphe 138.8(1) de la *LVM* est toutefois clair : « Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal . . . » À première vue, la chronologie est claire. Sans la permission, un recours ne peut être intenté en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM*, et ce n'est qu'après l'introduction du recours que le délai de prescription peut être suspendu en application de l'art. 28 de la *LRC*. Bref, j'estime que, suivant le par. 138.8(1) de la *LVM*, un recours statutaire intenté sans permission préalable est nul et qu'un recours prévu par la partie XXIII.1 de la *LVM* ne peut être introduit valablement sans la permission du tribunal. Le délai de prescription ne peut donc être suspendu en faveur des membres du groupe en application de l'art. 28 de la *LRC* avant que la permission n'ait été accordée.

[49] The Court of Appeal's ruling in the instant cases, if accepted, would create unnecessary inconsistencies between the two pieces of legislation and within the *OSA* itself. The result of Feldman J.A.'s interpretation is that a plaintiff proceeding by way of a class action would have more rights than a plaintiff suing in his or her individual capacity. Yet class actions are merely procedural vehicles, designed to extend the substantive rights of the representative plaintiff to the entire class, not to create substantive rights for the class which an individual plaintiff would not otherwise enjoy since they do not exist.

[50] It is also quite troubling that the effect of the Court of Appeal's ruling in the instant cases is that a class proceeding asserting a statutory cause of action can commence before a judge has granted the initial leave to allow the statutory action itself to commence. This is plainly putting the cart before the horse: a class proceeding cannot commence before the action itself commences.

[51] I also agree with the interpretation of the meaning of the word "assert" in s. 28 *CPA* proposed by Goudge J.A. in *Timminco*. The plaintiffs argue that to trigger the application of s. 28 *CPA*, it is sufficient to merely plead the material facts of the claim which are common to the statutory and common law causes of action together with an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA*. Although it is true that the definition of "cause of action" is the set of facts that give rise to a legal right of action, I am of the view that the *assertion* of a cause of action must be premised on the existence of a "right of action". In this sense, the meaning of the word "assert", plucked and isolated from the context of the provision, is a red herring. In *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387, the relevant limitation provision required that a written notice be provided before an action was commenced. This Court held that "the notice which is required is not simply a procedural step. It is part of the very formation of the right of action" (p. 396). The same reasoning applies here with respect to the leave requirement, and I do not share Karakatsanis J.'s view that that case dealt

[49] Accepter la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers créerait des divergences non nécessaires entre les deux textes de loi et à l'intérieur de la *LVM* elle-même. Selon l'interprétation de la juge Feldman, le demandeur qui choisirait le véhicule (ou mécanisme) procédural qu'est le recours collectif aurait plus de droits que le demandeur engageant une poursuite individuelle. Or, les recours collectifs ne sont que des véhicules (ou mécanismes) procéduraux conçus pour étendre les droits substantiels du représentant des demandeurs au groupe, et non pour créer au bénéfice du groupe des droits substantiels dont un demandeur particulier ne pourrait jouir autrement, puisqu'inexistants.

[50] Il est aussi particulièrement troublant de constater que la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers permettrait l'introduction d'un recours collectif invoquant une cause d'action statutaire avant que le juge n'ait accordé la permission d'intenter le recours statutaire lui-même. Cela revient clairement à mettre la charrue devant les bœufs : un recours collectif ne peut être introduit avant que l'action puisse l'être.

[51] Je souscris en outre à l'interprétation que le juge Goudge propose, dans *Timminco*, de donner au mot « invoquée » figurant à l'art. 28 de la *LRC*. Les demandeurs soutiennent que, pour que l'art. 28 de la *LRC* s'applique, il suffit simplement d'alléguer les faits essentiels de la réclamation, tant ceux qui sont communs au recours statutaire qu'à la cause d'action en common law, en plus d'indiquer une intention de demander une permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. S'il est vrai que la « cause d'action » s'entend des faits à l'origine du droit d'action, j'estime que l'*assertion* d'une cause d'action doit reposer sur l'existence d'un « droit d'action ». En ce sens, la signification du mot « invoquée », extrait et isolé du contexte de la disposition, n'est qu'une diversion. Dans *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387, la disposition pertinente en matière de prescription exigeait qu'on donne un avis écrit avant d'intenter une action. Selon la Cour, « l'avis qui est exigé ne constitue pas une simple mesure de procédure. Il fait partie de la formation même du droit d'action » (p. 396). Le même raisonnement vaut en l'espèce en ce qui

with a different issue. Given the clear wording of s. 138.3 *OSA*, pleading a factual matrix and an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot amount to the assertion of the statutory cause of action.

[52] Furthermore, as can be seen from the legislative history, the original draft of what is now s. 28 *CPA* read "a cause of action advanced in a proceeding" before it was later changed to "a cause of action asserted in a class proceeding" in the final piece of legislation: *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 47. In my opinion, this change is evidence that the legislature intended "assert" to represent a more forceful concept than a mere mention or advancement of a cause of action, since the change would otherwise have been unnecessary.

[53] Viewing these provisions together, there is no ambiguity to speak of in their interaction. Section 28 *CPA* does not operate to suspend the limitation period applicable to a cause of action until the commencement of a class proceeding in which the cause of action is asserted. This commencement cannot occur under Part XXIII.1 *OSA* until leave is granted. In this sense, the leave requirement of s. 138.8 *OSA* is a hurdle which must be cleared before s. 28 *CPA* can operate to suspend the limitation period. The necessity of the leave requirement is equally applicable for an individual plaintiff and for a representative plaintiff in a class proceeding. However, in the latter case, once leave has been granted to one plaintiff, the members of the group benefit from it and the limitation period is suspended for all.

[54] Finally, considering the entire context, I am also of the view that pleading an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot have the effect of

concerne l'obligation d'obtenir une permission et je ne partage pas l'avis de la juge Karakatsanis selon lequel cette affaire portait sur une autre question. Vu le libellé clair de l'art. 138.3 de la *LVM*, alléguer un fondement factuel et indiquer une intention de demander la permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM* ne peuvent signifier invoquer la cause d'action statutaire.

[52] Qui plus est, comme en témoigne l'historique législatif, le projet initial de l'actuel art. 28 de la *LRC* contenait l'expression [TRADUCTION] « une cause d'action alléguée dans une instance » avant que celle-ci ne soit ultérieurement remplacée par « une cause d'action invoquée dans un recours collectif » dans le texte de loi final : *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 47. À mon sens, cette modification témoigne du fait que le législateur voulait que le terme « invoquer » exprime davantage qu'une simple mention ou allégation d'une cause d'action, puisqu'autrement, la modification aurait été inutile.

[53] Lorsque ces dispositions sont considérées dans leur ensemble, il n'y a aucune ambiguïté dans leur interaction. L'article 28 de la *LRC* n'a pas pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d'action avant que le recours collectif invoquant la cause d'action ne soit introduit. Ce recours collectif ne peut être introduit en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* jusqu'à ce que la permission soit accordée. En ce sens, l'obligation d'obtenir la permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM* est un obstacle qui doit être franchi avant que l'art. 28 de la *LRC* puisse avoir pour effet de suspendre le délai de prescription. La nécessité d'obtenir une permission préalable s'applique tant au demandeur individuel qu'au représentant des demandeurs dans un recours collectif. Mais dans ce dernier cas, dès que la permission est accordée à un demandeur, les membres du groupe en bénéficient et le délai de prescription est suspendu à l'endroit de tous les membres du groupe.

[54] Enfin, compte tenu de l'ensemble du contexte, je suis également d'avis qu'indiquer une intention de demander la permission en vertu de

suspending the limitation period prior to the time when leave is granted by the court. At that time, and only at that time, the representative plaintiff will have the benefit of suspension of the limitation period, and a class proceeding in respect of the statutory claim may be commenced.

(2) Legislative Purpose and Structure

[55] Even if we were to assume that there is an ambiguity in the wording of the relevant provisions — which there is not — the legislative purpose and structure of those provisions would nonetheless support my conclusion. In other words, "the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" are consistent with the ordinary and grammatical meaning of the words, which is another reason not to depart from that meaning: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. To hold that s. 28 *CPA* operates to suspend a limitation period for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* before leave is obtained would be to circumvent the carefully calibrated purposive balance struck by the limits to the statutory action provided for in Part XXIII.1 *OSA*. Such an interpretation would render s. 138.8 *OSA* ineffective, since the suspension of the limitation period, although not permanent, could nevertheless delay the decision on the merits of leave for several months or even for years, as the cases at bar demonstrate.

[56] In these appeals, the legislative context has three components that must be interwoven as seamlessly as possible: the purposes attributed to limitation periods generally; the *CPA*, which gives structure and form to class action proceedings; and Part XXIII.1 *OSA*, enacted subsequently to the *CPA*, which lays out the scheme for the statutory claim for secondary market misrepresentation. The goal of interpretation is to maximize the coherence of these

l'art. 138.8 de la *LVM* ne peut, selon moi, avoir pour effet de suspendre le délai de prescription avant que la permission n'ait été accordée par le tribunal. À ce moment-là, et à ce moment-là seulement, le représentant des demandeurs pourra bénéficier d'une suspension du délai de prescription, et un recours collectif fondé sur la cause d'action statutaire pourra être intenté.

(2) Objet et structure de la loi

[55] Même à supposer que le libellé des dispositions pertinentes comporte une ambiguïté — laquelle n'existe pas —, le but et la structure de ces dispositions étayent ma conclusion. En d'autres termes, [TRADUCTION] « l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur » sont compatibles avec le sens ordinaire et grammatical des mots, ce qui constitue une autre raison de ne pas s'en écarter : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Conclure que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre un délai de prescription applicable à un recours visé par l'art. 138.3 de la *LVM* avant que la permission n'ait été obtenue contournerait l'équilibre téléologique soigneusement atteint par les limites imposées au recours statutaire par la partie XXIII.1 de la *LVM*. Pareille interprétation rendrait inefficace l'art. 138.8 de la *LVM*, puisque la suspension du délai de prescription, quoique temporaire, pourrait néanmoins retarder la décision sur le bien-fondé de la demande de permission de plusieurs mois, voire des années, comme le démontrent les dossiers qui nous occupent.

[56] Dans les présents pourvois, le contexte législatif comporte trois éléments qui doivent coexister et s'agencer le plus harmonieusement possible : les objectifs des délais de prescription en général; la *LRC*, qui encadre la structure et la forme des recours collectifs; la partie XXIII.1 de la *LVM*, adoptée après la *LRC*, qui établit et encadre le mécanisme du recours pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. L'objectif de l'interprétation est

three components to the extent possible within the range of ordinary and grammatical meaning of the text.

(a) *Limitation Periods*

[57] This Court has generally recognized that limitation periods have three purposes known as the certainty, evidentiary and diligence rationales: *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at paras. 64-67, per McLachlin J.; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-31, per La Forest J. Limitation periods serve "(1) to promote accuracy and certainty in the adjudication of claims; (2) to provide fairness to persons who might be required to defend against claims based on stale evidence; and (3) to prompt persons who might wish to commence claims to be diligent in pursuing them in a timely fashion": P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at p. 123.

[58] Clearly, it is desirable that litigation be accurate and certain, given that the passage of time dims memories and erodes evidence, and also that the risk of error grows as an adjudicator is further removed from the cause of action. Furthermore, after a certain time, possible defendants may be unaware of the need to preserve potentially enlightening or even exonerating pieces of evidence. Finally, it is appropriate to expect plaintiffs to assert their claims diligently and to be cognizant of their circumstances and of the extent of their control over them. Modern limitations legislation is therefore based on a recognition that limitation periods, in order to be effective, need to be final. This is the other side of the coin, the practical consequence of limitation periods that can make the application of a limitations statute seem harsh: *Novak*, at para. 8, per Iacobucci and Major JJ., dissenting.

de maximiser la cohérence de ces trois éléments dans la mesure du possible en fonction du sens ordinaire et grammatical du texte.

a) *Délais de prescription*

[57] Notre Cour a généralement reconnu que les délais de prescription poursuivent trois objectifs, soit la certitude, la préservation de la preuve et la diligence : *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 64-67, la juge McLachlin; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29-31, le juge La Forest. Les délais de prescriptions servent [TRADUCTION] « (1) à favoriser l'exactitude et la certitude dans le règlement des demandes; (2) à assurer l'équité aux personnes qui peuvent être contraintes de se défendre contre des réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés; (3) à inciter les personnes qui pourraient vouloir intenter des recours à faire preuve de diligence en les intentant en temps opportun » : P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2e éd. 2014), p. 123.

[58] Manifestement, il est souhaitable d'assurer l'exactitude et la certitude dans les litiges, non seulement parce que le passage du temps estompe la mémoire et fragilise la preuve mais aussi parce que le risque d'erreurs augmente lorsque le décideur s'éloigne dans le temps de la cause d'action. De plus, après un certain temps, les éventuels défendeurs deviennent peut-être moins conscients de la nécessité de conserver des éléments de preuve susceptibles d'éclairer le tribunal ou qui peuvent même être exonératoires. Enfin, il est approprié de s'attendre à ce qu'un demandeur exerce ses droits d'action avec diligence tout en étant conscient des circonstances et de la mesure dans laquelle il les contrôle. Les dispositions législatives modernes en matière de prescription sont fondées sur le principe que, pour être efficace, le délai de prescription doit être définitif. C'est là l'autre côté de la médaille; la conséquence pratique des délais de prescription peut faire paraître dure l'application de dispositions législatives sur la prescription des actions : *Novak*, par. 8, les juges Iacobucci et Major, dissidents.

(b) *Class Proceedings Act*

[59] The Ontario Law Reform Commission identified three benefits of the class action procedure: judicial economy, increased access to the courts and modification of the behaviour of potential wrongdoers (*Report on Class Actions* (1982), vol. I, at pp. 117-46). Where there are multiple claims, the number of actions can be reduced via the consolidating mechanism of class proceedings. The aggregation of the class helps overcome social, psychological and economic barriers to redress. The possibility of a class action discourages unjust enrichment and encourages an internalization of costs. Finally, class proceedings extend the substantive rights of a representative plaintiff to the class in order to make the legal system more efficient, more accessible and more effective.

[60] The purpose of s. 28 *CPA* is to protect potential class members from the winding down of a limitation period until the feasibility of the class action is determined, thereby negating the need for each class member to commence an individual action in order to preserve his or her rights: *Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, at para. 49, quoted with approval by the Court of Appeal, 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355, at para. 11. Once the umbrella of the right exists and is established by a potential class representative in asserting a cause of action, class members are entitled to take shelter under it as long as the right remains actively engaged. The provision is squarely aimed at judicial economy and access to the courts, encouraging the former while preserving the latter.

[61] In *Logan v. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (Ont. S.C.J.), it was these goals which were held to justify a reading of s. 28 *CPA* to the effect that the commencement of a class proceeding is not delayed until the time of certification: paras. 14-24, aff'd *Logan* (Ont. C.A.), at paras. 21 and 24. *Logan* therefore confirms that the

b) *Loi sur les recours collectifs*

[59] La Commission de réforme du droit de l'Ontario a identifié trois avantages du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, un meilleur accès aux tribunaux et la modification des comportements de délinquants potentiels (*Report on Class Actions* (1982), vol. I, p. 117-146). Lorsqu'il existe plusieurs réclamations, leur nombre peut être réduit par le mécanisme de regroupement qu'est le recours collectif. Le regroupement des membres aide à surmonter les obstacles d'ordre social, psychologique et économique au redressement. La possibilité d'intenter un recours collectif décourage l'enrichissement injustifié et favorise la répartition des coûts. Enfin, les recours collectifs étendent en faveur du groupe les droits substantiels du représentant des demandeurs afin de rendre le système de justice plus efficace et accessible.

[60] Le but de l'art. 28 de la *LRC* est de mettre les membres éventuels du groupe à l'abri de l'expiration du délai de prescription jusqu'à ce que soit déterminée la possibilité d'intenter le recours collectif, écartant ainsi la nécessité pour chaque membre du groupe d'intenter une action individuelle afin de préserver ses droits : *Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, par. 49, cité avec approbation en appel, 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355, par. 11. Une fois que la protection du droit existe et est établie par le représentant éventuel du groupe au moment où il invoque une cause d'action, les membres du groupe bénéficient de cette protection aussi longtemps que la poursuite du droit en question demeure active. Cette disposition vise nettement à favoriser l'économie des ressources judiciaires tout en préservant l'accès aux tribunaux.

[61] Dans la décision *Logan c. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (C.S.J. Ont.), ce sont ces objectifs qui, selon le tribunal, justifient d'interpréter l'art. 28 de la *LRC* de manière à ce que la date de commencement d'un recours collectif ne soit pas reportée jusqu'à son autorisation : par. 14-24, conf. par *Logan* (C.A. Ont.), par. 21 et 24. Par

time of commencement precedes that of certification.

[62] Most importantly, as this Court has repeatedly ruled, a class action provision cannot operate to create or modify substantive legal rights: *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 52; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 111; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 105-8. This principle forms a vital foundation for all class proceedings in Canada. Limitation periods and rights of action are such substantive legal rights.

(c) *Part XXIII.1 OSA*

[63] Part XXIII.1 *OSA* represents a carefully calibrated statutory head of liability for secondary market misrepresentation. Section 1.1 *OSA* provides that the *OSA*'s overall purposes are twofold: to protect investors "from unfair, improper or fraudulent practices", but also to guarantee fairness, efficiency and confidence in capital markets. Part XXIII.1 was developed progressively through a series of reports and other documents which ultimately culminated in the adoption of the statutory liability scheme in 2002. Three of the documents are vital to this appeal: (i) Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure (the "Allen Committee"), *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (the "*Allen Committee Report*"); (ii) Ontario Securities Commission, "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment" (1998), 21 OSCB 3335 and 3367 (the "1998 Draft Legislation"); and (iii) Canadian Securities Administrators ("CSA"), "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

conséquent, la décision *Logan* confirme que la date de commencement du recours collectif précède son autorisation.

[62] Plus important encore, comme la Cour l'a conclu à maintes reprises, une disposition législative en matière de recours collectif ne peut servir à créer ou à modifier des droits juridiques substantiels : *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 52; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 111; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 105-108. Ce principe est à la base de tous les recours collectifs au Canada. Les délais de prescription et les droits d'action constituent de tels droits juridiques substantiels.

c) *Partie XXIII.1 de la LVM*

[63] La partie XXIII.1 de la *LVM* a instauré un régime de responsabilité statutaire soigneusement équilibré dans le cas de la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. À son art. 1.1, la *LVM* indique qu'elle a deux objets généraux : protéger les investisseurs « contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses », mais aussi garantir l'équité et l'efficacité des marchés financiers et la confiance en ceux-ci. La partie XXIII.1 a vu le jour progressivement, à la suite d'une série de rapports et d'autres documents qui ont abouti à l'adoption du régime de responsabilité statutaire en 2002. Trois de ces documents sont extrêmement pertinents en l'espèce : (i) Committee on Corporate Disclosure de la Bourse de Toronto (le « comité Allen »), *Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance* (1997) (le « *Rapport du comité Allen* »); (ii) Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment » (1998), 21 OSCB 3335 et 3367 (l'« avant-projet de loi de 1998 »); (iii) Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM »), « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of "Material Fact" and "Material Change" », avis n° 53-302 des ACVM, reproduit dans (2000), 23 OSCB 7383.

[64] In its report, the Allen Committee identified the failure by public corporations to comply with continuous disclosure requirements as a problem from the perspective both of actual incidents and of public perception. It concluded that the regulatory sanctions available at the time were an "inadequate deterrent" (conclusion (ii)) and that the common law remedies available to aggrieved investors for misleading disclosure in secondary trading markets were so onerous that they were "as a practical matter largely academic" (conclusion (iii)): p. vii.

[65] As a solution, the Allen Committee proposed a statutory scheme for secondary market misrepresentation liability in which it would not be necessary to prove reliance on the misrepresentation. Its recommendations were informed by two goals — deterrence of corporate non-disclosure and compensation for wronged investors — related to the identified problem, but it is important to recognize that the Committee knowingly struck a precise balance between these goals. Its report concluded as follows at p. vii:

> (v) Faced with the task of designing recommendations from the perspective of strengthening deterrence (conclusion (ii)) or creating a route to meaningful compensation of injured investors (conclusion (iii)), the Committee has adopted improved deterrence as its goal in the belief that effective deterrence will logically reduce the need for investor compensation.

This understanding would later be reiterated in CSA Notice 53-302, which includes the following comment: "The CSA accept that deterrence should outweigh compensation but, at the same time, any deterrent effect requires a plausible element of compensation" (p. 7391, fn. 23). In order to achieve this balance, the Committee proposed the establishment of a series of limits on damages and liability, as well as the creation of express statutory

[64] Dans son rapport, le comité Allen considérait le défaut de certaines sociétés ouvertes de respecter leurs obligations d'information continue comme un problème tant dans les faits que du point de vue de la perception du public. Le comité concluait que les sanctions réglementaires prévues à l'époque constituaient un [TRADUCTION] « moyen de dissuasion inadéquat » (conclusion (ii)), et que les recours offerts en common law aux investisseurs lésés pour communication d'information trompeuse sur les marchés secondaires étaient tellement contraignants qu'ils étaient, « en pratique, essentiellement théoriques » (conclusion (iii)) : p. vii.

[65] À titre de solution, le comité Allen a proposé un régime de responsabilité statutaire en matière de déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire suivant lequel il ne serait pas nécessaire de prouver que le demandeur s'est fié aux déclarations qui lui ont été faites. Les recommandations du comité s'inspiraient de deux objectifs découlant du problème identifié — dissuader les sociétés de ne pas respecter leurs obligations d'information et indemniser les investisseurs lésés — mais il est important de noter que le comité a sciemment instauré un équilibre précis entre ces objectifs. Ainsi, dans son rapport, le comité Allen concluait comme suit à la p. vii :

[TRADUCTION]

> (v) Appelé à établir des recommandations dans le but de renforcer la dissuasion (conclusion (ii)) ou de créer un moyen d'indemniser adéquatement les investisseurs lésés (conclusion (iii)), le comité a pour objectif d'améliorer les moyens de dissuasion dans l'espoir que la dissuasion efficace réduira logiquement la nécessité d'indemniser les investisseurs.

Cette conclusion fut réitérée plus tard dans l'avis nº 53-302 des ACVM, où il est indiqué que [TRADUCTION] « [l]es ACVM reconnaissent que la dissuasion devrait l'emporter sur l'indemnisation, mais d'autre part, tout effet dissuasif exige un élément plausible d'indemnisation » : p. 7391, note 23. Afin d'atteindre cet équilibre, le comité a proposé une série de limites quant aux dommages-intérêts et à la responsabilité ainsi que la création de moyens de

defences. To give priority to compensation would have led to a different set of recommendations and limits, as can be seen from the dissenting statement of Philip Anisman in the *Allen Committee Report*: pp. 85-124.

[66] The limitation period in s. 138.14 *OSA*, which was added by the CSA in 2000 through proposed amendments to legislation in response to the 1998 Draft Legislation (see App. C of the CSA Notice 53-302 (the "2000 Draft Legislation"), at p. 7429), was originally modeled upon the limitation period for general civil liability in s. 138 *OSA*. It was expressly designed to run without regard for the "plaintiff's knowledge of the facts giving rise to the cause of action": 1998 Draft Legislation, at p. 3384.

[67] The leave requirement for actions under Part XXIII.1 *OSA* was developed by the CSA and reported in CSA Notice 53-302. This requirement arose out of a concern for the potential of U.S.-style "strike suits" in Canada. Strike suits are meritless actions launched in order to coerce targeted defendants into unjust settlements. The Allen Committee had concluded that the legal environment in Canada was sufficiently different from the United States to prevent a flood of unmeritorious claims: pp. 26-27.

[68] The CSA nonetheless concluded that the depth of public concern and some examples of "entrepreneurial litigation" in Canada justified further measures to prevent strike suits: CSA Notice 53-302, at p. 7389. It proposed a screening mechanism that would require plaintiffs to obtain leave in order to assert a statutory cause of action under the *OSA* by satisfying the court that the action was being brought in good faith and had a reasonable possibility of success. The overriding policy concern was for long-term shareholders, who are unfairly affected by the volatility of share prices that results from spurious

défense expressément conférés par la loi. Accorder la priorité à l'indemnisation aurait donné lieu à un ensemble de recommandations et de restrictions différentes, comme le démontre la déclaration dissidente de Philip Anisman figurant dans le *Rapport du comité Allen* lui-même : p. 85-124.

[66] Ajouté par les ACVM en 2000 au moyen de modifications proposées à la loi en réponse à l'avant-projet de loi de 1998 (voir ann. C de l'avis nº 53-302 des ACVM (l'« avant-projet de loi de 2000 »), p. 7429), le délai de prescription prévu à l'art. 138.14 de la *LVM* était calqué au départ sur le délai de prescription relatif à la responsabilité civile générale fixé à l'art. 138 de la *LVM*. Ce délai devait expressément commencer à courir sans égard à la question de savoir si [TRADUCTION] « le demandeur connaît les faits à l'origine de la cause d'action » : avant-projet de loi de 1998, p. 3384.

[67] L'obligation d'obtenir une permission pour le recours visé à la partie XXIII.1 de la *LVM* a été créée par les ACVM et elle est consignée dans leur avis nº 53-302. Cette obligation découle de la crainte que des « poursuites opportunistes et dénuées de fondement » comme il en existe aux États-Unis soient intentées au Canada. Les poursuites opportunistes et dénuées de fondement sont des actions non fondées intentées en vue de contraindre des défendeurs ciblés à conclure un règlement injuste. Le comité Allen avait conclu que l'environnement juridique au Canada était suffisamment différent de celui des États-Unis pour prévenir une vague de demandes absolument non fondées : p. 26-27.

[68] Les ACVM ont néanmoins conclu que l'intérêt public et certains [TRADUCTION] « litiges entrepreneuriaux » au Canada justifiaient l'adoption de mesures additionnelles pour prévenir les poursuites opportunistes et dénuées de fondement : avis nº 53-302 des ACVM, p. 7389. Un mécanisme de filtrage a donc été proposé, suivant lequel le demandeur serait tenu d'obtenir une permission pour pouvoir intenter un recours en vertu de la *LVM*, en prouvant à la satisfaction du tribunal que le recours envisagé était de bonne foi et avait une chance raisonnable de succès. Les ACVM s'inquiétaient principalement

claims. In setting out the nature and the components of this mechanism, the CSA stressed the importance of screening out unmeritorious actions *as early as possible* in the litigation process:

The CSA have also introduced in the 2000 Draft Legislation a new provision designed to screen out, as early as possible in the litigation process, unmeritorious actions (section 7 of the 2000 Draft Legislation). This screening mechanism is designed not only to minimize the prospects of an adverse court award in the absence of a meritorious claim but, more importantly, to try to ensure that unmeritorious litigation, and the time and expense it imposes on defendants, is avoided or brought to an end early in the litigation process. By offering defendants the reasonable expectation that an unmeritorious action will be denied the requisite leave to be commenced, the 2000 Draft Legislation should better enable defendants to fend off coercive efforts by plaintiffs to negotiate the cash settlement that is often the real objective behind a strike suit.

The new screening provision would require a plaintiff to obtain leave of the court in order to bring an action. Before granting leave, the court must be satisfied that the action (i) is being brought in good faith and (ii) has a reasonable prospect of success at trial.

This screening mechanism, coupled with the new provision described earlier that would require court approval of a settlement agreement are procedural protections that supplement the "loser pays" cost and proportionate liability provisions retained from the 1998 Draft Legislation. Taken together, these elements of the 2000 Draft Legislation should ensure that any exercise of the statutory right of action occurs in a litigation environment different from that in the United States and less conducive to coercive strike suits. [Emphasis added; footnotes omitted; p. 7390.]

[69] In sum, Part XXIII.1 *OSA* strikes a delicate balance between various market participants. The interests of potential plaintiffs and defendants and of affected long-term shareholders have been weighed

des actionnaires à long terme, injustement touchés par la volatilité des prix des actions imputable aux demandes sans fondement. En exposant la nature et les composantes de ce mécanisme, les ACVM insistaient sur l'importance d'écarter les actions non fondées *dès que possible* dans le processus :

[TRADUCTION] Les ACVM ont aussi inséré dans l'avant-projet de loi de 2000 une nouvelle disposition visant à écarter les actions sans fondement dès le début de la procédure judiciaire (article 7 de l'avant-projet de loi de 2000). Ce mécanisme de filtrage vise non seulement à réduire les possibilités d'une décision judiciaire défavorable si la cause se révèle sans fondement, mais plus important encore, à faire en sorte d'éviter les recours non fondés, et d'éviter que les défendeurs y consacrent du temps et de l'argent, ou à faire en sorte que l'on mette fin au recours au début du processus. En faisant en sorte que les défendeurs puissent raisonnablement s'attendre à ce que la permission d'intenter toute action non fondée soit refusée, l'avant-projet de loi de 2000 devrait permettre aux défendeurs de repousser plus facilement les demandeurs qui tentent de les contraindre à négocier le règlement au comptant qui, bien souvent, est le véritable objectif d'une poursuite opportuniste et dénuée de fondement.

La nouvelle disposition sur le filtrage obligerait le demandeur à obtenir la permission du tribunal afin d'intenter une action. Avant d'accorder cette permission, le tribunal doit être convaincu que l'action (i) est intentée de bonne foi et (ii) a une possibilité raisonnable d'être accueillie au procès.

Ce mécanisme de filtrage, conjugué à la nouvelle disposition décrite auparavant qui rendrait obligatoire l'approbation par le tribunal d'un règlement et les mesures de protection procédurales qui complètent les dispositions portant imputation des dépens à la partie déboutée et responsabilité proportionnelle tirées de l'avant-projet de loi de 1998. Ensemble, ces éléments de l'avant-projet de loi de 2000 devraient faire en sorte que tout exercice du droit d'action légal se fasse dans un milieu judiciaire différent de celui des États-Unis et moins propice aux poursuites opportunistes, dénuées de fondement et coercitives. [Je souligne; notes de bas de page omises; p. 7390.]

[69] Bref, la partie XXIII.1 de la *LVM* instaure un équilibre délicat entre les différents acteurs du marché. Les intérêts des demandeurs et des défendeurs éventuels, ainsi que des actionnaires à long terme

conscientiously and deliberately in light of a desired precise balance between deterrence and compensation. The legislative history reveals a long, meticulous development of this balance, one that found expression in all the limits built into the scheme.

(d) *Analysis*

[70] In my opinion, a careful consideration of the context of limitation periods, the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* reveals that the Court of Appeal's decision in the instant cases is not only at odds with the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions at issue but also broadly undermines the legislative structures and the purposes at stake in these appeals.

[71] It is particularly troubling to see the anomalous result produced by the decision of the Court of Appeal in these cases, namely that a plaintiff could improve his or her position by filing a class proceeding asserting the Part XXIII.1 *OSA* cause of action, thereby causing the limitation period to be suspended by s. 28 *CPA* where it would not otherwise have been possible to do so had the same plaintiff filed an individual lawsuit. The Court of Appeal justified this result on the basis that Part XXIII.1 *OSA* is optimized for class proceedings, but did so in quoting a passage from the *Allen Committee Report* which merely states that combining class actions with the statutory scheme would provide ample protection against extortionate actions. I accept that Part XXIII.1 *OSA* is optimized for class proceedings in the sense that the statutory action that Part creates does not require proof that the plaintiff relied on the misrepresentation. However, this should not be used to undermine the strict limitation period provided for in s. 138.14 *OSA*, which is not supposed to be suspended until leave is granted.

[72] The Court of Appeal wrote in the cases at bar that it was concerned about judicial economy

touchés, ont été soupesés consciencieusement et délibérément dans l'optique d'un équilibre précis et voulu entre la dissuasion et l'indemnisation. L'historique législatif révèle que cet équilibre est le résultat d'un exercice long et méticuleux, équilibre exprimé dans toutes les limites intégrées au régime.

d) *Analyse*

[70] Je suis d'avis qu'un examen attentif du contexte des délais de prescription, de la *LRC* et de la partie XXIII.1 de la *LVM* révèle que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans les présents dossiers non seulement va à l'encontre du sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions en cause, mais mine considérablement la structure et les objectifs du régime statutaire en jeu dans les présents pourvois.

[71] Il est particulièrement troublant de constater le résultat anormal produit par la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers : un demandeur pourrait améliorer son sort en déposant un recours collectif invoquant la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*, ce qui suspendrait le délai de prescription en application de l'art. 28 de la *LRC* alors que le même délai de prescription n'aurait pu être suspendu si le même demandeur avait engagé une poursuite individuelle. La Cour d'appel a justifié ce résultat en disant que la partie XXIII.1 de la *LVM* est optimisée pour les recours collectifs, mais elle l'a fait en citant un extrait du *Rapport du comité Allen* indiquant tout simplement que la combinaison des recours collectifs et du régime statutaire constituait une protection suffisante contre les actions ayant pour but de soutirer un règlement. Je conviens que la partie XXIII.1 de la *LVM* est optimisée pour les recours collectifs en ce sens que le droit d'action qu'elle crée n'oblige pas le demandeur à prouver qu'il s'est fié aux déclarations qui lui ont été faites. Toutefois, cette caractéristique ne devrait pas servir à miner le délai de prescription strict fixé à l'art. 138.14 de la *LVM*, lequel est censé courir sans suspension jusqu'à ce que la permission soit accordée.

[72] Dans les présents dossiers, la Cour d'appel s'est dite motivée par un souci d'économie des

and access to justice; it noted that the ruling in *Timminco* would force potential class members to initiate their own individual actions in order to protect their rights before leave is obtained in the class proceeding. Although I accept the importance of judicial economy as articulated by the Court of Appeal in *Logan* and *Coulson*, the rationale for those decisions cannot extend beyond the fundamental limits of class proceedings.

[73] As I mentioned above, class actions are procedural mechanisms which can only *extend* the substantive rights of the representative plaintiff to the other class members. The only way s. 28 *CPA* can protect the other members is by affording them the substantive protection already enjoyed by the representative plaintiff. Before there is a right of action or a suspension of the limitation period flowing from the operation of the statutory scheme itself, the *CPA* cannot be interpreted in such a way as to create either one.

[74] Karakatsanis J. states that "[w]ithout s. 28, the commencement of a proceeding by a representative plaintiff would only suspend the limitation period with respect to that plaintiff; the limitation period governing other potential class members would continue to run during the certification proceedings" (para. 175). I agree, but in the case of class actions alleging secondary market misrepresentations, the representative plaintiff, acting on his or her own, must first obtain leave in order for the limitation period to be suspended. My reading of s. 28 *CPA* simply maintains this requirement for s. 138.3 *OSA* statutory claims, while extending the suspension to all other potential class members once leave is granted. In this sense, s. 28 *CPA* still "shelters the rights of potential class plaintiffs under the umbrella of the representative plaintiff's action" (para. 176), but it forces the representative plaintiff to proceed expeditiously to obtain leave. This interpretation promotes the purposes of the *CPA*, is compatible with the purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*

ressources judiciaires et d'accès à la justice; elle a fait remarquer que la décision dans *Timminco* obligerait les membres éventuels du groupe à intenter leur propre action individuelle afin de protéger leurs droits avant que la permission ne soit obtenue pour le recours collectif. Bien que je reconnaisse l'importance de l'économie des ressources judiciaires telle que l'a formulée la Cour d'appel dans les arrêts *Logan* et *Coulson*, le raisonnement adopté dans ces décisions ne peut avoir une portée dépassant les limites fondamentales des recours collectifs.

[73] Comme je l'ai déjà mentionné, les recours collectifs sont des véhicules (ou mécanismes) procéduraux qui peuvent uniquement *étendre* les droits substantiels du représentant des demandeurs aux autres membres du groupe. L'article 28 de la *LRC* ne protège les autres membres qu'en leur conférant la même protection substantielle dont jouit déjà le représentant. Avant qu'il n'y ait de droit d'action ou suspension du délai de prescription résultant de l'opération du régime statutaire lui-même, la *LRC* ne peut être interprétée de façon à créer l'un ou l'autre.

[74] La juge Karakatsanis souligne qu'en général, « [s]ans l'art. 28, l'introduction d'un recours par un représentant des demandeurs n'aurait pour effet de suspendre le délai de prescription que pour ce représentant seulement; le délai de prescription applicable aux autres membres éventuels du groupe continuerait de courir pendant l'instance de certification » (par. 175). Je suis d'accord mais, dans le cas des recours collectifs alléguant une cause d'action statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire, le représentant des demandeurs agissant pour lui-même doit d'abord obtenir la permission pour que le délai de prescription soit suspendu. Mon interprétation de l'art. 28 de la *LRC* ne fait que maintenir cette exigence pour les réclamations fondées sur l'art. 138.3 de la *LVM*, tout en permettant à tous les autres membres éventuels du groupe de bénéficier de la suspension au moment où la permission est accordée. En ce sens, l'art. 28 de la *LRC* « abrite [toujours] les droits d'éventuels demandeurs du groupe sous le parapluie de l'action

and allows the class proceeding to remain an effective vehicle for secondary market liability claims.

du représentant des demandeurs » (par. 176), mais oblige le représentant des demandeurs à procéder rapidement pour obtenir la permission. Cette interprétation favorise l'atteinte des objectifs de la *LRC*, s'harmonise avec l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM* et fait en sorte que le recours collectif demeure un véhicule efficace pour intenter les recours en responsabilité liés au marché secondaire.

[75] The interpretation proposed by my colleague and by the Court of Appeal in the cases at bar gives priority to the objectives of the *CPA* at the price of contradicting the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions and upsetting the specific balance struck in Part XXIII.1 *OSA* even though those objectives had already been taken into account in enacting the legislation providing for the statutory claim. Part XXIII.1 *OSA* is the more recent legislation; it creates a scheme that is intended to be comprehensive, and was crafted with the *CPA* in mind. The purposes associated with the *CPA* — judicial economy, access to the courts and behaviour modification — were each explicitly considered in developing the structure of Part XXIII.1 *OSA*. Policy concerns, as compelling as they are, do not override the plain meaning of the text and the intent of the Ontario legislature. This is not altered by the fact that both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, and should thus be interpreted broadly and purposively. The end result of the legislature's consideration was that the scheme includes a leave requirement that serves as a precondition to the commencement of an action, a limitation period and no requirement to prove reliance on the misrepresentation. The combined effect of these features is to promote efficiency and fairness for both parties.

[75] L'interprétation proposée par ma collègue et la Cour d'appel dans les cas présents donne la priorité aux objectifs de la *LRC* au détriment du — et en contradiction avec le — sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions, ainsi qu'au détriment de l'équilibre précis atteint dans la partie XXIII.1 de la *LVM*, et ce, même si ces objectifs ont déjà été pris en considération lors de l'adoption du régime statutaire en cause ici. La partie XXIII.1 de la *LVM* est le texte législatif le plus récent; elle a instauré un régime se voulant complet et a été rédigée alors que la *LRC* était déjà en vigueur. Les objectifs associés à la *LRC* — l'économie des ressources judiciaires, l'accès aux tribunaux et la modification des comportements — ont chacun été explicitement considérés lorsque la structure de la partie XXIII.1 de la *LVM* a été élaborée. Les considérations de principe, aussi impératives soient-elles, ne peuvent primer le sens clair du texte et l'intention du législateur ontarien. Le fait que la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* soient toutes deux de nature réparatrice et doivent par le fait même recevoir une interprétation large et téléologique n'y change rien. Le résultat final de l'exercice auquel s'est livré le législateur est que le régime statutaire impose l'exigence d'obtenir une permission en guise de condition préalable à l'introduction d'un recours, un délai de prescription et l'absence de nécessité de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte. La combinaison de ces aspects contribue à l'efficacité et à l'équité envers les deux parties.

[76] The interpretation proposed by the Court of Appeal in these cases significantly affects the protection provided against strike suits. As I noted above, the preliminary leave requirement was added because the CSA believed that the usual measures

[76] L'interprétation proposée par la Cour d'appel dans les présents dossiers modifie de façon significative la protection accordée contre les poursuites opportunistes et dénuées de fondement. Tel qu'il est indiqué ci-dessus, l'obligation d'obtenir

under the *CPA* did not provide appropriate safeguards. To supplement the *CPA*'s protection against unmeritorious actions, the CSA proposed a screening mechanism in which the granting of leave *as early as possible* in the litigation process was an essential component.

[77] Requiring merely that a statutory cause of action be mentioned in an existing class proceeding for the limitation period to be suspended can hardly be said to achieve that purpose. It might even hypothetically force some defendants to enter in an unjust settlement when the leave application is pending — potentially during many years — and thus negatively affect the corporate defendant's share value.

[78] In my view, the Court of Appeal's interpretation of s. 28 *CPA* not only contradicts the ordinary and grammatical meaning of the words used, but also displaces the balance struck by the legislature as reflected in Part XXIII.1 *OSA*. Thus, the Court of Appeal not only upset the carefully considered design of Part XXIII.1 *OSA*, but also inverted the statutory interpretation process, using an older provision of general application to alter a more recent, comprehensive scheme.

[79] The Court of Appeal wrote that the effect of *Timminco*, namely that a plaintiff does not unilaterally control whether his or her claim is brought within the limitation period (because of the starting point of the limitation period or because of delays caused by the defendant or the court), was "foreign to the concept of a limitation provision" (para. 27). In my view, the Court of Appeal failed to appreciate not only that modern limitation periods flow from an exercise in balancing the rights of plaintiffs and defendants, but also that the legislature undertook that balancing exercise in designing the limitation period in question. Section 138.14 *OSA* does not have an internal suspension mechanism, and the limitation period begins to run regardless of knowledge on the plaintiff's part, be it on when a document containing a misrepresentation is released, when an oral

la permission préalable a été ajoutée parce que les ACVM étaient d'avis que les mécanismes prévus par la *LRC* ne constituaient pas des garanties suffisantes. Pour compléter les mesures de protection prévues par la *LRC* contre les actions non fondées, elles ont proposé un mécanisme de filtrage, dont l'obtention d'une permission *aussitôt que possible* dans le processus est une composante essentielle.

[77] Accepter que la simple mention d'une cause d'action statutaire dans un recours collectif alors pendant suffit pour faire suspendre le délai de prescription ne permet guère d'atteindre cet objectif. Cela pourrait même théoriquement obliger certains défendeurs à conclure un règlement injuste pendant que la demande de permission est pendante, potentiellement pendant des années, ce qui ferait baisser la valeur de l'action de la société défenderesse.

[78] À mon sens, l'interprétation qu'a donnée la Cour d'appel à l'art. 28 de la *LRC* non seulement va à l'encontre du sens ordinaire et grammatical des mots, mais rompt aussi l'équilibre établi à la partie XXIII.1 de la *LVM* par le législateur. En conséquence, la Cour d'appel non seulement ébranle la structure réfléchie de la partie XXIII.1 de la *LVM*, mais inverse le processus d'interprétation en utilisant une disposition plus ancienne d'application générale pour redéfinir un régime plus récent et plus exhaustif.

[79] La Cour d'appel a écrit que le résultat de l'arrêt *Timminco*, dont le fait que le demandeur n'a pas de contrôle absolu sur la présentation de sa demande dans le délai de prescription (en raison du point de départ du délai de prescription ou de délais imputables au défendeur ou au tribunal), était [TRADUCTION] « étranger au concept de disposition en matière de prescription » (par. 27). À mon avis, la Cour d'appel ne tient pas compte non seulement du fait que les délais modernes de prescription comportent un équilibre établi entre les droits d'un demandeur et ceux d'un défendeur, mais aussi que le législateur a voulu atteindre cet équilibre dans l'établissement ou la détermination du délai de prescription en cause ici. L'article 138.14 de la *LVM* ne prévoit aucun mécanisme interne de suspension, le délai de prescription commençant à courir sans

statement containing a misrepresentation is made, or when there is a failure to make timely disclosure. The scheme is exacting and even harsh, but it is structured in this manner to balance the interests of plaintiffs, defendants and long-term shareholders.

[80] The plaintiffs argue that the effect of *Timminco* is that leave is practically impossible to obtain. I disagree. The facts in *IMAX* suggest the opposite, given that the leave and certification motions were heard some three months before the limitation period expired. More importantly, even assuming that the plaintiffs are correct, *Timminco* does not cause this difficulty, but merely fails to relieve a specific group of litigants from the consequences of the *OSA* scheme. In other words, any adverse consequence flows naturally from the text of Part XXIII.1, which is not ambiguous.

[81] Like Goudge J.A. in *Timminco*, I am unwilling to rely upon an isolated purpose of limitation periods, taken out of context, in order to give priority to one stakeholder over others, particularly where the legislature was so clearly alive to these considerations in making the choices it made generally for Part XXIII.1 *OSA*, and more specifically for s. 138.14.

[82] Ultimately, in light of the underlying principle and the structure of class proceedings in Canada, the operation of s. 28 *CPA* must follow the granting of leave under s. 138.8 *OSA*. I should add that this interpretation is also compatible with the legislative choices embodied in Ontario's statutory scheme for secondary market misrepresentation. Above all, it is consistent with the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions.

égard à la connaissance du demandeur, que ce soit lors de la publication d'un document contenant une déclaration inexacte de faits, lors d'une déclaration orale contenant une déclaration inexacte de faits, ou en cas de défaut de divulgation en temps utile (« information occasionnelle » dans la *LVM*). Le régime est contraignant et même sévère, mais il est ainsi structuré pour concilier les intérêts des demandeurs, des défendeurs et des actionnaires à long terme.

[80] Les demandeurs soutiennent qu'en raison de l'arrêt *Timminco*, il sera pratiquement impossible d'obtenir la permission. Je ne partage pas cet avis. Les événements dans *IMAX* démontrent le contraire, car les requêtes pour permission et en autorisation du recours collectif furent entendues quelque trois mois avant l'expiration du délai de prescription. Plus important encore, même à supposer que les demandeurs aient raison, *Timminco* ne crée pas cette difficulté; la Cour d'appel y refuse uniquement de soustraire un groupe précis de parties aux conséquences du régime de la *LVM*. Autrement dit, toute conséquence négative découle naturellement du texte de la partie XXIII.1, qui n'est pas ambigu.

[81] À l'instar du juge Goudge dans *Timminco*, je ne suis pas disposée à m'en remettre à un objectif isolé des délais de prescription, pris hors contexte, pour favoriser un actionnaire au détriment des autres, surtout lorsque le législateur a été si manifestement sensible à ces considérations dans les choix qu'il a faits généralement en ce qui concerne la partie XXIII.1 de la *LVM*, plus particulièrement l'art. 138.14.

[82] Ultimement, à la lumière de la structure des recours collectifs au Canada et du principe qui les sous-tend, l'application de l'art. 28 de la *LRC* doit suivre l'octroi de la permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM*. Je dois ajouter que cette interprétation est compatible avec la volonté du législateur exprimée dans le régime statutaire ontarien en matière de déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. Par-dessus tout, cette interprétation est conforme au sens ordinaire et grammatical des dispositions.

(3) Conclusion

[83] After considering the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions as well as the entire legislative context, I am of the view that s. 28 *CPA* cannot operate to suspend the limitation period for a statutory claim for secondary market misrepresentation before leave for that claim has been granted under 138.8 *OSA*. Given my conclusion, which accords with the result in *Timminco*, there is no need to address the question whether the Court of Appeal erred in overturning its own precedent. I will now turn to the second issue of these appeals.

B. *Jurisdiction for Relief*

[84] The interposition of *Timminco* in the proceedings below upset the presumption on which the plaintiffs were operating. A presumption, I should add, that was based on an erroneous reading of the provisions at issue. Before the motion judges and in this Court, the plaintiffs therefore asked that equity be used to save their statutory claims. In this Court, the argument centred on whether the courts below could and should have relied upon the doctrine of *nunc pro tunc* or the doctrine of special circumstances. Although there is some confusion on this point in the motion judges' reasons, *nunc pro tunc* and special circumstances are two separate doctrines. As a result, they need to be addressed separately.

(1) Doctrine of *Nunc Pro Tunc*

[85] The courts have inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc*. In common parlance, it would simply be said that a court has the power to backdate its orders. This power is implied by rule 59.01 of the *Rules of Civil Procedure*: "An order is effective from the date on which it is made, unless it provides otherwise."

(3) Conclusion

[83] Après avoir analysé le sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions ainsi que l'ensemble du contexte législatif, je suis d'avis que l'art. 28 de la *LRC* ne peut avoir pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à un recours statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire avant que la permission d'intenter un tel recours n'ait été obtenue en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. Vu ma conclusion, qui concorde avec le résultat atteint dans *Timminco*, point n'est besoin d'examiner si la Cour d'appel a erré en infirmant son propre précédent. Je me penche maintenant sur la deuxième question soulevée dans les présents pourvois.

B. *Compétence pour accorder un redressement*

[84] L'arrivée de l'arrêt *Timminco* dans les poursuites alors pendantes devant les tribunaux d'instance inférieure a ébranlé la prémisse sur laquelle s'appuyaient les demandeurs, une prémisse qui, dois-je ajouter, reposait sur une lecture erronée des dispositions en jeu. Devant la Cour supérieure de l'Ontario ainsi que devant notre Cour, les demandeurs ont donc demandé à ce qu'on recoure à l'equity pour sauvegarder leurs recours statutaires. Devant notre Cour, le débat portait principalement sur la question de savoir si les tribunaux d'instance inférieure auraient pu et auraient dû s'en remettre à la doctrine *nunc pro tunc* ou à celle des circonstances spéciales. Bien qu'il semble exister une certaine confusion sur ce point dans les motifs des juges de première instance, la doctrine *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales sont distinctes. Je les aborde donc séparément.

(1) La doctrine *nunc pro tunc*

[85] Les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc*. En langage courant, on pourrait simplement dire que les tribunaux ont le pouvoir d'antidater leurs ordonnances. Ce pouvoir est confirmé par l'art. 59.01 des *Règles de procédure civile* : « L'ordonnance, à moins qu'elle ne contienne une disposition contraire, prend effet à compter de la date à laquelle elle est rendue. »

[86] The history of the courts' inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc* is intimately tied to the maxim *actus curiae neminem gravabit* (an act of the court shall prejudice no one). Originally, the need for this type of equitable relief arose when a party died after a court had heard his or her case but before judgment had been rendered. In civil suits, this situation caused problems because of the well-known common law rule that a personal cause of action is extinguished with the death of the claimant.

[87] One of the oldest and most often cited cases, *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561, dealt with this very circumstance: the plaintiff had died after the hearing but before the court rendered its judgment. The court ordered that its judgment be entered *nunc pro tunc*, as of the day when the argument terminated, noting that this would not cause an injustice to the other party and that such a result was appropriate in a case in which the delay had resulted from an act of the court. A long line of Canadian cases has followed *Turner*, as courts have granted *nunc pro tunc* orders where parties have died after hearings: *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Young v. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467 (C.A.); *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (B.C.S.C.); *Monahan v. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina v. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369.

[88] LeBel and Rothstein JJ. drew upon this line of cases in *Canada* (*Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, affirming "the correctness of this approach" and concluding that the estate of any class member in a class proceeding who was alive on the date that argument concluded was entitled to the benefit of the judgment: para. 77.

[89] In *CIBC*, Strathy J. suggested that a court has inherent jurisdiction to issue an order *nunc pro tunc*,

[86] L'historique de la compétence inhérente des tribunaux de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est intimement lié à la maxime *actus curiae neminem gravabit* (nul acte de la cour ne doit porter préjudice à une partie au litige). À l'origine, la nécessité d'accorder ce genre de redressement équitable est survenue lorsqu'une partie est décédée après l'instruction de son dossier mais avant que le jugement ne soit rendu. Dans les poursuites civiles, cette situation posait problème en raison de la règle de common law bien connue selon laquelle une cause d'action personnelle s'éteint avec le décès du demandeur.

[87] L'un des précédents les plus anciens et les plus souvent cités, *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561, portait précisément sur une telle situation : le demandeur est décédé après la fin de l'audition mais avant que jugement soit rendu. Le tribunal a alors rendu son ordonnance *nunc pro tunc* à la date de conclusion des débats, faisant remarquer que cela ne constituerait pas une injustice pour l'autre partie et que c'était approprié dans un cas où le retard était attribuable à un acte de la cour. Un long courant jurisprudentiel canadien a suivi la décision *Turner* et les tribunaux ont rendu des ordonnances *nunc pro tunc* lorsqu'une partie est décédée après l'audition : *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Young c. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467 (C.A.); *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (C.S.C.-B.); *Monahan c. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina c. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369.

[88] Les juges LeBel et Rothstein se sont fondés sur ce courant jurisprudentiel dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, où ils ont confirmé « la justesse de cette approche » et conclu que la succession de tout membre du groupe dans un recours collectif qui était vivant au moment de la conclusion des plaidoiries était en droit de bénéficier du jugement : par. 77.

[89] Dans *CIBC*, le juge Strathy a suggéré que le tribunal n'avait compétence inhérente pour rendre

but only in the case of a slip or oversight. In my opinion, the occurrence of a slip or oversight is not the only circumstance in which a court may exercise its inherent jurisdiction, but is instead one example of a situation in which it may do so. To hold otherwise would run counter to the historical basis for the development of the doctrine.

[90] In fact, beyond cases involving the death of a party or a slip, the courts have identified the following non-exhaustive factors in determining whether to exercise their inherent jurisdiction to grant such an order: (1) the opposing party will not be prejudiced by the order; (2) the order would have been granted had it been sought at the appropriate time, such that the timing of the order is merely an irregularity; (3) the irregularity is not intentional; (4) the order will effectively achieve the relief sought or cure the irregularity; (5) the delay has been caused by an act of the court; and (6) the order would facilitate access to justice (*Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562 (C.A.), at pp. 570-71; *Gallo v. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340, at paras. 7 and 10; *Krueger v. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130 (Q.B.), at paras. 11-15; *Parker v. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279 (Ont. Unif. Fam. Ct.), at p. 286; *Hogarth v. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78 (Ont. H.C.), at pp. 78-79; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651 (C.A.), at p. 654; *Couture v. Bouchard* (1892), 21 S.C.R. 281, at p. 285; *Westman v. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306, at para. 40, citing *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 28; *McKenna Estate v. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at paras. 23-24). None of these factors is determinative.

[91] Returning to the issue in the cases at bar, there are two schools of thought in the jurisprudence on whether a failure to obtain leave within a specified limitation period results in the nullity of the action or is merely a procedural irregularity. According to one view, a failure to do so results in the nullity of the action, which cannot be remedied by a *nunc pro tunc* order, and is therefore an "insurmountable obstacle": *Holst v. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257 (Q.B.), at para. 10. According to the

une ordonnance *nunc pro tunc* que dans le cas d'une erreur ou d'un oubli. À mon avis, les cas d'erreur ou d'oubli ne sont pas les seuls où le tribunal peut exercer sa compétence inhérente; ce sont plutôt des exemples de situations dans lesquelles la compétence inhérente peut être exercée. Toute autre conclusion irait à l'encontre des origines historiques de la doctrine.

[90] En fait, à part les cas d'erreur ou de décès d'une partie, les tribunaux ont identifié les facteurs non exhaustifs suivants afin de décider d'exercer ou non leur compétence inhérente pour rendre pareille ordonnance : (1) l'ordonnance ne causera pas préjudice à la partie adverse; (2) l'ordonnance aurait été rendue si elle avait été sollicitée au moment propice, de sorte que le moment du prononcé de l'ordonnance est simplement une irrégularité; (3) l'irrégularité n'est pas intentionnelle; (4) l'ordonnance permettra effectivement d'obtenir le redressement demandé ou de remédier à l'irrégularité; (5) le retard est attribuable à un acte de la cour; (6) l'ordonnance faciliterait l'accès à la justice (*Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562 (C.A.), p. 570-571; *Gallo c. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340, par. 7 et 10; *Krueger c. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130 (B.R.), par. 11-15; *Parker c. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279 (C. unif. fam. Ont.), p. 286; *Hogarth c. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78 (H.C. Ont.), p. 78-79; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651 (C.A.), p. 654; *Couture c. Bouchard* (1892), 21 R.C.S. 281, p. 285; *Westman c. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306, par. 40, citant *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 28; *McKenna Estate c. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), par. 23-24). Aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi.

[91] Pour revenir à la question qui se pose dans les présents dossiers, on retrouve dans la jurisprudence deux écoles de pensée sur la question de savoir si le fait de ne pas obtenir la permission à l'intérieur du délai imparti entraîne la nullité de l'action ou constitue une simple irrégularité procédurale. D'aucuns estiment qu'un tel défaut entraîne la nullité de l'action et qu'il ne peut être corrigé par une ordonnance *nunc pro tunc*, ce qui en fait un [TRADUCTION] « obstacle insurmontable » : *Holst*

second view, such a failure is merely a procedural irregularity that can be corrected by a *nunc pro tunc* order: see, e.g., *CIBC Mortgage Corp. v. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303 (C.A.), at paras. 8-11 and 33; *McKenna*, at para. 22.

[92] In my opinion, van Rensburg J. correctly stated the law on this point in *IMAX*. She noted that the courts have been willing to grant *nunc pro tunc* orders where leave is sought within the limitation period but not obtained until after the period expires (as in *Montego Forest Products*). She also noted that, in the cases suggesting that an action commenced without leave was a nullity, the applicable limitation periods had expired before the application for leave was brought. A *nunc pro tunc* order in such cases would be of no use to the plaintiff, as it would be retroactive to a date after the expiry of the limitation period.

[93] Thus, subject to the equitable factors mentioned above, an order granting leave to proceed with an action can theoretically be made *nunc pro tunc* where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. One very important caveat, identified by Strathy J., is that a court should not exercise its inherent jurisdiction where this would undermine the purpose of the limitation period or the legislation at issue.

[94] This is because, as with all common law doctrines and rules, the inherent jurisdiction to grant *nunc pro tunc* orders is circumscribed by legislative intent. Given the long pedigree of the doctrine and of rule 59.01, to which I have referred, it has been held that the legislature is presumed to have contemplated the possibility of a *nunc pro tunc* order: *McKenna*, at para. 27; *Parker*, at pp. 286-87; *New Alger Mines*, at pp. 570-71. However, *nunc pro tunc* orders will not be available if they are precluded by either the language or the purpose of a statute.

c. Grenier (1987), 65 Sask. R. 257 (B.R.), par. 10. D'autres sont d'avis que le fait de ne pas obtenir la permission ne constitue qu'une irrégularité procédurale susceptible d'être corrigée par une ordonnance *nunc pro tunc* : voir p. ex. *CIBC Mortgage Corp. c. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303 (C.A.), par. 8-11 et 33; *McKenna*, par. 22.

[92] À mon avis, la juge van Rensburg a correctement énoncé le droit sur ce point dans *IMAX*. Elle a fait observer que les tribunaux se sont montrés disposés à rendre des ordonnances *nunc pro tunc* lorsque la permission avait été sollicitée dans le délai fixé, mais obtenue après l'expiration du délai (comme dans *Montego Forest Products*). Elle a également souligné que, dans les décisions où il est indiqué que l'action introduite sans permission préalable est frappée de nullité, les délais de prescription applicables étaient expirés avant l'introduction de la demande de permission. Selon elle, une ordonnance *nunc pro tunc* dans de tels cas ne serait d'aucune utilité pour le demandeur, puisqu'elle rétroagirait à une date postérieure à l'expiration du délai de prescription.

[93] En conséquence, sous réserve des considérations d'équité mentionnées plus haut, une ordonnance accordant la permission d'intenter une action peut théoriquement être rendue *nunc pro tunc* lorsque la permission est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Toutefois, il importe de souligner une mise en garde très importante faite par le juge Strathy : le tribunal ne devrait pas exercer sa compétence inhérente si cela aurait pour effet de miner l'objectif du délai de prescription ou de la loi en cause.

[94] Il en est ainsi parce que, comme pour toutes les doctrines et règles de common law, la compétence inhérente de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est circonscrite par l'intention du législateur. Vu la longue histoire de la doctrine et la règle 59.01 à laquelle j'ai fait référence, les tribunaux ont statué que le législateur est présumé avoir envisagé la possibilité qu'une ordonnance *nunc pro tunc* soit rendue : *McKenna*, par. 27; *Parker*, p. 286-287; *New Alger Mines*, p. 570-571. Toutefois, aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne sera rendue si le libellé

None of the other equitable factors listed above, including the delay being caused by an act of the court, can be relied on to effectively circumvent or defeat the express will of the legislature.

(2) Application of *Nunc Pro Tunc*

[95] I must now decide whether the doctrine applies to the cases at bar. Before doing so, I should briefly outline the applicable standard of review. The standard that ordinarily applies to a judge's discretionary decision on whether to grant an order *nunc pro tunc* is that of deference: if the judge has given sufficient weight to all the relevant considerations, an appellate court must defer to his or her exercise of discretion (*Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at p. 404). However, if the judge's discretion is exercised on the basis of an erroneous principle, an appellate court is entitled to intervene: *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 54. In *CIBC*, Strathy J. found that he did not have jurisdiction to make the order *nunc pro tunc*. It follows that he did not actually exercise any discretion, and there is therefore no decision to defer to. But, even if he had done so, his reasoning on whether the order should be granted *nunc pro tunc* was based on an erroneous principle in that he conflated the doctrine of *nunc pro tunc* with that of special circumstances and erroneously concluded that an order can be made *nunc pro tunc* only in the event of a slip or oversight. His decision is therefore not entitled to deference on appeal.

[96] Having reached this conclusion, I must now consider whether the discretion to grant leave *nunc pro tunc* should be exercised. As I mentioned above, a court's exercise of its inherent jurisdiction to grant such an order has the potential to undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA*. In particular, one of the clear objectives of Part XXIII.1 is to ensure that leave will be sought and obtained quickly. The requests of the plaintiffs

ou l'objet d'une loi ne l'autorise pas. Aucune des autres considérations d'équité énumérées ci-dessus, y compris le délai attribuable à un acte de la cour, ne peut servir à contourner ou à contrecarrer en fait la volonté expresse du législateur.

(2) Application de la doctrine *nunc pro tunc*

[95] Je dois maintenant décider si la doctrine *nunc pro tunc* s'applique en l'espèce. Avant de ce faire, j'exposerai brièvement la norme d'intervention applicable. La norme qui s'applique en temps normal à la décision discrétionnaire du juge de rendre ou non une ordonnance *nunc pro tunc* est celle de la déférence : si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, une cour d'appel doit s'en remettre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge (*Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404). Cependant, si le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné, une cour d'appel peut intervenir : *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54. Dans le dossier *CIBC*, le juge Strathy a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance *nunc pro tunc*. Il s'ensuit qu'il n'a pas exercé de pouvoir discrétionnaire et que la déférence n'est pas de mise. En outre, même si le juge Strathy avait exercé telle discrétion, son analyse de la question de savoir si l'ordonnance devrait être rendue *nunc pro tunc* était fondée sur un principe erroné, car il a confondu la doctrine de *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales et il a conclu à tort qu'une ordonnance pouvait être rendue *nunc pro tunc* uniquement en cas d'erreur ou d'oubli. Partant, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence en appel à l'égard de sa décision.

[96] Ayant conclu ainsi, je dois maintenant décider si le pouvoir discrétionnaire d'accorder la permission *nunc pro tunc* doit être exercé. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'exercice de cette compétence inhérente par un tribunal pour rendre pareille ordonnance risque de miner le délai de prescription strict fixé à l'art. 138.14 de la *LVM*. Plus particulièrement, un des objectifs clairs de la partie XXIII.1 est de faire en sorte que la permission

in *CIBC* and *Celestica* for a *nunc pro tunc* order sit uneasily with this objective. As for *IMAX*, a *nunc pro tunc* order, if appropriate, can only be applicable in respect of the defendants who were parties to the original statement of claim, as I will discuss later.

[97] In *CIBC*, Strathy J. wrote that he had no jurisdiction to relieve the plaintiffs from the application of s. 138.14 *OSA*. However, a close reading of his reasons suggests that he was of the opinion that he had inherent jurisdiction, but that he could not exercise his discretion, because this case did not involve a slip or oversight. As I mentioned above, however, the occurrence of a slip or oversight is not the only circumstance in which a court may exercise its inherent jurisdiction to grant an order *nunc pro tunc*, but is instead one example of a situation in which it may do so. Strathy J. therefore erred in limiting the exercise of his inherent jurisdiction to a case involving a slip or oversight.

[98] Had he reached a different conclusion, Strathy J. would have exercised his discretion to issue the order for "several reasons": para. 540. One of the reasons he gave was that "the plaintiffs have been diligently pursuing the motion for leave on their own behalf and on behalf of the Class", although it is clear from his comments that this finding of fact is inextricably linked to the idea that "[t]his is not a case in which the suspension of the limitation period would have left the parties, Class Members and the court without any guarantee that the action would be prosecuted": para. 541. Yet lack of prejudice to the defendants and diligence are two different things. Strathy J. also stated that, had he concluded that he could exercise his inherent jurisdiction, the fact that the plaintiffs were surprised by *Timminco* would have played an important role in his decision on whether to grant the order.

[99] With all due respect, what I find particularly problematic is that the plaintiffs' request for a *nunc*

soit sollicitée et obtenue rapidement. Les demandes des demandeurs dans *CIBC* et *Celestica* visant à obtenir une ordonnance *nunc pro tunc* cadrent mal avec cet objectif. Dans *IMAX*, il n'est justifié de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* qu'à l'égard des défendeurs parties à la déclaration initiale, tel que je l'expliquerai plus loin.

[97] Dans *CIBC*, le juge Strathy a écrit qu'il n'avait pas compétence pour soustraire les demandeurs à l'application de l'art. 138.14 de la *LVM*. Une lecture attentive de ses motifs donne toutefois à penser qu'il estimait avoir compétence inhérente mais que, comme il n'était pas en présence d'une erreur ou d'un oubli, il ne pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire. Comme je l'ai mentionné plus haut, cependant, les cas d'erreur ou d'oubli ne sont pas les seuls où le tribunal peut exercer sa compétence inhérente pour rendre une ordonnance *nunc pro tunc*; ce sont plutôt des exemples de situations dans lesquelles il peut l'exercer. Le juge Strathy a donc commis une erreur en limitant l'exercice de sa compétence inhérente aux seuls cas d'erreur ou d'oubli.

[98] S'il avait tiré une conclusion différente, le juge Strathy aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance pour [TRADUCTION] « plusieurs raisons » : par. 540. Parmi les raisons qu'il a mentionnées, figure celle selon laquelle « les demandeurs ont poursuivi avec diligence la requête pour permission en leur propre nom et au nom du groupe », mais il ressort de ses propos que cette conclusion de fait est inextricablement liée à l'idée que « [n]ous ne sommes pas en présence d'un cas où la suspension du délai de prescription aurait privé les parties, les membres du groupe et le tribunal de toute garantie que l'action serait poursuivie » : par. 541. Or, l'absence de préjudice subi par les défendeurs et la diligence sont deux choses distinctes. Toujours selon le juge Strathy, la surprise causée aux demandeurs par l'arrêt *Timminco* aurait aussi influé fortement sur sa décision de rendre ou non l'ordonnance s'il avait conclu à la possibilité d'exercer sa compétence inhérente pour ce faire.

[99] Avec beaucoup d'égards, il me semble particulièrement problématique que la demande des

pro tunc order shows that they were aware of the requirement of obtaining leave, yet they made the choice to bring a motion for leave at the same time as their certification motion rather than expediting the leave motion. Their failure to obtain leave within the limitation period is therefore a result of their own decision. The fact that the plaintiffs were surprised by the decision in *Timminco* is of no help to them, since, as Strathy J. noted, not only were they mistaken in their interpretation of the law, but they also proceeded on the assumption "that the court had jurisdiction to extend the limitation period and that the discretion would be exercised in their favour by granting leave *nunc pro tunc*": para. 511.

[100] My colleague Cromwell J. says that "[t]he plaintiffs reasonably thought that they could be granted leave after the expiry of the limitation period" (para. 139). Although the plaintiffs' belief that they *could be* granted leave might be considered reasonable, it was not reasonable for them to assume that they *would be* granted leave. A plaintiff cannot simply assume that he or she will be granted relief, doing nothing although knowing that the limitation period is going to expire. In the instant cases, the plaintiffs could have requested an expedited hearing, but they did not even raise the issue, ultimately presenting the judge with a *fait accompli*. As Strathy J. wrote, "Had [the issue] been raised, the parties might have considered a tolling agreement. Had the parties not reached an agreement, I would have considered whether the hearing could be scheduled at an early date or whether some other order could be made to prevent potential injustice": para. 539. Strathy J. went further, adding that "[t]he lack of prejudice to the defendants and the irreparable prejudice to Class Members as a result of the loss of their cause of action would have militated strongly in favour of some action": para. 539. In *CIBC*, more than a year and a half passed between the filing of the first statement of claim and the filing of the notice of motion seeking leave under s. 138.8. Granting an extension of

demandeurs visant à obtenir une ordonnance *nunc pro tunc* démontre qu'ils étaient conscients de la nécessité d'obtenir la permission, mais qu'ils ont fait le choix de plaider leur requête pour permission en même temps que leur requête en autorisation de recours collectif, plutôt que de procéder plus rapidement avec leur requête pour permission. Leur défaut d'obtenir la permission dans le délai imparti résulte donc de leur propre décision. Le fait que l'arrêt *Timminco* ait pris les demandeurs par surprise ne leur est d'aucun secours car, comme l'a signalé le juge Strathy, non seulement les demandeurs ont-ils erré dans leur interprétation de la loi, mais ils ont aussi tenu pour acquis [TRADUCTION] « que le tribunal avait compétence pour proroger le délai de prescription et qu'il exercerait son pouvoir discrétionnaire en leur faveur en leur accordant la permission *nunc pro tunc* » : par. 511.

[100] Mon collègue le juge Cromwell affirme que « [l]es demandeurs croyaient raisonnablement qu'ils pourraient obtenir l'autorisation après l'expiration du délai de prescription » (par. 139). Bien que l'on puisse considérer raisonnable la croyance des demandeurs que la permission *pouvait* leur être accordée, il n'était pas raisonnable pour eux de présumer qu'elle leur *serait* accordée. En effet, un demandeur ne peut simplement tenir pour acquis qu'un redressement lui sera accordé et ne rien faire tout en sachant que le délai de prescription expirera. Dans les présents dossiers, les demandeurs auraient pu réclamer une audition accélérée, mais ils n'ont même pas soulevé la question, plaçant ultimement le juge devant un fait accompli. Comme l'a écrit le juge Strathy, [TRADUCTION] « [s]i [la question] avait été soulevée, les parties auraient peut-être envisagé de conclure un accord sur le délai de prescription. Si elles n'étaient pas parvenues à s'entendre, j'aurais examiné si l'on pouvait tenir l'audition dans un avenir rapproché ou rendre quelque autre ordonnance pour prévenir une éventuelle injustice » : par. 539. Le juge Strathy est allé plus loin en précisant que « [l]'absence de préjudice subi par les défendeurs et le préjudice irréparable que causerait aux membres du groupe la perte de leur cause d'action aurait milité fortement en faveur d'un redressement » :

the limitation period, in the form of a *nunc pro tunc* leave order, in this context would defeat the very purpose of s. 138.14 *OSA* and would amount to an unreasonable exercise of discretion.

[101] While the courts do have inherent jurisdiction to issue *nunc pro tunc* orders in relation to leave to commence claims under s. 138.3 *OSA*, that jurisdiction is not unlimited. It should be exercised bearing in mind that the leave requirement, and its interaction with the limitation period, are central to the delicate balance struck in Part XXIII.1 *OSA*. Strathy J. wrote that "extending the limitation period in this particular case would not do violence to the purposes of limitation periods, including the need of parties to order their affairs after reasonable periods of repose and to avoid evidence becoming stale or lost": para. 543. This comment, which focuses on limitation periods in general, disregards the delicate balance achieved in Part XXIII.1 *OSA* in particular. Strathy J. correctly observed that he should refrain from undermining the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA*, but, with respect, he did not act accordingly in concluding that he would have issued the *nunc pro tunc* order.

[102] Cromwell J. also refers to Strathy J.'s view that there is a duty to protect the rights of unrepresented putative class members and that that could justify the issuance of a *nunc pro tunc* order. I cannot subscribe to this argument, since class members do not have more rights than the representative plaintiff.

[103] I would also add that the last of the reasons Strathy J. gave in support of his conclusion that he would have granted such an order was premised

par. 539. Dans *CIBC*, plus d'un an et demi s'est écoulé entre le dépôt de la première déclaration et celui de l'avis de requête visant à obtenir la permission en vertu de l'art. 138.8. Proroger le délai de prescription dans ce contexte par le prononcé d'une ordonnance *nunc pro tunc* accordant la permission sollicitée contrecarrerait l'objet même de l'art. 138.14 de la *LVM* et constituerait un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire.

[101] Bien que les tribunaux aient compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* visant la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM*, cette compétence n'est pas illimitée. Ils doivent l'exercer en gardant à l'esprit que l'obligation d'obtenir la permission et son interaction avec le délai de prescription sont essentiels à l'équilibre délicat qui est au centre de la partie XXIII.1 de la *LVM*. Le juge Strathy a écrit que [TRADUCTION] « la prorogation du délai de prescription en l'espèce ne porterait pas atteinte aux objectifs des délais de prescription, dont la nécessité pour les parties d'organiser leurs affaires après une période raisonnable de répit et d'éviter la désuétude ou la perte d'éléments de preuve » : par. 543. Ce commentaire, axé sur les délais de prescription en général, fait abstraction de l'équilibre délicat atteint par la partie XXIII.1 de la *LVM* en particulier. Le juge Strathy a fait remarquer, avec raison, qu'il devait éviter de miner le délai de prescription strict fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* mais, avec beaucoup d'égards, je suis d'avis qu'il n'a pas agi en conséquence lorsqu'il a conclu qu'il aurait rendu l'ordonnance *nunc pro tunc*.

[102] Le juge Cromwell se réfère également à l'avis du juge Strathy selon lequel il existe un devoir de protéger les droits des membres du groupe non représentés dans le recours collectif projeté et que ce devoir pourrait justifier le prononcé d'une ordonnance *nunc pro tunc*. Je ne puis me rallier à cet argument car les membres du groupe n'ont pas plus de droits que leur représentant.

[103] J'ajouterais aussi que la dernière raison mentionnée par le juge Strathy à l'appui de sa conclusion selon laquelle il aurait rendu pareille ordonnance est

on an erroneous interpretation of the law: he found that the plaintiffs' statutory claim had a reasonable possibility of success, but as I will explain below, this finding was based on the wrong threshold.

[104] In my opinion, Strathy J., although in a very good position to assess and weigh all the relevant considerations, failed to proceed with the necessary caution in considering whether he would have exercised the court's discretion in the plaintiffs' favour. If a *nunc pro tunc* order could be made where a limitation period has expired even though the plaintiffs did absolutely nothing to prevent its expiry, the effect would be that it is very easy to override the legislature's intent.

[105] Similar considerations apply in *IMAX*. The plaintiffs waited nearly two years after leave was granted before filing a statement of claim pleading the statutory cause of action and adding defendants, even though 79 days had remained in the limitation period after leave was granted, in view of the parties' agreement that the limitation period be suspended while the leave motion was under reserve. As a result, in my opinion, the plaintiffs' delay in filing their action far outweighed any delays caused by acts of the court in respect of which a *nunc pro tunc* order might be justified. In this sense, the irregularity in their case is also tied to their own deliberate and informed acts.

[106] Nevertheless, I am inclined to grant the *nunc pro tunc* order in relation to the defendants — IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce — who were parties to the original statement of claim. I am of the view that with respect to those defendants, van Rensburg J. exercised her discretion correctly. However, as regards the other defendants (Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble), who

fondée sur une mauvaise interprétation du droit : en effet, il a conclu que le recours statutaire des demandeurs avait une possibilité raisonnable de succès. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il a tiré cette conclusion en appliquant le mauvais critère.

[104] À mon avis, même s'il était fort bien placé pour évaluer et soupeser l'ensemble des considérations pertinentes, le juge Strathy n'a pas fait montre de la prudence qui s'imposait en se prononçant sur l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire du tribunal en faveur des demandeurs. Si une ordonnance *nunc pro tunc* peut être prononcée après l'expiration d'un délai de prescription alors que les demandeurs n'ont absolument rien fait pour prévenir son expiration, cela aurait pour conséquence qu'il est très facile de passer outre à l'intention du législateur.

[105] Des considérations similaires s'appliquent dans l'affaire *IMAX*. Les demandeurs ont attendu près de deux ans après avoir obtenu la permission avant de déposer une déclaration invoquant la cause d'action statutaire et d'y ajouter des défendeurs, même s'il restait encore 79 jours au délai de prescription lorsqu'ils ont obtenu la permission sollicitée — en raison de l'entente intervenue entre les parties pour suspendre le délai de prescription pendant le délibéré. J'estime donc que le retard des demandeurs à intenter leur action dépasse largement tout délai occasionné par un acte de la cour en raison duquel il serait peut-être justifié de rendre une ordonnance *nunc pro tunc*. En ce sens, l'irrégularité dans leur dossier est également liée à leurs propres gestes délibérés et éclairés.

[106] Néanmoins, je suis portée à rendre l'ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale : IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce. À mon avis, la juge van Rensburg a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire quant à ces défendeurs. Mais dans le cas des autres défendeurs (Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble), qui n'étaient parties à aucune instance

were not defendants in any proceeding at the time when argument on the leave application was concluded, the plaintiffs, who waited more than two years after leave was granted before issuing a first statement of claim against them as defendants and provided no valid explanation for this delay, certainly cannot be said to have acted diligently. Granting relief to the plaintiffs against those defendants in this context would undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA* and the balance struck in the legislation.

[107] Indeed, here, the plaintiffs had two things to do: obtain leave and issue a fresh statement of claim (to include the statutory cause of action and to add new defendants). The leave application was under reserve when the limitation period technically expired. However, as mentioned before, the parties had agreed to suspend that period while the application remained under reserve. Therefore, a period of 79 days was still available, when leave was granted, to issue the fresh statement of claim. Yet, the amendment to include the statutory cause of action — even made outside the 79 days period — by nature, would have operated retroactively to the date of the initial statement of claim. In any event, as van Rensburg J. correctly noted : "An order for the effective date of an amendment is within the scope of rule 26.01, which provides that a court shall grant leave to amend a pleading 'on such terms as are just' at any stage of an action . . . " (para. 99). However, I am of the view that the situation is different regarding the addition of the new defendants. Since, strictly speaking, there was no statement of claim pending against these defendants, the amendment cannot operate retroactively. It can only apply for the future. In my opinion, adding a statutory cause of action based on the same facts as the common law claim through a technical amendment, and adding new defendants, are two different things and should be treated accordingly. In exercising her discretion, van Rensburg J. failed to address or distinguish the situation of these additional defendants. She simply concluded that a *nunc pro tunc* order was enough to relieve the plaintiffs from the expiry of the limitation period. I

pendante lorsque le débat sur la demande de permission s'est terminé, les demandeurs ayant attendu plus de deux ans après l'octroi de la permission avant de déposer une première déclaration contre eux à titre de défendeurs et n'ayant fourni aucune explication valable pour ce délai, on ne peut assurément pas dire qu'ils ont fait preuve de diligence. Accorder un redressement aux demandeurs aux dépens de ces défendeurs dans ces circonstances minerait le délai de prescription strict établi à l'art. 138.14 de la *LVM* et compromettrait l'équilibre établi par la loi.

[107] En effet, dans le cas présent, les demandeurs avaient deux choses à faire : obtenir la permission et produire une nouvelle déclaration (pour y ajouter la cause d'action statutaire et de nouveaux défendeurs). La demande de permission était en délibéré lorsque le délai de prescription a en principe expiré. Toutefois, comme je l'ai mentionné précédemment, les parties avaient convenu de suspendre ce délai pendant le délibéré. En conséquence, lorsque la permission fut accordée, il restait encore 79 jours pour présenter une nouvelle déclaration. Or, l'ajout de la cause d'action statutaire — même après la période de 79 jours — aurait produit, de par sa nature, ses effets rétroactivement à la date de la déclaration initiale. Quoi qu'il en soit, tel que l'a fait remarquer à juste titre la juge van Rensburg : [TRADUCTION] « Une ordonnance exécutoire à la date d'une modification relève de la règle 26.01, qui prévoit que le tribunal accorde l'autorisation de modifier un acte de procédure "à des conditions justes" à toute étape d'une action . . . » (par. 99). J'estime cependant que la situation est différente en ce qui concerne l'ajout des nouveaux défendeurs. Puisqu'il n'y a, à proprement parler, aucune déclaration existante contre ces défendeurs, la modification ne peut produire ses effets rétroactivement. Elle ne peut avoir d'effets que pour l'avenir. À mon avis, ajouter une cause d'action statutaire fondée sur les mêmes faits que la réclamation de common law par une modification technique et ajouter de nouveaux défendeurs sont deux choses différentes et doivent être traitées en conséquence. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la juge van Rensburg n'a pas traité de la situation de ces défendeurs additionnels ni fait de distinction

am of the view that this question should have been addressed.

[108] Moreover, van Rensburg J. found that the facts of the case before her did not allow for the doctrine of special circumstances to be applied. She wrote the following, at para. 68: ". . . I do not believe that the doctrine of special circumstances has any actual or potential application to the operation of the limitation period under s. 138.14 of the *OSA* or is relevant to the relief sought by the plaintiffs in this case." It is worth noting that s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002* provides that, "[i]f a limitation period in respect of a claim against a person has expired, the claim shall not be pursued by adding the person as a party to any existing proceeding." Some judges have said that s. 21(1) has abolished the doctrine of special circumstances for limitation periods to which the *Limitations Act, 2002* applies. See *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401. If that is true, it would be another reason why the *nunc pro tunc* order should not be granted in respect of the defendants who were added after the expiry of the limitation period. I note, however, that the case law is contradictory as regards the scope of s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*. See, e.g., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

[109] My colleague, Cromwell J., writes that "the wiser course for us . . . is not to address this issue in disposing of the *IMAX* appeal" (para. 154). I agree with him on this point. However, one may conclude that his reasons necessarily imply that s. 21 does not apply to the case at bar since he comes to the conclusion that relief *can* be granted to add defendants despite the expiry of the limitation period. Since the parties have not made complete submissions on this

entre leur situation et celle des défendeurs initiaux. Elle a simplement conclu qu'une ordonnance *nunc pro tunc* suffisait pour permettre aux demandeurs d'échapper à l'expiration du délai de prescription. J'estime que cette question aurait dû être abordée.

[108] Toujours selon la juge van Rensburg, les faits de cette affaire ne permettaient pas d'appliquer la doctrine des circonstances spéciales. Elle a écrit d'ailleurs au par. 68 : [TRADUCTION] « . . . je ne crois pas que la doctrine des circonstances spéciales s'applique de quelque façon que ce soi ou peut s'appliquer au délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* ou touche le redressement sollicité par les demandeurs en l'espèce. » Il vaut la peine de signaler que le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, prévoit que : « En cas d'expiration du délai de prescription relatif à une réclamation contre une personne, la réclamation ne peut être formée par jonction de cette personne comme partie à une instance déjà en cours. » D'après certains juges, le par. 21(1) a aboli la doctrine des circonstances spéciales en ce qui concerne les délais de prescription auxquels s'applique la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Voir *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401. Si cela est exact, ce serait une autre raison pour laquelle il convient de ne pas rendre l'ordonnance *nunc pro tunc* à l'égard des défendeurs qui ont été ajoutés après l'expiration du délai de prescription. Je signale toutefois que la jurisprudence est contradictoire quant à la portée du par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Voir p. ex. *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

[109] Mon collègue le juge Cromwell écrit qu'« il est plus sage pour nous . . . de ne pas nous prononcer sur ce point en tranchant le pourvoi *IMAX* » (par. 154). Je suis d'accord avec lui sur ce point. Cependant, l'on pourrait conclure que ses motifs supposent nécessairement que l'art. 21 ne s'applique pas en l'espèce car il parvient à la conclusion qu'un redressement *peut* être accordé, soit l'ajout de défendeurs, et ce, malgré l'expiration du délai

point and since I conclude that relief regarding the addition of new defendants should not be granted for other reasons, it is not necessary for me to address the issue of s. 21(1). I would nevertheless highlight that, at the very least, s. 21 is an explicit recognition by the Ontario legislature that amendments aiming to add parties to an existing procedure are different in nature than other types of amendments and should be made promptly. At the risk of repeating myself, for a period of almost five years and three months, the only defendants to the existing statement of claim were IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

[110] To sum up, given the agreement between the parties to suspend the limitation period while the decision was under reserve, which had the effect of leaving a period of 79 days available in the limitation period when leave was granted, and given the existence of the original statement of claim, I am of the view that a *nunc pro tunc* order is justified in relation to the defendants who were parties to that statement of claim. As regards the defendants who were not parties to any statement of claim at the time when argument on the leave application was concluded, however, the discretion to grant leave *nunc pro tunc* should not be exercised, nor do the facts of this case justify the application of the doctrine of special circumstances — assuming that it has not been abolished by s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*. I would therefore not issue the order in relation to Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble, but would issue it in respect of IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

[111] As for *Celestica*, because no motion for leave was filed before the expiry of the limitation period, a *nunc pro tunc* order, assuming one were available, could not remedy that expiry. This is sufficient to deny a *nunc pro tunc* order. Moreover, for reasons which I will explain below, I am of the opinion, with

de prescription. Puisque les parties n'ont pas présenté d'argumentation complète sur ce point et que je conclus qu'un redressement concernant l'ajout de nouveaux défendeurs ne devrait pas être octroyé pour d'autres motifs, je n'ai pas à trancher la question du par. 21(1). Je soulignerais néanmoins que l'art. 21 constitue à tout le moins une reconnaissance explicite par le législateur ontarien que les modifications visant à ajouter des parties à une instance pendante diffèrent d'autres types de modification et devraient être apportées promptement. Au risque de me répéter, pendant presque cinq ans et trois mois, les seuls défendeurs parties à la déclaration existante étaient IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

[110] En somme, vu que les parties se sont entendues pour suspendre le délai de prescription alors que la décision était en délibéré, ce qui a eu pour effet de laisser une période de 79 jours à l'intérieur du délai de prescription quand la permission a été accordée, et vu l'existence de la déclaration initiale, je suis d'avis qu'il y a lieu de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à cette déclaration initiale. Mais en ce qui concerne les défendeurs qui n'étaient pas parties à une déclaration existante au moment où le débat sur la demande de permission s'est conclu, le pouvoir discrétionnaire d'accorder la permission *nunc pro tunc* ne doit pas être exercé, et les faits de la présente espèce ne justifient pas non plus l'application de la doctrine des circonstances spéciales, à supposer que celle-ci n'ait pas été abolie par le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Je suis donc d'avis de ne pas rendre l'ordonnance sollicitée à l'égard de Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble, mais de le faire à l'endroit d'IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

[111] Quant à l'affaire *Celestica*, comme aucune requête pour permission n'a été déposée avant l'expiration du délai de prescription, une ordonnance *nunc pro tunc*, à supposer qu'on puisse y recourir, ne pourrait remédier à l'expiration de ce délai. Cette raison suffit pour refuser de rendre une ordonnance

all due respect, that it was not open to Perell J. to apply the doctrine of special circumstances to salvage the plaintiffs' claim.

(3) Doctrine of Special Circumstances

[112] Although pinpointing the origin of an equitable doctrine is generally an exercise fraught with peril, it can be said with a limited degree of certainty that the doctrine of special circumstances originated in Lord Esher M.R.'s ruling in *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.). In that case, Lord Esher stated that an amendment adding a cause of action to a statement of claim after the expiry of the limitation period for that cause of action will generally be unfair and prejudice a defendant. He therefore held that a court should allow such an amendment only in "very peculiar circumstances": p. 395. It is this narrow exception which has evolved into what is now known as the doctrine of special circumstances.

[113] In essence, the doctrine allows a court to temper the potentially harsh and unfair effects of limitation periods by allowing a plaintiff to add a cause of action or a party to the statement of claim after the expiry of the relevant limitation period. I hasten to add that, as the Court recognized in *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, and as the word "special" — or "peculiar" — suggests, the circumstances warranting such an amendment will not often occur.

[114] As an offspring of equity, the doctrine of special circumstances is naturally concerned with fairness to the parties. Indeed, this concern was at the forefront of Lord Esher's mind in *Weldon*. Unsurprisingly, no exhaustive list of the circumstances that qualify as "special" has been proposed by the courts, and I believe it would be risky and unwise to do so. I note however that, concerned with not prejudicing a defendant, this Court has paid particular attention to whether the facts relevant to the

nunc pro tunc. De plus, pour les motifs que j'exposerai plus loin, j'estime avec beaucoup d'égards qu'il n'était pas loisible au juge Perell de s'en remettre à la doctrine des circonstances spéciales pour sauvegarder la réclamation des demandeurs.

(3) La doctrine des circonstances spéciales

[112] Cerner l'origine d'une doctrine en equity est généralement un exercice parsemé d'embûches, mais on peut affirmer avec un certain niveau de certitude que la doctrine des circonstances spéciales a vu le jour dans la décision *Weldon c. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.), du maître des rôles lord Esher. Dans cette affaire, lord Esher a affirmé qu'un amendement ajoutant une cause d'action à une déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable à cette cause d'action est généralement injuste et cause préjudice à un défendeur. En conséquence, le juge a conclu que le tribunal ne devrait pas autoriser pareil amendement, à moins d'être en présence de [TRADUCTION] « circonstances très particulières » : p. 395. Il s'agit là de l'exception limitée qui est devenue ce qu'on appelle désormais la doctrine des circonstances spéciales.

[113] Essentiellement, cette doctrine autorise le tribunal à modérer les effets potentiellement sévères et injustes des délais de prescription en permettant à un demandeur d'ajouter une cause d'action ou une partie à sa déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable. Je m'empresse d'ajouter que, comme l'a reconnu la Cour dans *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, et tel que l'évoquent les mots « spécial » ou « particulier », les circonstances justifiant une telle modification se présentent rarement.

[114] Issue de l'equity, la doctrine des circonstances spéciales implique naturellement l'équité envers les parties. En effet, cette préoccupation était celle de lord Esher dans *Weldon*. Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux n'ont proposé aucune liste exhaustive des circonstances qui pourraient être qualifiées de « spéciales », et j'estime qu'il serait périlleux et peu judicieux de le faire. Je signale toutefois que, soucieuse de ne pas causer préjudice à un défendeur, la Cour a porté une

extinguished action were pleaded in the original statement of claim and whether the defendant was aware of them during discovery: *Basarsky*; see also *Dugal*, at paras. 60-68. The factors enumerated by the Ontario Court of Appeal in *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401, at para. 23, which were reiterated by van Rensburg J. in *IMAX*, are also helpful guides:

> As such, "special circumstances" include factors such as: the relationship between the proposed claim and the existing action; the true nature of all of the claims; the progress of the action; and the knowledge of the parties . . . . [*IMAX*, at para. 71]

[115] Here, the legislature specifically barred a plaintiff from commencing a statutory action under s. 138.3 *OSA* without first obtaining leave of the court. This leave requirement, and its interaction with the limitation period, is central to the delicate balance which Part XXIII.1 *OSA* strikes between the various participants in the market.

[116] The doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three cases before us. This is because neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3. In all three cases, this doctrine does not provide the plaintiffs with an effective remedy, since it cannot on its own overcome the leave requirement of s. 138.8 *OSA*.

[117] In the case of *Celestica*, in which the limitation period expired before a motion for leave was even brought, applying the special circumstances doctrine to grant relief to the plaintiffs would necessarily provide judges with general authority to extend limitation periods, which would frustrate the purpose of s. 138.14 *OSA*. It is also striking that

attention particulière à la question de savoir si les faits pertinents quant à l'action éteinte avaient été allégués dans la déclaration initiale et si le défendeur avait connaissance de ceux-ci au moment de l'interrogatoire préalable : *Basarsky*; voir également *Dugal*, par. 60-68. Les facteurs énumérés par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Frohlick c. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401, par. 23, et réitérés par la juge van Rensburg dans l'arrêt *IMAX* nous éclairent également :

> [TRADUCTION] Par conséquent, les « circonstances spéciales » comprennent des facteurs comme : le rapport entre la réclamation projetée et l'action en cours; la véritable nature de toutes les réclamations; l'évolution de l'action; les connaissances des parties . . . [*IMAX*, par. 71]

[115] En l'espèce, le législateur a expressément prévu l'impossibilité pour un demandeur d'intenter un recours au titre de l'art. 138.3 de la *LVM* sans avoir d'abord obtenu la permission du tribunal. Cette obligation d'obtenir une permission préalable et son interaction avec le délai de prescription sont au cœur de l'équilibre délicat établi par la partie XXIII.1 de la *LVM* entre les différents acteurs du marché.

[116] La doctrine des circonstances spéciales n'est d'aucune utilité pour l'un ou l'autre des demandeurs dans les trois dossiers dont nous sommes saisis. Il en est ainsi parce qu'on ne peut faire obstacle au délai prescrit à l'art. 138.14 de la *LVM* ou à la permission exigée à l'art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure le recours de l'art. 138.3. Dans les trois cas, cette doctrine ne permet pas aux demandeurs d'obtenir un redressement efficace car elle ne peut contrer à elle seule l'exigence de permission prévue par l'art. 138.8 de la *LVM*.

[117] Dans l'affaire *Celestica*, où le délai de prescription a expiré avant même qu'une requête pour permission soit présentée, appliquer la doctrine des circonstances spéciales pour accorder un redressement aux demandeurs conférerait nécessairement aux juges le pouvoir général de proroger les délais de prescription, ce qui irait à l'encontre de l'objet de

Perell J., in discussing the "special circumstances" justifying this discretionary remedy, did not conclude that the plaintiffs had been diligent, but focused instead on the absence of prejudice to the defendants.

C. *Threshold of Reasonable Possibility of Success*

[118] In *CIBC*, the defendants challenged the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA*. One of the conditions that must be met to obtain leave is that the court must be satisfied that "there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff": s. 138.8(1)(b) *OSA*. Strathy J. interpreted this statutory language as establishing a relatively low threshold according to which leave will be denied only if, "having considered all the evidence adduced by the parties and having regard to the limitations of the motions process, the plaintiffs' case is so weak or has been so successfully rebutted by the defendant, that it has no reasonable possibility of success": para. 374. The Court of Appeal upheld this interpretation of s. 138.8(1)(b).

[119] The defendants in *CIBC* argued in this Court that the threshold articulated by Strathy J. is too low.

[120] I will address the point briefly, given the Court's recent decision in *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106.

[121] In *Theratechnologies*, the Court was asked to interpret s. 225.4 of the *Securities Act*, CQLR, c. V-1.1 ("*QSA*"), the Quebec counterpart to s. 138.8 *OSA*. That section, which introduces a leave requirement for a statutory claim based on a secondary market misrepresentation in Quebec, provides that

l'art. 138.14 de la *LVM*. Il est aussi remarquable que le juge Perell, dans son analyse des « circonstances spéciales » justifiant ce redressement discrétionnaire, n'ait pas conclu que les demandeurs avaient fait preuve de diligence. Il a plutôt insisté sur l'absence de préjudice subi par les défendeurs.

C. *Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable de succès*

[118] Dans l'affaire *CIBC*, les défendeurs ont contesté le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu'il demande la permission au titre de l'art. 138.8 de la *LVM*. L'une des conditions que le demandeur doit respecter pour pouvoir obtenir cette permission consiste à démontrer à la satisfaction du tribunal qu'« il est raisonnablement possible que l'action soit réglée au procès en faveur du demandeur » : al. 138.8(1)b) de la *LVM*. Selon le juge Strathy, ces mots établissent un critère relativement peu élevé suivant lequel la permission ne sera pas accordée seulement si, [TRADUCTION] « eu égard à l'ensemble de la preuve présentée par les parties et compte tenu des limites inhérentes au processus des requêtes, la preuve du demandeur est tellement faible ou a été réfutée par le défendeur avec tant de succès qu'il n'a aucune possibilité raisonnable de succès » : par. 374. La Cour d'appel a confirmé cette interprétation de l'al. 138.8(1)b).

[119] Les défendeurs dans le dossier *CIBC* ont fait valoir devant la Cour que le critère préliminaire formulé par le juge Strathy n'est pas assez lourd ou élevé.

[120] Je traiterai brièvement de ce point compte tenu de l'arrêt récent de la Cour dans *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106.

[121] Dans *Theratechnologies*, la Cour était appelée à interpréter l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1 (« *LVMQ* »), l'équivalent québécois de l'art. 138.8 de la *LVM*. Cet article, qui établit l'obligation d'obtenir la permission d'intenter un recours pour déclaration inexacte de

there must be a "reasonable possibility that [the action] will be resolved in favour of the plaintiff" for leave to be granted. The Court stated that for an action to have a "reasonable possibility" of success under s. 225.4, there must be a "reasonable or realistic chance that [it] will succeed": *Theratechnologies*, at para. 38. Claimants must "offer both a plausible analysis of the applicable legislative provisions, and some credible evidence in support of the claim": *Theratechnologies*, at para. 39.

[122] There is no difference between the language of s. 138.8 *OSA* and that of s. 225.4 *QSA*. Moreover, both provisions relate to leave applications for statutory claims based on secondary market misrepresentation, albeit in different jurisdictions. Accordingly, the threshold test under s. 225.4 *QSA* articulated in *Theratechnologies* applies in the context of s. 138.8 *OSA*.

[123] Although there may be differences in the records that need to be produced in support of the leave applications in Quebec and Ontario (*Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2013 QCCA 1256, at paras. 125-26 (CanLII)), this does not affect the threshold a plaintiff must meet.

D. *Preferability*

[124] In *CIBC*, the plaintiffs sought certification for seven common issues relating to a common law misrepresentation claim. Strathy J. held that reliance, a necessary element of a common law misrepresentation claim, "is not an issue that is capable of resolution on a common basis": para. 600. He added that "a class proceeding would not be the preferable procedure for resolving a reliance-based claim, as it would give rise to individual issues of causation and reliance that would be unmanageable": para. 610. In

faits sur le marché secondaire au Québec, indique qu'il doit exister une « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » pour que la permission soit accordée. La Cour a affirmé que la « possibilité raisonnable » d'avoir gain de cause au sens de l'art. 225.4 s'entend d'une « possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause » : *Theratechnologies*, par. 38. Ainsi, le demandeur doit « offrir une analyse plausible des dispositions législatives applicables, et il doit également présenter des éléments de preuve crédibles à l'appui de sa demande » : *Theratechnologies*, par. 39.

[122] Il n'y a pratiquement aucune différence entre le libellé de l'art. 138.8 de la *LVM* de l'Ontario et celui de l'art. 225.4 de la *LVMQ*. De plus, ces deux dispositions touchent les demandes de permission visant à intenter un recours statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire, quoique dans des provinces différentes. Par conséquent, le critère préliminaire formulé dans l'arrêt *Theratechnologies* à l'égard de l'art. 225.4 de la *LVMQ* s'applique dans le contexte de l'art. 138.8 de la *LVM* ontarienne.

[123] Bien qu'il puisse y avoir des différences en ce qui concerne les documents à produire au Québec et en Ontario respectivement à l'appui des demandes de permission (*Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128, par. 125-126), cela n'a aucune incidence sur le critère préliminaire auquel doit satisfaire le demandeur.

D. *Le meilleur moyen*

[124] Dans le dossier *CIBC*, les demandeurs ont sollicité une autorisation de recours collectif quant à sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law. Le juge Strathy a conclu que la question de savoir si une personne s'est fiée aux informations inexactes, élément nécessaire du recours de common law pour déclaration inexacte, [TRADUCTION] « n'est pas une question susceptible d'être traitée collectivement » : par. 600. Le juge Strathy a ajouté

the result, he refused to certify all seven issues relating to the common law negligent misrepresentation claim.

[125] The Court of Appeal upheld the motion judge's decision not to certify the issues relating to reliance and damages. However, it held that five out of the seven issues proposed by the plaintiffs related to the intent and conduct of the defendant CIBC, and should be certified as against CIBC in order to advance the litigation against it. The Court of Appeal therefore allowed the appeal in part and certified those five issues.

[126] In this Court, the defendants argued that none of the issues relating to the common law misrepresentation claim should be certified in this case. The defendants further argued that the common law misrepresentation claim fails the preferability analysis required under s. 5(1)(d) *CPA*, because the common law cause of action is not preferable to the statutory cause of action under Part XXIII.1 *OSA*. The defendants raised several arguments to the effect that the procedure created by Part XXIII.1 was specifically intended by the legislature to be the preferable procedure for class actions: CIBC's factum, at paras. 89-111.

[127] CIBC's argument is premised in part on *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, in which this Court stated that the preferability analysis focuses not just on the alternative procedure, but also on the effect that the procedure may have on the achievement of substantive results: para. 34.

[128] I am unable to accept CIBC's arguments. First, they run counter to the language of s. 138.13

qu'« un recours collectif ne serait pas le meilleur moyen de régler une action fondée sur le fait que le demandeur s'est fié aux déclarations, puisque cela soulèverait des questions individuelles de lien de causalité et de fiabilité qui seraient impossibles à gérer » : par. 610. Par conséquent, il a refusé d'autoriser les sept questions relatives à l'action en common law pour déclaration inexacte faite par négligence.

[125] La Cour d'appel a confirmé la décision du juge des requêtes de ne pas autoriser les questions relatives à la causalité et aux dommages-intérêts. Toutefois, elle a conclu que cinq des sept questions proposées par les demandeurs se rapportaient à l'intention et à la conduite de la défenderesse CIBC et devaient être autorisées à l'encontre de cette dernière pour que la poursuite engagée contre elle aille de l'avant. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel en partie et autorisé ces cinq questions.

[126] Devant nous, les défendeurs ont fait valoir qu'aucune des questions liées à la réclamation de common law fondée sur la déclaration inexacte ne devrait être autorisée en l'espèce. Les défendeurs ont également affirmé que la réclamation de common law ne remplit pas la condition du meilleur moyen établie à l'al. 5(1)d) de la *LRC*, parce que la cause d'action en common law n'est pas meilleure que la cause d'action fondée sur la partie XXIII.1 de la *LVM*. Les défendeurs ont fait valoir plusieurs arguments selon lesquels le législateur voulait expressément que le recours créé par la partie XXIII.1 soit le meilleur pour les recours collectifs : mémoire de CIBC, par. 89-111.

[127] L'argument de CIBC s'appuie en partie sur l'arrêt *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, dans lequel la Cour a mentionné que l'analyse du meilleur moyen s'attache non seulement à l'autre recours, mais aussi à l'effet que la procédure utilisée peut avoir sur l'atteinte de résultats concrets : par. 34.

[128] Je ne puis retenir les arguments de CIBC. Premièrement, ils vont à l'encontre du libellé de

OSA, which provides that the statutory right of action under s. 138.3 *OSA* is meant to be "in addition to, and without derogation from, any other rights". Moreover, the preferability analysis under s. 5(1)(d) *CPA* requires a court to assess whether a class proceeding is the preferable *procedure*. The Court's dictum in *Fischer* does not stand for the proposition, essentially advanced by the defendants, that a cause of action must be the preferable one in order for a claim based on it to be certified as a class proceeding. It merely indicates that the effect of a procedure on substantive rights is relevant to its preferability for the pursuit of a given cause of action. In short, the defendants' argument confuses procedure with substantive causes of action.

VI. Conclusion

[129] For the reasons stated above:

- In *CIBC*, I would allow the appeal except in respect of the Court of Appeal's conclusion that five of the seven issues proposed by the plaintiffs should be certified.

- In *IMAX*, I would allow the appeal and only issue a *nunc pro tunc* order granting leave to commence the statutory action in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim, that is, IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

- In *Celestica*, I would also allow the appeal.

- Finally, in *CIBC* and *Celestica*, I would award costs to the appellants throughout. In *IMAX*, I would also award costs to the appellants throughout regardless of my decision to grant a *nunc pro tunc* order for some defendants.

l'art. 138.13 de la *LVM*, lequel indique que le droit d'action conféré par l'art. 138.3 de la *LVM* « ne port[e] pas atteinte aux autres droits [. . .] mais s'y ajout[e] ». De plus, l'analyse du meilleur moyen fondée sur l'al. 5(1)d) de la *LRC* exige du tribunal qu'il évalue si un recours collectif est le meilleur *moyen*. La remarque de la Cour dans *Fischer* ne permet pas d'affirmer, comme le font essentiellement les défendeurs, qu'une cause d'action doit être la meilleure pour être autorisée comme recours collectif. La Cour précise simplement que l'effet d'une procédure sur les droits substantiels est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si c'est le meilleur moyen de poursuivre une cause d'action donnée. Bref, l'argument des défendeurs confond la procédure et les causes d'action sur le fond.

VI. Conclusion

[129] Pour les motifs qui précèdent :

- Dans *CIBC*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, sauf en ce qui concerne la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu d'autoriser cinq des sept questions proposées par les demandeurs.

- Dans *IMAX*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* accordant la permission d'intenter le recours statutaire seulement à l'égard des défendeurs parties à la déclaration initiale, en l'occurrence IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

- Dans *Celestica*, je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi.

- Enfin, dans *CIBC* et *Celestica*, je suis d'avis d'accorder aux appelants leurs dépens devant toutes les cours. Dans *IMAX*, je suis également d'avis d'accorder aux appelants leurs dépens devant toutes les cours malgré ma décision de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit de certains défendeurs.

The following are the reasons delivered by

Cromwell J. —

I. Introduction

[130] I agree with my colleague Côté J.'s interpretation of the limitation and leave provisions which leads to the conclusion that the actions in these appeals were commenced after expiry of the limitation period. I also agree that the Ontario Superior Court of Justice has a discretionary power to grant leave, *nunc pro tunc*, after the expiry of that period, to commence a statutory claim for secondary market misrepresentation under Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 ("*OSA*"). I part company with my colleague, however, on the question of whether the appeals in *Canadian Imperial Bank of Commerce et al. v. Green and Bell* ("*CIBC*") and *IMAX Corp. et al. v. Silver and Cohen* ("*IMAX*") are proper cases in which to exercise that discretion. In my view they are and I would dismiss the appeals. As for the appeal in *Celestica Inc. et al. v. Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund et al.* ("*Celestica*"), I agree with Côté J.'s reasons and disposition, including as to costs.

[131] The possible limitation period problem was not on anyone's radar before the Ontario Court of Appeal's decision in *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, in February 2012. These proceedings had been underway for years before that, since 2006 in the case of the *IMAX* action and 2008 in the case of the *CIBC* action. In both matters, the motion judges found that the plaintiffs had prosecuted their claims with diligence, that the claims had a reasonable prospect of success, that the defendants had been well aware of the nature of the claims from the beginning and that there was no hint of prejudice to them resulting from the passage of time. The record suggests that the defendants were as surprised as the plaintiffs to learn that they

Version française des motifs rendus par

Le juge Cromwell —

I. Introduction

[130] Je souscris à l'interprétation que donne ma collègue la juge Côté des dispositions relatives au délai de prescription et à l'autorisation et qui mène à la conclusion que les actions en l'espèce ont été intentées après l'expiration du délai de prescription. Je partage aussi son avis que la Cour supérieure de justice de l'Ontario a le pouvoir discrétionnaire d'accorder, après l'expiration de ce délai, l'autorisation *nunc pro tunc* d'exercer un recours pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5 (« *LVM* »). Je diverge toutefois d'opinion avec ma collègue sur le point de savoir si les affaires *Banque Canadienne Impériale de Commerce et autres c. Green et Bell* (« *CIBC* ») et *IMAX Corp. et autres c. Silver et Cohen* (« *IMAX* ») sont des cas où il est opportun d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. J'estime qu'ils le sont et je suis d'avis de rejeter les pourvois. Pour ce qui est du pourvoi dans *Celestica Inc. et autres c. Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario et autres* (« *Celestica* »), je souscris aux motifs et au dispositif de la juge Côté, y compris sur la question des dépens.

[131] Personne ne croyait que le délai de prescription risquait de poser problème avant que la Cour d'appel de l'Ontario ne rende son arrêt *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, en février 2012. Ces procédures étaient alors en cours depuis des années, soit depuis 2006 dans l'affaire *IMAX* et depuis 2008 dans l'affaire *CIBC*. Dans les deux dossiers, les juges des motions ont conclu que les demandeurs avaient poursuivi leurs réclamations avec diligence, que les réclamations avaient une possibilité raisonnable d'être accueillies, que les défendeurs connaissaient fort bien leur nature depuis le début et qu'aucun indice ne portait à croire que le temps écoulé leur avait causé préjudice. Le dossier révèle que les défendeurs ont été aussi étonnés que

might have a limitation defence when *Timminco* was released. Failing to exercise the *nunc pro tunc* discretion in these cases permits the defendants to avoid facing the merits of the plaintiffs' claims on purely technical grounds that even the defendants did not assert until after the fact.

les demandeurs d'apprendre qu'ils disposaient peut-être d'un moyen de défense fondé sur la prescription lorsque *Timminco* a été rendu. L'omission d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* dans les présentes affaires permet aux défendeurs d'éluder le bien-fondé des réclamations des demandeurs pour des motifs purement techniques que même les défendeurs n'ont invoqués qu'après coup.

II. *CIBC*

II. *CIBC*

[132] The motion judge in the *CIBC* appeals, Strathy J. (as he then was), found that the plaintiffs' secondary market misrepresentation claim brought under Part XXIII.1 of the *OSA* was time-barred because they had not obtained leave of the court to commence it within the three-year limitation period found at s. 138.14 of the *OSA*: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225. I agree with this conclusion. Strathy J. also found, however, that he had no authority to grant the plaintiffs leave *nunc pro tunc* in order to avoid dismissing the plaintiffs' action as time-barred. I agree with Côté J. that this conclusion was wrong and that the motion judge in fact had a discretion to grant the order *nunc pro tunc*.

[132] Le juge des motions dans l'affaire *CIBC*, le juge Strathy (maintenant Juge en chef de l'Ontario), a conclu que le recours intenté par les demandeurs pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* était prescrit parce que le tribunal ne leur avait pas accordé l'autorisation de l'intenter dans le délai de trois ans fixé à l'art. 138.14 de cette loi : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225. Je fais mienne cette conclusion. Par contre, le juge Strathy a aussi conclu qu'il ne disposait pas du pouvoir d'accorder aux demandeurs l'autorisation *nunc pro tunc* en vue d'éviter d'avoir à rejeter l'action des demandeurs pour cause de prescription. À l'instar de la juge Côté, j'estime que cette conclusion était erronée et que le juge des motions pouvait effectivement rendre l'ordonnance *nunc pro tunc* dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[133] The question then becomes whether that discretion ought to be exercised in the plaintiffs' favour. The motion judge stated that if he had jurisdiction to extend the limitation period by granting leave *nunc pro tunc*, he would do so. Before turning to his reasons for reaching that conclusion, it is worth noting how well placed he was to assess the factors relevant to this question. Any legal errors that he made were irrelevant to his assessment of the equities in relation to whether or not to allow the claim to proceed.

[133] Il faut donc déterminer si ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en faveur des demandeurs. Le juge des motions a affirmé qu'il aurait prorogé le délai de prescription en accordant l'autorisation *nunc pro tunc* s'il était compétent pour le faire. Avant de passer aux motifs pour lesquels le juge des motions est parvenu à cette conclusion, il convient de noter à quel point il était bien placé pour évaluer les facteurs pertinents à cet égard. Toute erreur de droit qu'il aurait commise, le cas échéant, n'avait rien à voir avec son évaluation du caractère équitable de la décision de permettre ou non que la réclamation aille de l'avant.

[134] The motion judge had been the case management judge assigned to this file since the fall of

[134] Le juge des motions était chargé de la gestion de l'instance dans ce dossier depuis l'automne

2009. He had conducted the 8-day hearing which led to his decision. The record before him was voluminous. It consisted of some 25 affidavits, excerpts from thousands of documents, 29 days of cross-examination and the evidence of 18 witnesses. The reasons for decision demonstrate that the motion judge had an encyclopedic grasp of this material. He was, therefore, ideally placed to assess and weigh all of the many considerations that are relevant to the question of whether the court's discretion should be exercised in the plaintiffs' favour. His assessment of those considerations and the weight to be given to them should, in my view, be treated with deference on appeal.

[135] The motion judge gave five reasons why he would exercise his discretion to grant leave *nunc pro tunc* in the plaintiffs' favour. I see no error in the principles that he applied, in the factors that he considered relevant or in his assessment of the evidence. In short, I see no basis to interfere with his conclusion that this is a proper case to exercise the *nunc pro tunc* discretion in the plaintiffs' favour.

[136] The motion judge began by finding that the plaintiffs had been diligent in pursuing their action:

> First, unlike the situation in *Timminco Ltd.*, the plaintiffs have been diligently pursuing the motion for leave on their own behalf and on behalf of the Class. This is not a case in which the suspension of the limitation period would have left the parties, Class Members and the court without any guarantee that the action would be prosecuted. [para. 541]

He reviewed the history of the litigation in detail: para. 494. He found that while the action had moved slowly, there had never been any doubt about the plaintiffs' intention to seek leave and that a "great deal of time, effort and resources ha[d] been expended to develop a substantial record": para. 495. He noted that the plaintiffs had faced some challenges along the way and that "[t]heir

2009. Il avait présidé l'audience de huit jours qui a débouché sur sa décision. Le dossier porté à sa connaissance était volumineux. Il se composait de quelque 25 affidavits, extraits de milliers de documents, 29 jours de contre-interrogatoire et dépositions de 18 témoins. Le juge des motions a démontré dans ses motifs de décision qu'il avait une connaissance encyclopédique de cette preuve. Il se trouvait donc dans une situation idéale pour évaluer et soupeser l'ensemble des multiples considérations se rapportant au point de savoir si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. J'estime qu'il faut faire preuve de déférence en appel à l'égard de son analyse de ces considérations et du poids à leur attribuer.

[135] Le juge des motions a donné cinq raisons pour lesquelles il était d'avis d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder l'autorisation *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs. Je ne relève aucune erreur dans les principes qu'il a appliqués, les facteurs qu'il a jugé pertinents ou son appréciation de la preuve. Bref, je ne vois aucune raison de modifier sa conclusion qu'il y a lieu en l'espèce d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs.

[136] Le juge des motions a d'abord conclu que les demandeurs avaient poursuivi leur action avec diligence :

> [TRADUCTION] Tout d'abord, contrairement à la situation qui prévalait dans *Timminco Ltd.*, les demandeurs ont poursuivi avec diligence la motion en autorisation en leur propre nom et au nom du groupe. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où la suspension du délai de prescription n'aurait donné aux parties, aux membres du groupe et au tribunal aucune garantie que l'action suivrait son cours. [par. 541]

Il a étudié en détail l'historique du litige : par. 494. Selon lui, bien que l'action ait avancé lentement, l'intention des demandeurs de solliciter l'autorisation n'a jamais fait de doute et [TRADUCTION] « beaucoup de temps, d'efforts et de ressources avaient été consacrés au montage d'un dossier substantiel » : par. 495. Il a souligné que les demandeurs avaient connu certaines difficultés en cours

conduct [could not] be described as dilatory": para. 495. He observed that the action had been under case management from the outset. I see no basis on which we could reach a different assessment of the plaintiffs' diligence than did the motion judge who had been immersed for several years in this file.

[137] The motion judge then noted that the limitation issue came as a surprise to the bar when the *Timminco* decision was released in February 2012:

> Second, *Timminco Ltd.* was a case of first impression. It is fair to say that it came as a surprise to the bar. There are other decisions of this court, specifically those of Perell J. in *Timminco Ltd.*, of Rady J. in *Nor-Dor Developments Ltd.* and of van Rensburg J. in *Silver v. Imax Corp.*, that suggested that the course of action proposed by the plaintiffs was appropriate. [para. 542]

[138] The motion judge elaborated on this point by noting that, until the *Timminco* decision, the limitation period issue had not been the subject of discussion between the parties or counsel: "There is nothing in the communications between counsel, leading up to the certification and leave motions, to suggest that either party had considered the possibility that the limitation period . . . might expire if the certification and leave hearing did not occur and leave was not granted before December 6, 2010" (para. 497). He observed that *Timminco* was released on the second to last day of the original hearing of the motion (i.e. February 16, 2012) and that counsel for the individual *defendants* described it at the time as a "thunderbolt": para. 475. It was only then that counsel requested an opportunity to make further submissions on the issue of whether this action was time-barred and additional factums and authorities were delivered and further argument heard in April 2012: para. 476.

[139] The plaintiffs reasonably thought that they could be granted leave after the expiry of the

de route et que « [l]eur conduite [ne pouvait] être qualifiée de dilatoire » : par. 495. Il a ajouté que l'instance avait été gérée par un juge depuis le début. Je ne vois pas pourquoi nous pourrions tirer un autre constat sur la diligence des demandeurs que celui du juge des motions, qui a étudié à fond ce dossier pendant des années.

[137] Le juge des motions a alors fait remarquer que la question du délai de prescription avait pris le barreau par surprise lorsque l'arrêt *Timminco* a été rendu, en février 2012 :

> [TRADUCTION] Deuxièmement, *Timminco Ltd.* constituait une première. Il est juste de dire que cet arrêt a pris de court le barreau. D'autres décisions de notre cour, tout particulièrement celles du juge Perell dans *Timminco Ltd.*, du juge Rady dans *Nor-Dor Developments Ltd.* et de la juge van Rensburg dans *Silver c. Imax Corp.*, donnaient à penser que la démarche proposée par les demandeurs était appropriée. [par. 542]

[138] Le juge des motions a fourni des précisions sur ce point en soulignant que, jusqu'à l'arrêt *Timminco*, les parties ou les avocats n'avaient pas débattu de la question du délai de prescription : [TRADUCTION] « Les communications échangées entre les avocats avant la motion en certification du recours collectif et celle en autorisation ne portent aucunement à croire que l'une ou l'autre des parties n'avait envisagé la possibilité que le délai de prescription [. . .] expire si l'audience sur la certification et l'autorisation n'avait pas eu lieu et si l'autorisation n'avait pas été accordée avant le 6 décembre 2010 » (par. 497). Il a fait observer que *Timminco* avait été rendu l'avant-dernier jour de l'audition initiale de la motion (soit le 16 février 2012) et que les avocats des *défendeurs* individuels l'avaient décrit à l'époque comme un « coup de tonnerre » : par. 475. Ce n'est qu'à ce moment-là que les avocats des défendeurs ont demandé la permission de présenter d'autres observations sur la question de savoir si l'action en cause était prescrite, et des mémoires et sources supplémentaires ont été déposés et d'autres plaidoiries ont été entendues en avril 2012 : par. 476.

[139] Les demandeurs croyaient raisonnablement qu'ils pourraient obtenir l'autorisation après

limitation period. The defendants did not suggest otherwise until after *Timminco* was released. The "thunderbolt" remark suggests that the defendants were as surprised by the ruling — and the possibility that the claim was irremediably statute-barred — as everyone else. The point is not whether, with the benefit of hindsight, we think that these views were wrong. Neither is the point that the plaintiffs' decision to seek leave *nunc pro tunc* was an intentional strategic choice. The point, in my view, is that this strategic choice had a reasonable basis at the time it was made. No one apparently had ever thought otherwise. The motion judge concluded that this was a factor favouring exercising his discretion in favour of the plaintiffs. I see no reason to differ from that conclusion.

[140] The motion judge next turned to the fact that exercising his discretion would not undermine the purposes of limitation periods:

> Third, extending the limitation period in this particular case would not do violence to the purposes of limitation periods, including the need of parties to order their affairs after reasonable periods of repose and to avoid evidence becoming stale or lost. The defendants have known of the action from an early stage and have mounted a full evidentiary response. The limitation period could have been extended without unfairness to the defendant and without impairing public confidence in the administration of justice. [para. 543]

[141] This is a proper consideration and I see no error in the motion judge's reliance on it here. I would put the point more bluntly. Holding that the plaintiffs' claim is irremediably statute-barred is to defeat that claim by allowing the defendants to take advantage of an after-the-fact "gotcha" — a technical defence, the application of which in this case does not further either the purpose of the limitation defence or reinforce public confidence in the administration of justice.

l'expiration du délai de prescription. Les défendeurs n'ont prétendu le contraire qu'après le prononcé de l'arrêt *Timminco*. L'emploi de l'expression « coup de tonnerre » donne à penser que les défendeurs étaient aussi surpris que les autres par l'arrêt et la possibilité que la réclamation soit irrémédiablement prescrite. Il n'importe pas de savoir si, en rétrospective, nous croyons que ces points de vue étaient erronés. Il n'importe pas non plus de savoir si la décision des demandeurs de solliciter l'autorisation *nunc pro tunc* constituait un choix stratégique délibéré. Ce qui importe, selon moi, c'est que ce choix stratégique avait un fondement raisonnable au moment où il a été fait. Personne n'avait jamais apparemment pensé le contraire. Le juge des motions a conclu que ce facteur favorisait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Je ne vois aucune raison de m'écarter de cette conclusion.

[140] Le juge des motions a affirmé ensuite que l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ne minerait pas les objectifs des délais de prescription :

> [TRADUCTION] Troisièmement, la prorogation du délai de prescription dans l'affaire qui nous occupe ne porterait pas atteinte aux objectifs des délais de prescription, notamment la nécessité pour les parties d'organiser leurs affaires après des périodes raisonnables de répit et d'éviter la désuétude ou la perte d'éléments de preuve. Les défendeurs sont au courant de l'action depuis le début et ont monté un dossier complet de preuve en réplique. Le délai de prescription aurait pu être prorogé sans que les défendeurs en subissent une injustice et sans miner la confiance du public dans l'administration de la justice. [par. 543]

[141] C'est là une considération pertinente et j'estime que le juge des motions n'a commis aucune erreur en s'appuyant sur celle-ci en l'espèce. Je serai plus direct. Juger que la réclamation des demandeurs est irrémédiablement prescrite revient à éteindre ce droit d'action en permettant aux défendeurs de tirer profit après coup d'un moyen de défense technique « je vous ai eu », dont l'application en l'espèce ne favorise pas l'atteinte de l'objectif du moyen de défense fondé sur la prescription, ni ne renforce la confiance du public dans l'administration de la justice.

[142] The motion judge next considered the duty to protect unrepresented putative class action members:

> Fourth, this is a proposed class action and the court has a duty to the unrepresented putative Class Members to ensure that their rights are protected. At least up until the decision in *Timminco Ltd.*, it was reasonable for unrepresented Class Members to assume that their rights could shelter under the umbrella of this action. Their rights will now be lost as a result of the expiry of the limitation period. [para. 544]

[143] I see no basis to object to the motion judge's reasoning on this point.

[144] The final basis for exercising discretion in the plaintiffs' favour was that their claim has a reasonable prospect of success:

> Finally, I have found that the plaintiffs' statutory claim has a reasonable possibility of success. In the next section of these reasons, I will set out my conclusion that the statutory claim would be suitable for certification under the *C.P.A.* As a result of the expiry of the limitation period, this class action, which has a reasonable possibility of success, will not be resolved on its merits, an unfortunate conclusion, under the circumstances. [para. 545]

[145] There is no basis to interfere with the motion judge's assessment of the potential merit of the plaintiffs' claim or with his conclusion that this factor supported exercising discretion in their favour. I note that my colleague Côté J. does not take issue with the motion judge's conclusion that this action had a reasonable prospect of success.

[146] To conclude, the motion judge identified relevant considerations, weighed them carefully and decided that if he had jurisdiction to do so, he would exercise his discretion in the plaintiffs' favour. I see nothing wrong with his analysis, let alone anything that justifies second-guessing his conclusion on appeal.

[142] Le juge des motions est ensuite passé à l'obligation de protéger les demandeurs non représentés du recours collectif projeté :

> [TRADUCTION] Quatrièmement, il s'agit d'un recours collectif projeté et le tribunal est tenu envers les membres non représentés du groupe proposé de veiller à la protection de leurs droits. Il était raisonnable pour ces personnes, du moins jusqu'à l'arrêt *Timminco Ltd.*, de présumer que leurs droits pourraient être protégés par ce recours. Ils perdront désormais ces droits du fait de l'expiration du délai de prescription. [par. 544]

[143] Je ne vois aucune raison de m'opposer au raisonnement du juge des motions sur ce point.

[144] Le dernier motif pour lequel il convenait d'exercer le pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs était que leur réclamation a une possibilité raisonnable d'être accueillie :

> [TRADUCTION] Enfin, j'ai conclu que la réclamation présentée par les demandeurs en vertu de la loi a une possibilité raisonnable d'être accueillie. Dans la prochaine section des présents motifs, j'exposerai ma conclusion que cette réclamation se prêterait à la certification au titre de la *LRC*. Vu l'expiration du délai de prescription, le recours collectif en question, qui a une possibilité raisonnable d'être accueilli, ne sera pas tranché sur le fond, un dénouement malheureux dans les circonstances. [par. 545]

[145] Il n'y a aucune raison de modifier l'évaluation qu'a faite le juge des motions du bien-fondé éventuel de la réclamation des demandeurs, ou sa conclusion que ce facteur étayait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en leur faveur. Je signale que ma collègue la juge Côté ne s'inscrit pas en faux contre la conclusion du juge des motions selon laquelle l'action en cause avait une possibilité raisonnable d'être accueillie.

[146] Pour terminer, le juge des motions a relevé des considérations pertinentes, les a soupesées avec soin et a décidé que, s'il était compétent pour le faire, il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Je ne relève aucune lacune dans son analyse, encore moins une erreur qui justifie une remise en question de sa conclusion en appel.

[147] Other issues were raised in the *CIBC* appeals. With respect to the threshold for leave under s. 138.8 of the *OSA*, I agree with my colleague Côté J.'s conclusion as to the applicable threshold and with my colleague Karakatsanis J. that the *CIBC* plaintiffs met it. I also agree with Côté J.'s analysis and disposition of the certification of common issues.

[148] In *CIBC*, therefore, I would apply the *nunc pro tunc* doctrine to grant leave to commence the statutory action, and dismiss the appeals.

III. *IMAX*

[149] Like my colleague Côté J., I agree that the motion judge in this matter, van Rensburg J. (as she then was), was correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion. I part company with my colleague, however, in overturning the motion judge's decision to exercise her curative discretion in relation to the defendants whom she permitted to be added to the amended statement of claim.

[150] Like my colleague, I do not think that this case is an appropriate one to finally decide whether the limitation defence in relation to the claims against additional defendants is beyond the reach of the court's discretion by virtue of s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B. The point is an important one in Ontario law, the Ontario jurisprudence is not settled and we received no argument on it in this appeal, and only brief submissions in the appeal in *Celestica*.

[151] Section 21(1) of the *Limitations Act, 2002* prevents the addition of a party where a limitation period has expired with respect to the claim against that party. However, s. 20 provides that the *Limitations Act, 2002* (and therefore s. 21(1)) "does not

[147] D'autres questions ont été soulevées dans les pourvois du dossier *CIBC*. Pour ce qui est du critère préliminaire servant à déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM*, je fais mienne la conclusion de ma collègue la juge Côté relative au critère préliminaire applicable et je suis d'accord avec ma collègue la juge Karakatsanis que les demandeurs dans *CIBC* ont satisfait à ce critère. Je souscris également à l'analyse et à la décision de la juge Côté en ce qui concerne la certification des questions communes.

[148] Par conséquent, dans *CIBC*, je suis d'avis d'appliquer la doctrine *nunc pro tunc* pour accorder l'autorisation d'intenter l'action conférée par la loi, et de rejeter les pourvois.

III. *IMAX*

[149] À l'instar de ma collègue la juge Côté, j'estime que la juge des motions dans cette affaire, la juge van Rensburg (maintenant juge à la Cour d'appel), avait eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc*. Je diverge toutefois d'opinion avec ma collègue en infirmant la décision de la juge des motions d'exercer son pouvoir discrétionnaire réparateur à l'endroit des défendeurs dont elle a autorisé l'ajout à la déclaration modifiée.

[150] Tout comme ma collègue, je ne crois pas qu'il y a lieu en l'espèce de décider de façon définitive si le moyen de défense fondé sur la prescription des poursuites engagées contre d'autres défendeurs outrepasse le pouvoir discrétionnaire du tribunal suivant le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B. Il s'agit d'un enjeu important en droit ontarien. Or, la jurisprudence de cette province en la matière n'est pas établie et nous n'avons reçu aucun argument à ce sujet en l'espèce. Seules de brèves observations ont été présentées dans l'affaire *Celestica*.

[151] Le paragraphe 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* empêche de joindre une partie en cas d'expiration du délai de prescription applicable à une réclamation contre cette partie. Par contre, l'art. 20 dispose que cette loi (et, du même

affect the extension, suspension or other variation of a limitation period or other time limit by or under another Act". The relevant limitation period here, of course, is found not in the *Limitations Act, 2002* but in the *OSA*. The limitation period is therefore "under another Act". The question that arises is whether the discretion which the motion judge exercised to make an amendment to add parties after expiry of a limitation period is an "extension, suspension or other variation of a limitation period . . . by or under another Act" and therefore not ousted by s. 21(1).

[152] The Ontario jurisprudence is not settled on this question. In *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401, the issue was whether the amendment powers under the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, could be used so as to extend a limitation period under the *Limitations Act, 2002*. The court's conclusion in the negative does not precisely resolve the question in this case. Moreover, the Ontario Court of Appeal has held that the doctrine of special circumstances continues to be available with respect to limitation periods other than those set out in the *Limitations Act, 2002*: see, e.g., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401. In the Ontario Superior Court of Justice, there are conflicting decisions in relation to the impact of ss. 20 and 21 on the court's inherent jurisdiction: see, e.g., the three motion judges' decision in the present appeals and *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764. Recent commentary takes the view that the discretionary jurisdiction may apply to other limitation periods contained in different legislation, such as the *OSA* in this case: C. Porretta and R. Punjani, "The Clock Strikes: A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later" (2015), 44 *Adv. Q.* 346, at p. 375.

coup, le par. 21(1)) « n'a pas pour effet de porter atteinte à la prorogation, à la suspension ou à une autre modification d'un délai de prescription ou autre prévue sous le régime d'une autre loi ». Naturellement, le délai de prescription applicable en l'espèce figure non pas dans la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, mais dans la *LVM*. Le délai de prescription est donc prévu « sous le régime d'une autre loi ». Cela soulève la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire qu'a exercé la juge des motions pour modifier la déclaration par adjonction de parties après l'expiration d'un délai de prescription constitue « [une] prorogation, [une] suspension ou [. . .] une autre modification d'un délai de prescription [. . .] prévue sous le régime d'une autre loi » et n'est donc pas écarté par le par. 21(1).

[152] La jurisprudence ontarienne n'est pas établie sur ce point. Dans *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401, il s'agissait de savoir si l'on pouvait recourir aux pouvoirs de modification établis par les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour proroger un délai de prescription fixé dans la *Loi de 2002 sur la prescription des actions.* La conclusion négative de la Cour d'appel ne résout pas précisément la question en litige dans la présente affaire. De plus, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé qu'il est toujours possible de se prévaloir de la doctrine des circonstances particulières à l'égard des délais de prescription qui ne sont pas impartis par la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* : voir, p. ex., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rendu des décisions contradictoires au sujet de l'incidence des art. 20 et 21 sur la compétence inhérente de la cour : voir, p. ex., la décision des trois juges des motions dans les présents dossiers ainsi que *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764. Selon un commentaire récent, le pouvoir discrétionnaire peut s'appliquer aux autres délais de prescription que l'on trouve dans différentes lois telle la *LVM* en l'espèce : C. Porretta et R. Punjani, « The Clock Strikes : A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later » (2015), 44 *Adv. Q.* 346, p. 375.

[153] The motion judge reviewed the Ontario jurisprudence and concluded that the Superior Court of Justice continues to have discretion in relation to amendments that have the effect of overcoming the limitation period set out in the *OSA*: *Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881, at paras. 67-88 (CanLII). She found that s. 20 of the *Limitations Act, 2002* preserved that jurisdiction: paras. 82-83. The Court of Appeal did not consider this aspect of the case, given its conclusion that the action was not statute-barred: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. The appellants in this case did not rely on ss. 20 and 21 of the *Limitations Act, 2002*, although the appellants in the *Celestica* appeal did advance brief argument on this point: A.F., at paras. 76-78.

[154] In my view, the wiser course for us in these circumstances is not to address this issue in disposing of the *IMAX* appeal. The issue is an important point of Ontario limitations law on which the Ontario Court of Appeal has not definitively ruled. The point is also far from straightforward, as evidenced by the conflicting views of the motion judges in these cases. We have nothing in the reasons of the Court of Appeal in this case to assist our consideration of the question and the parties to the *IMAX* appeal did not address it. I would therefore dispose of this appeal without deciding this point. To be clear, I am treating this as an issue not before us for decision in this appeal and my reasons should not be understood as implying anything else.

[155] I focus, therefore, on the motion judge's exercise of the discretion, assuming that she had it to exercise. I find nothing to fault and no basis for reaching a different conclusion.

[156] The application to dismiss the statutory claim on the basis of the limitation period was heard more than two years after leave to proceed and certification had been granted. The motion judge noted that the defendants had actual notice of the nature of

[153] La juge des motions a passé en revue la jurisprudence de l'Ontario et conclu que la Cour supérieure de justice conserve son pouvoir discrétionnaire relativement aux modifications qui ont pour effet de contrer le délai de prescription établi dans la *LVM* : *Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881, par. 67-88 (CanLII). Elle a conclu que l'art. 20 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* maintenait ce pouvoir : par. 82-83. La Cour d'appel n'a pas examiné cet aspect de l'affaire, vu sa conclusion que l'action n'était pas prescrite : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. Les appelants dans cette affaire n'ont pas invoqué les art. 20 et 21 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, mais les appelants dans *Celestica* ont effectivement présenté un bref argument sur ce point : m.a., par. 76-78.

[154] À mon avis, il est plus sage pour nous dans les circonstances de ne pas nous prononcer sur ce point en tranchant le pourvoi *IMAX*. Il s'agit d'un enjeu important du droit ontarien des prescriptions sur lequel la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas statué de manière définitive. L'enjeu est également loin d'être simple, comme en font foi les points de vue opposés des juges des motions dans les présentes affaires. Les motifs de la Cour d'appel en l'espèce ne nous aident aucunement à analyser la question et les parties au pourvoi *IMAX* ne l'ont pas abordée. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur ce pourvoi sans trancher ce point. Par souci de clarté, il ne s'agit pas, selon moi, d'une question qui nous a été soumise pour décision en l'espèce et on ne doit pas considérer que mes motifs laissent sous-entendre quoi que ce soit d'autre.

[155] Je m'attache donc à l'exercice, par la juge des motions, du pouvoir discrétionnaire, à supposer qu'elle en disposait. Je n'ai rien à lui reprocher et aucune raison de parvenir à une autre conclusion.

[156] La demande visant à faire rejeter le recours conféré par la loi sur le fondement du délai de prescription a été entendue plus de deux ans après que le tribunal eut accordé l'autorisation de procéder et certifié le recours collectif. La juge des motions a

all of the claims against them well within the limitation period. She observed that, in fact, this actual notice "far exceeded the detail of what would have been pleaded in a statement of claim" by virtue of the requirement that the plaintiffs file affidavits in support of their leave motion: para. 89. The motion judge also found that the motion for leave was brought promptly and pursued vigorously without inappropriate delay.

[157] The motion judge also dismissed the defendants' argument that time continued to run until the plaintiffs actually filed their amended statement of claim, a step which did not occur until some two and one-half years after the expiry of the limitation period. Giving effect to this argument, she found, would be "arbitrary and unfair": para. 95. In her view, the plaintiffs had "moved promptly to make the amendments as soon as they reasonably could have done so": para. 95. She explained:

> The defendants sought to appeal the leave decision, such that it was only on February 14, 2011, with the release of the decision refusing leave to appeal, that the order granting leave under s. 138.8 became final. Any attempt to amend the Statement of Claim in the interim would have been premature. Considering the issues, and the attempt to obtain the defendants' approval to the amendments, many of which were in relation to aspects of the claim other than the pleading of the statutory cause of action, the plaintiffs moved promptly to make the amendments as soon as they reasonably could have done so. [Emphasis added; para. 95.]

[158] The motion judge was intimately familiar with the progress of this file with which she had been dealing over several years. I see no basis on which to interfere with her assessment of the equities of the situation or of the plaintiffs' diligence. In particular, there is nothing that permits us to second-guess on appeal her conclusion that the plaintiffs moved promptly to make the amendments to their statement of claim as soon as they reasonably could have done so.

fait remarquer que les défendeurs avaient bel et bien été avisés de la nature de toutes les réclamations contre eux bien avant la fin du délai de prescription. Elle a ajouté qu'en fait, cet avis [TRADUCTION] « dépassait de loin le détail de ce qui aurait été plaidé dans une déclaration » par suite de l'obligation pour les demandeurs de déposer des affidavits à l'appui de leur motion en autorisation : par. 89. La juge a également conclu que cette motion avait été présentée rapidement et poursuivie avec vigueur sans retard indu.

[157] La juge des motions a aussi rejeté l'argument des défendeurs selon lequel le délai continuait de courir jusqu'à ce que les demandeurs aient effectivement déposé leur déclaration modifiée, ce qu'ils n'ont fait que quelque deux ans et demi après l'expiration du délai de prescription. Il serait, selon elle, [TRADUCTION] « arbitraire et injuste » de retenir cet argument : par. 95. À son avis, les demandeurs ont « agi rapidement en vue d'apporter les modifications le plus tôt possible » : par. 95. Voici ses explications :

> [TRADUCTION] Les défendeurs ont demandé à interjeter appel de la décision d'accorder l'autorisation, si bien que ce n'est que le 14 février 2011, date où la Cour d'appel a refusé l'autorisation d'appel, que l'ordonnance accordant l'autorisation visée à l'art. 138.8 est devenue définitive. Il aurait été prématuré de tenter de modifier entre-temps la déclaration. Vu les questions et la tentative de faire approuver par les défendeurs les modifications, dont beaucoup touchaient d'autres aspects de la réclamation que la plaidoirie de la cause d'action légale, les demandeurs ont agi rapidement en vue d'apporter les modifications le plus tôt possible. [Je souligne; par. 95.]

[158] La juge des motions connaissait fort bien l'évolution de ce dossier dont elle s'est occupée pendant des années. À mon avis, il n'existe aucune raison de modifier son évaluation du caractère équitable de la situation ou de la diligence des demandeurs. Plus particulièrement, rien ne nous permet de remettre en question en appel sa conclusion que les demandeurs ont agi promptement en vue de modifier leur déclaration le plus tôt possible.

IV. Disposition

[159] I would dismiss the appeals in *CIBC* and *IMAX*. I agree with Karakatsanis J.'s disposition as to costs.

The reasons of Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. were delivered by

[160] KARAKATSANIS J. — These appeals concern class proceedings asserting both the statutory cause of action for secondary market misrepresentations and the common law tort of negligent misrepresentation. The question here is whether s. 28 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (*CPA*), can suspend the limitation period for the statutory cause of action found in Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (*OSA*), where leave has not yet been granted under that Part. My colleague Côté J. concludes that it cannot. I disagree, and would hold that it can.

[161] As long as the class proceeding is properly commenced, s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all of the causes of action asserted (that is, fully pleaded) within the proceeding. As leave under s. 138.8 of the *OSA* is not a constituent element of the statutory cause of action set out in s. 138.3, the "assertion" of that cause of action does not require the prior obtaining of leave. Thus, I conclude that s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation period in s. 138.14 of the *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

[162] Neither the text nor the purpose of s. 28 supports my colleague Côté J.'s conclusion that this provision will not suspend the class members' limitation period until the representative plaintiff obtains leave

IV. Dispositif

[159] Je suis d'avis de rejeter les pourvois dans *CIBC* et *IMAX*. Je souscris à la décision de la juge Karakatsanis sur les dépens.

Version française des motifs des juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendus par

[160] LA JUGE KARAKATSANIS — Les présents pourvois portent sur des recours collectifs dans lesquels sont invoqués à la fois la cause d'action légale pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law. La question en l'espèce est de savoir si l'art. 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6 (*LRC*), peut suspendre le délai de prescription applicable à la cause d'action qui figure à la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5 (*LVM*), lorsque l'autorisation n'a pas encore été accordée en application de cette partie. Ma collègue la juge Côté conclut que l'art. 28 ne peut suspendre le délai en question. Je ne partage pas son point de vue et je suis d'avis de conclure qu'il le peut.

[161] Tant que le recours collectif est valablement introduit, l'art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription qui s'appliquent à toutes les causes d'action invoquées (c'est-à-dire plaidées à fond) dans l'instance. Puisque l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM* n'est pas un élément constitutif de la cause d'action prévue à l'art. 138.3, il n'est pas nécessaire d'obtenir au préalable l'autorisation pour « invoquer » cette cause d'action. J'en conclus que l'art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law et plaide la cause d'action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

[162] Ni le libellé ni l'objet de l'art. 28 n'appuient la conclusion de ma collègue la juge Côté selon laquelle cette disposition ne suspend pas les délais de prescription applicables aux membres du

under s. 138.8 of the *OSA*. Such an interpretation is not consistent with the purposes of the *CPA* as a whole, nor is it harmonious with the purposes or text of Part XXIII.1 of the *OSA*, a statutory framework intended to operate effectively with the class proceeding vehicle. Concretely, excluding the statutory cause of action from s. 28 protection until leave has been granted removes compliance with the limitation period from the plaintiff's control. It would also necessarily oblige potential class members to file a multitude of individual motions for leave to commence the statutory claim, thus unnecessarily adding procedural steps and increasing costs and delays for all parties involved. Such an obligation is not required by the text of s. 28, nor by the context or purposes of the *CPA*. Such a result serves neither judicial economy nor access to justice. Rather, it undermines the harmonious operation of class proceedings in the securities context.

groupe jusqu'à ce que le représentant des demandeurs obtienne l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM*. Une telle interprétation n'est pas compatible avec les objets de la *LRC* dans son ensemble, et elle ne s'harmonise pas non plus avec les objets ou le texte de la partie XXIII.1 de la *LVM*, un cadre législatif qui est censé coexister efficacement avec le mécanisme du recours collectif. Concrètement, exclure la cause d'action légale de la protection offerte par l'art. 28 jusqu'à ce que l'autorisation soit accordée fait en sorte que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. En outre, cela obligerait nécessairement les membres éventuels du groupe à déposer une multitude de motions individuelles en autorisation d'intenter l'action prévue par la loi, imposant ainsi inutilement à toutes les parties en cause des formalités procédurales supplémentaires, des coûts plus élevés et des délais plus longs. Pareille obligation n'est imposée ni par le libellé de l'art. 28 ni par le contexte ou les objets de la *LRC*. Un tel résultat ne favorise ni l'économie des ressources judiciaires ni l'accès à la justice. Il nuit plutôt au fonctionnement harmonieux des recours collectifs dans le contexte des valeurs mobilières.

[163] In my view, the five-member panel of the Court of Appeal in this case (the *Green* panel) was correct to overturn that court's earlier interpretation of the application of s. 28 of the *CPA* to the s. 138.14 limitation period. For the reasons below, I would dismiss the appeals.

[163] À mon avis, la formation de cinq juges de la Cour d'appel saisie de la présente affaire — *Green* — a eu raison d'infirmer l'interprétation que cette cour avait donnée précédemment à l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai fixé par l'art. 138.14. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

I. Facts and Judicial History

[164] The appeals in these three cases stem from motions in class proceedings brought before different judges of the Ontario Superior Court of Justice: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225 (*CIBC*), per Strathy J.; *Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881 (*IMAX*), per van Rensburg J.; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264 (*Celestica*), per Perell J. In each case, the plaintiffs claimed damages under the common law tort of

I. Faits et historique judiciaire

[164] Les pourvois dans les trois présentes affaires découlent tous de motions en certification de recours collectifs présentées devant des juges différents de la Cour supérieure de justice de l'Ontario : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225 (*CIBC*), le juge Strathy; *Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881 (*IMAX*), la juge van Rensburg; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264 (*Celestica*), le juge Perell. Dans

negligent misrepresentation and under the statutory cause of action in Part XXIII.1 of the *OSA* for alleged misrepresentations in respect of shares trading in the secondary market. None of the plaintiffs obtained leave to commence the statutory claim before commencing the class proceeding. In all of the cases, the limitation period, if not suspended, would have run out prior to leave being obtained: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402 (*Green ONCA*), at para. 2.

chacune des causes, les demandeurs réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*, c'est-à-dire la présentation inexacte de faits à l'égard du commerce d'actions sur le marché secondaire. Aucun des demandeurs n'a obtenu l'autorisation d'intenter l'action prévue par la loi avant d'introduire le recours collectif. Dans tous les dossiers, le délai de prescription, s'il n'était pas suspendu, aurait expiré avant que les demandeurs n'obtiennent l'autorisation : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402 (*Green, C.A. Ont.*), par. 2.

[165] During the course of these class proceedings, the Ontario Court of Appeal released its decision in another matter, *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, in which it interpreted the application of s. 28 of the *CPA* to the limitation period in s. 138.14 of the *OSA* for the first time. The panel (per Goudge J.A.) held that s. 28 did not suspend the s. 138.14 limitation period until leave was obtained: para. 20. Prior to this decision, the parties in the present appeals assumed that s. 28 suspended the limitation period whether or not leave had been granted. As Strathy J. noted, "Counsel for the individual defendants aptly described [*Timminco*], at that time, as a 'thunderbolt'": *CIBC*, at para. 475.

[165] Pendant que ces recours collectifs étaient en instance, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa décision dans une autre affaire, *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, où elle a interprété pour la première fois l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu à l'art. 138.14 de la *LVM*. La formation (sous la plume du juge Goudge) a statué que l'art. 28 ne suspendait pas ce délai de prescription jusqu'à ce que l'autorisation soit obtenue : par. 20. Avant cette décision, les parties aux présents pourvois tenaient pour acquis que l'art. 28 suspendait le délai de prescription, que l'autorisation ait été accordée ou non. Comme l'a signalé le juge Strathy, [TRADUCTION] « [l]es procureurs des défendeurs ont qualifié à juste titre [l'arrêt *Timminco*] à cette époque de "coup de tonnerre" » : *CIBC*, par. 475.

[166] The motion judges presiding over the present cases found that the panel's interpretation of s. 28 in *Timminco* governed the claims. Van Rensburg J. and Perell J. applied the common law doctrines of *nunc pro tunc* and special circumstances to save the *IMAX* and *Celestica* claims from being statute-barred. Strathy J. found that those doctrines were inapplicable, and that the statutory claim in *CIBC* could not be saved.

[166] Les juges des motions qui instruisaient les présentes affaires ont conclu que les réclamations devaient être tranchées suivant l'interprétation donnée à l'art. 28 par la formation dans *Timminco*. Les juges van Rensburg et Perell ont appliqué les doctrines de *nunc pro tunc* et des circonstances particulières, reconnues en common law, pour empêcher la prescription des réclamations dans les dossiers *IMAX* et *Celestica*. Le juge Strathy a conclu que ces doctrines ne s'appliquaient pas et que l'action intentée en vertu de la loi dans le dossier *CIBC* ne pouvait être sauvegardée.

[167] On appeal, all three cases were heard together by a five-member panel of the Ontario

[167] En appel, les trois affaires ont été instruites ensemble par une formation de cinq juges

Court of Appeal: *Green ONCA*, at para. 5. The panel overturned *Timminco*, holding that s. 28 of the *CPA* suspends the limitation period for all class members once the statutory cause of action is asserted in a class proceeding by a representative plaintiff, even if leave has not yet been granted, as long as the facts that found the action and the intent to seek leave to commence the action have been pleaded: *Green ONCA*, at paras. 6 and 78.

[168] Following these decisions, the Ontario legislature amended Part XXIII.1 of the *OSA* so that the limitation period is suspended on the filing of a motion for leave under s. 138.8 (s. 138.14(2), am. S.O. 2014, c. 7, Sch. 28, s. 15). Despite this amendment, the question at issue in these appeals requires determination for the parties before us and for other class proceedings brought prior to the amendment of the *OSA*.

II. Analysis

A. *The Issues*

[169] Section 28 of the *CPA* is engaged upon the "commencement of the class proceeding" and operates to suspend "any limitation period applicable to a cause of action asserted" in the class proceeding. Part XXIII.1 of the *OSA* provides, first, that an action under that Part cannot be commenced "without leave of the court granted upon motion with notice": s. 138.8(1). Second, it provides that "[n]o action shall be commenced" after the expiration of the applicable limitation period: s. 138.14.

[170] The combined operation of these provisions in the context of these class proceedings raises the following questions in relation to s. 28 of the *CPA*:

1. Is leave required in order for the plaintiff to "assert" the Part XXIII.1 statutory cause of action?

de la Cour d'appel de l'Ontario : *Green, C.A. Ont.*, par. 5. La formation a infirmé l'arrêt *Timminco*, jugeant que l'art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription applicable à tous les membres du groupe dès qu'un représentant des demandeurs invoque la cause d'action légale dans un recours collectif, et ce, même si l'autorisation n'a pas encore été accordée, pourvu que les faits à l'origine de l'action et l'intention de demander l'autorisation d'intenter l'action aient été plaidés : *Green, C.A. Ont.*, par. 6 et 78.

[168] À la suite de ces décisions, le législateur ontarien a modifié la partie XXIII.1 de la *LVM* pour faire en sorte que le délai de prescription soit suspendu au moment du dépôt d'une motion en autorisation au titre de l'art. 138.8 (par. 138.14(2), mod. L.O. 2014, c. 7, ann. 28, art. 15). Malgré cette modification, il faut trancher la question en litige dans les présents pourvois pour les parties qui comparaissent devant nous et pour les besoins des autres recours collectifs intentés avant la modification de la *LVM*.

II. Analyse

A. *Les questions en litige*

[169] L'article 28 de la *LRC* entre en jeu à l'« introduction du recours collectif » et a pour effet de suspendre « tout délai de prescription applicable à une cause d'action d'action invoquée » dans le recours collectif. La partie XXIII.1 de la *LVM* prévoit, en premier lieu, qu'une action visée par cette partie ne peut être intentée « qu'avec l'autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis » : par. 138.8(1). En deuxième lieu, elle dispose qu'« [a]ucune action ne doit être intentée » après l'expiration du délai de prescription applicable : art. 138.14.

[170] L'application conjointe de ces dispositions dans le contexte des recours collectifs en cause soulève les questions suivantes en lien avec l'art. 28 de la *LRC* :

1. L'autorisation est-elle nécessaire pour que le demandeur « invoqu[e] » la cause d'action prévue à la partie XXIII.1?

2. Is leave a pre-condition for the commencement of a class proceeding asserting both the Part XXIII.1 statutory cause of action and the common law tort of negligent misrepresentation?

[171] I agree with the five-member panel of the Ontario Court of Appeal and would therefore answer these questions as follows.

1. The statutory cause of action can be asserted in a class proceeding statement of claim before leave is obtained under the *OSA*.

2. Section 28 of the *CPA* applies once *the class proceeding* is commenced with respect to a *cause of action* asserted. Where the statutory cause of action is asserted in a class proceeding that has been properly commenced with respect to a common law tort, s. 28 will suspend the limitation period for all causes of action.

B. *Section 28 of the CPA*

[172] The *CPA* creates and governs the procedural vehicle of class proceedings. It is a remedial statute designed to improve judicial economy, increase the access of plaintiffs to the court system for claims that would otherwise be too costly, and promote behavioural modification of wrongdoers: *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (1982) (*OLRC Report*), vol. I, at pp. 117 and 212. Section 28 is an integral part of this scheme:

28. (1) [Limitations] Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding and resumes running against the class member when,

(a) the member opts out of the class proceeding;

2. L'autorisation est-elle une condition préalable à l'introduction d'un recours collectif dans lequel sont invoqués la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law?

[171] Je suis d'accord avec la formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario et je suis par conséquent d'avis de répondre comme suit à ces questions :

1. La cause d'action légale peut être invoquée dans la déclaration d'un recours collectif avant que l'autorisation ne soit obtenue en application de la *LVM*.

2. L'article 28 de la *LRC* s'applique dès que *le recours collectif* est introduit à l'égard d'une *cause d'action* invoquée. Lorsque la cause d'action prévue par la loi est invoquée dans un recours collectif valablement introduit à l'encontre d'un délit de common law, l'art. 28 a pour effet de suspendre le délai de prescription pour toutes les causes d'action.

B. *L'article 28 de la LRC*

[172] La *LRC* crée et régit le mécanisme procédural qu'est le recours collectif. Il s'agit d'une loi réparatrice conçue pour améliorer l'économie des ressources judiciaires, assurer aux demandeurs un meilleur accès au système judiciaire pour qu'ils puissent présenter des réclamations qui seraient par ailleurs trop coûteuses ainsi que favoriser la modification du comportement des malfaiteurs : *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions* (1982) (*Rapport de la CRDO*), vol. I, p. 117 et 212. L'article 28 fait partie intégrante de ce régime :

28. (1) [Prescription] Sous réserve du paragraphe (2), tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif et reprend au détriment du membre au moment où, selon le cas :

a) ce membre se retire du recours collectif;

(b) an amendment that has the effect of excluding the member from the class is made to the certification order;

(c) a decertification order is made under section 10;

(d) the class proceeding is dismissed without an adjudication on the merits;

(e) the class proceeding is abandoned or discontinued with the approval of the court; or

(f) the class proceeding is settled with the approval of the court, unless the settlement provides otherwise.

b) est apportée une modification de l'ordonnance certifiant le recours collectif qui a pour effet d'exclure du groupe le membre;

c) une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue en vertu de l'article 10;

d) le recours collectif est rejeté sans décision sur le fond;

e) il y a désistement du recours collectif avec l'approbation du tribunal;

f) le recours collectif fait l'objet d'une transaction avec l'approbation du tribunal, à moins que la transaction ne prévoie autre chose.

[173] The French version of s. 28(1) states that "*tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif*".

[173] Aux termes de la version anglaise du par. 28(1), « *any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding* ».

[174] Section 28 protects potential class members from the expiration of their individual limitation periods during the representative plaintiffs' pursuit of their rights through a class proceeding by suspending the limitation period for all potential class members for any "cause of action asserted in a class proceeding". In this way, s. 28 promotes two of the purposes guiding the *CPA* — judicial economy and access to justice: *OLRC Report*, vol. III, at p. 779.

[174] L'article 28 protège les membres éventuels du groupe contre l'expiration de leurs délais de prescription respectifs pendant que le représentant des demandeurs défend leurs droits au moyen d'un recours collectif en faisant suspendre le délai de prescription pour tous les membres éventuels du groupe relativement à toute « cause d'action invoquée dans un recours collectif ». L'article 28 favorise ainsi la réalisation de deux objets de la *LRC*, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice : *Rapport de la CRDO*, vol. III, p. 779.

[175] Regardless of when the representative plaintiff commences proceedings within the limitation period, the length of the certification process is inherently uncertain: see *OLRC Report*, vol. III, at p. 779. Without s. 28, the commencement of a proceeding by a representative plaintiff would only suspend the limitation period with respect to that plaintiff; the limitation period governing other potential class members would continue to run during the certification proceedings. Thus, potential class members would have to initiate parallel individual proceedings to protect their rights from becoming statute-barred. Neither outcome — the inundation of the courts by parallel individual proceedings or the expiration of plaintiffs' individual rights due to a delayed or failed

[175] Indépendamment du moment où le représentant des demandeurs introduit le recours dans le délai prescrit, la durée du processus de certification est intrinsèquement incertaine : voir *Rapport de la CRDO*, vol. III, p. 779. Sans l'art. 28, l'introduction d'un recours par un représentant des demandeurs n'aurait pour effet de suspendre le délai de prescription que pour ce représentant seulement; le délai de prescription applicable aux autres membres éventuels du groupe continuerait de courir pendant l'instance de certification. Les membres éventuels du groupe seraient donc obligés d'introduire des instances individuelles parallèles pour empêcher la prescription de leurs droits. Ni l'un ni l'autre de ces résultats — la multiplication d'instances individuelles parallèles

certification process — is desirable: *ibid.*, at pp. 779-80.

[176] Section 28 offers protection against both outcomes: *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 47. Section 28 shelters the rights of potential class plaintiffs under the umbrella of the representative plaintiff's action. As long as the representative plaintiff commences a class proceeding within the applicable limitation period, s. 28 will suspend the limitation periods of all potential class members during the certification process.

[177] As the text of s. 28 indicates, the suspension applies to any "cause of action asserted in a class proceeding" — "*une cause d'action invoquée dans un recours collectif*". In these appeals, this Court must determine whether s. 28 shelters the rights of potential class members with respect to a Part XXIII.1 statutory cause of action that is fully pleaded (that is, asserted), but where leave has not yet been granted.

C. *Part XXIII.1 of the OSA*

[178] Part XXIII.1 is remedial legislation intended to promote the twin purposes of facilitating and enhancing access to justice for investors and deterring corporate misconduct and negligence. It was introduced to the *OSA* following a series of "high profile and well publicized incidents of alleged misrepresentations and questionable disclosure" by Canadian public companies: Canadian Securities Administrators, "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383, at p. 7385. The Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure (the Allen Committee) recommended the inclusion of a statutory civil liability regime in the *OSA* to remedy two gaps in the *OSA* enforcement measures: (1) the inability of regulators to effectively enforce compliance with disclosure in the secondary market; and (2) the inadequacy and inaccessibility of

devant les tribunaux ou l'expiration des droits respectifs des demandeurs pour cause de retard ou d'échec du processus de certification — n'est souhaitable : *ibid.*, p. 779-780.

[176] L'article 28 permet d'éviter ces deux résultats : *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 47. L'article 28 abrite les droits d'éventuels demandeurs du groupe sous le parapluie de l'action du représentant des demandeurs. Tant que ce dernier introduit un recours collectif dans le délai de prescription applicable, l'art. 28 suspendra les délais de prescription applicables à tous les éventuels membres du groupe durant le processus de certification.

[177] Comme l'indique l'art. 28, la suspension s'applique à toute « cause d'action invoquée dans un recours collectif » (« *cause of action asserted in a class proceeding* »). Dans les présents pourvois, notre Cour doit décider si l'art. 28 abrite les droits d'éventuels membres du groupe à l'égard d'une cause d'action prévue à la partie XXIII.1 qui est plaidée à fond (c'est-à-dire invoquée), mais dans un cas où l'autorisation n'a pas encore été accordée.

C. *La partie XXIII.1 de la LVM*

[178] La partie XXIII.1 constitue un ensemble de dispositions législatives réparatrices qui vise à favoriser l'atteinte d'un double objet, à savoir faciliter et améliorer l'accès à la justice des investisseurs et dissuader les entreprises de faire preuve d'inconduite et de négligence. Elle a été ajoutée à la *LVM* après une série de [TRADUCTION] « cas très médiatisés de déclarations inexactes et de pratiques de divulgation douteuses » imputées à des sociétés ouvertes canadiennes : Autorités canadiennes en valeurs mobilières, « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of "Material Fact" and "Material Change" », avis nº 53-302 des ACVM, reproduit dans (2000), 23 OSCB 7383, p. 7385. Le Committee on Corporate Disclosure de la Bourse de Toronto (le comité Allen) a recommandé l'inclusion d'un régime légal de responsabilité civile dans la *LVM* pour corriger deux lacunes des mesures visant à faire respecter

existing civil remedies for secondary market misrepresentations (*Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (the *Allen Committee Report*), at pp. vi-vii).

[179] In response to this need, Part XXIII.1 seeks to deter misleading disclosure without unduly penalizing innocent market participants or unreasonably increasing the cost of disclosure: CSA Notice 53-302, at p. 7387. To do so, it provides investors who incurred losses as a result of a misrepresentation or lack of timely disclosure on the secondary market with a statutory cause of action: *OSA*, ss. 138.3 and 138.4. This statutory cause of action exists over and above any other causes of action the plaintiff may have: s. 138.13. The scheme balances provisions to facilitate recourse for plaintiff investors, such as deemed reliance on the misrepresentation, with protections for corporate defendants. Two such protections are the restrictive limitation period and the leave requirement.

[180] First, the limitation period is restrictive in that it runs from the occurrence of the misrepresentation, or from a news release advising that leave has been granted to commence an action based on such misrepresentation, rather than from a prospective plaintiff's discovery or awareness of that event:

138.14 [Limitation period] No action shall be commenced under section 138.3,

(a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,

la *LVM* : (1) l'incapacité des organismes de réglementation d'imposer efficacement le respect des obligations de divulgation sur le marché secondaire; (2) l'insuffisance et l'inaccessibilité des recours civils existants dans les cas de présentation inexacte des faits sur le marché secondaire (*Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance* (1997) (le *Rapport du comité Allen*), p. vi-vii).

[179] Compte tenu de ce besoin, la partie XXIII.1 vise à prévenir la divulgation trompeuse sans pénaliser indûment les acteurs du marché qui n'ont rien à se reprocher et sans accroître déraisonnablement le coût de la divulgation : avis nº 53-302 des ACVM, p. 7387. Pour ce faire, elle confère une cause d'action aux investisseurs qui ont subi des pertes en raison d'une déclaration inexacte ou d'un manquement à l'obligation d'information occasionnelle sur le marché secondaire: *LVM*, art. 138.3 et 138.4. Cette cause d'action légale existe en sus de toutes les autres causes d'action dont peut disposer le demandeur : art. 138.13. Le régime établit un équilibre entre les dispositions qui facilitent les recours des investisseurs demandeurs, comme la règle selon laquelle l'investisseur est réputé s'appuyer sur la déclaration inexacte, et les mesures destinées à protéger les sociétés défenderesses. Le délai de prescription rigoureux et la nécessité d'obtenir l'autorisation de poursuivre sont deux mesures de protection de ce genre.

[180] Premièrement, le délai de prescription est rigoureux en ce sens qu'il commence à courir à compter de la présentation inexacte de faits ou de la délivrance d'un communiqué portant qu'a été accordée une autorisation d'intenter une action fondée sur la présentation inexacte, plutôt qu'à compter du moment où le demandeur éventuel découvre le fait ou en a connaissance :

138.14 [Prescription] Aucune action ne doit être intentée en vertu de l'article 138.3 :

a) dans le cas de la présentation inexacte de faits dans un document, après le premier en date des jours suivants :

(i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and

(ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;

Similar limitation periods are prescribed for a misrepresentation in a public oral statement (s. 138.14(b)) and for the failure to make timely disclosure (s. 138.14(c)). This legislative choice protects corporate defendants from untimely claims and forces plaintiffs to act promptly.

[181] Similarly, the leave requirement acts as a screening mechanism, allowing courts to protect corporate defendants from unmeritorious claims:

138.8 (1) [Leave to proceed] No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

(a) the action is being brought in good faith; and

(b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

D. *Relationship Between Section 28 of the CPA and Part XXIII.1 of the OSA*

[182] It is not a coincidence that the balancing of interests under Part XXIII.1 of the *OSA* is most evident in the context of a class action — the most effective procedural vehicle for securities liability claims. In recommending an expansion of Ontario's class action regime, the Ontario Law Reform Commission highlighted the inadequacy of the then-available procedural vehicles to address claims in the securities context:

(i) trois ans après la date à laquelle le document contenant la présentation inexacte des faits a été publié pour la première fois,

(ii) six mois après la délivrance d'un communiqué portant qu'a été accordée une autorisation d'intenter une action en vertu de l'article 138.3 ou de dispositions législatives comparables d'autres provinces ou territoires du Canada à l'égard de la même présentation inexacte des faits;

Des délais de prescription semblables sont prévus pour la présentation inexacte de faits dans une déclaration orale publique (al. 138.14b)) et le non-respect des obligations d'information occasionnelle (al. 138.14c)). Ce choix législatif protège les sociétés défenderesses des réclamations tardives et oblige les demandeurs à agir avec célérité.

[181] De même, la nécessité d'obtenir l'autorisation de poursuivre sert de mécanisme de filtrage, ce qui permet aux tribunaux de protéger les sociétés défenderesses des réclamations dénuées de fondement :

138.8 (1) [Autorisation de poursuivre] Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis à chaque défendeur, et que si le tribunal est convaincu de ce qui suit :

a) l'action est intentée de bonne foi;

b) il est raisonnablement possible que l'action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur.

D. *Lien entre l'art. 28 de la LRC et la partie XXIII.1 de la LVM*

[182] Ce n'est pas une coïncidence si l'équilibre des intérêts que vise la partie XXIII.1 de la *LVM* ressort le plus clairement du contexte des recours collectifs, le mécanisme procédural le plus efficace pour intenter une action en responsabilité portant sur des valeurs mobilières. En recommandant l'élargissement du régime ontarien des recours collectifs, la Commission de réforme du droit de l'Ontario avait mis en évidence l'insuffisance des mécanismes procéduraux alors disponibles pour traiter les réclamations dans le contexte des valeurs mobilières :

Although losses stemming from wrongdoing in relation to the trading of securities may be large in the aggregate, individual losses may be comparatively small; when the small size of the claim is combined with the cost of litigating complex issues in securities cases, access to the courts to redress wrongdoing may not be economically feasible for the individual investor. Moreover, . . . there is not, at present, an effective means of aggregating claims that arise in the securities context.

(*OLRC Report*, vol. I, at p. 236)

The Allen Committee, tasked more than a decade later with recommending a statutory civil liability scheme in the securities context, concluded that

the combination of class actions with statutory civil liability for a misrepresentation in continuous disclosure, properly designed, would provide the benefits of better disclosure without unduly facilitating meritless litigation.

(*Allen Committee Report*, at para. 4.6)

[183] The effectiveness and preferability of the class proceeding in pursuing Part XXIII.1 statutory claims depends on these balanced protections. By freeing plaintiffs from the obligation to prove their reliance on the misrepresentation, Part XXIII.1 ensures that class proceedings remain effective procedural vehicles for injured securities purchasers. However, by requiring plaintiffs to comply with the leave requirement and imposing a cap on recoverable damages, Part XXIII.1 also protects corporate defendants from meritless large-scale strike suits and extortionate liability in the class action context. This Part was intended to operate harmoniously with the *CPA*. The evidence to date indicates that this interrelationship is key: 26 of the 27 claims that have been the subject of decisions under Part XXIII.1 in Ontario thus far have been brought through the class proceedings vehicle.

[TRADUCTION] Bien que les pertes découlant d'actes répréhensibles en lien avec le commerce de valeurs mobilières puissent être importantes globalement, les pertes individuelles peuvent être relativement faibles; lorsque le faible montant de la réclamation vient s'ajouter au coût occasionné par l'instruction de questions complexes en matière de valeurs mobilières, il n'est peut-être pas économiquement rentable pour l'investisseur individuel de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation. Qui plus est, [. . .] il n'existe pas à l'heure actuelle de moyen efficace pour regrouper les réclamations qui se présentent dans le contexte des valeurs mobilières.

(*Rapport de la CRDO*, vol. I, p. 236)

Le comité Allen, chargé plus d'une décennie plus tard de recommander un régime légal de responsabilité civile dans le contexte des valeurs mobilières, a conclu que :

[TRADUCTION] . . . un régime bien conçu qui conjuguerait les recours collectifs et la responsabilité civile légale dans les cas de déclaration inexacte de l'information continue offrirait les avantages d'une information de meilleure qualité sans favoriser indûment les actions dénuées de fondement.

(*Rapport du comité Allen*, par. 4.6)

[183] L'efficacité du recours collectif pour exercer des poursuites fondées sur la partie XXIII.1 et le fait qu'il s'agit du meilleur moyen de les engager dépendent de ces protections équilibrées. En déchargeant les demandeurs de l'obligation de prouver qu'ils se sont appuyés sur la déclaration inexacte, la partie XXIII.1 fait en sorte que les recours collectifs demeurent des mécanismes procéduraux efficaces dont peuvent se prévaloir les acheteurs de valeurs mobilières lésés. Par contre, en obligeant les demandeurs à respecter la condition d'obtenir l'autorisation de poursuivre et en imposant un plafond aux dommages-intérêts recouvrables, la partie XXIII.1 protège aussi les sociétés défenderesses des poursuites à grande échelle opportunistes et dénuées de fondement et contre une responsabilité exorbitante dans le contexte du recours collectif. Cette partie est censée coexister de manière harmonieuse avec la *LRC*. À ce jour, la preuve indique que cette corrélation est essentielle : parmi les 27 poursuites tranchées en application de la partie XXIII.1 en Ontario jusqu'à présent, 26 l'ont été par le truchement du recours collectif.

E. *Joint Operation of Section 28 of the CPA and Sections 138.8(1) and 138.14 of the OSA*

[184] As noted above, the question is whether, in a class proceeding claiming both the Part XXIII.1 statutory cause of action and the common law tort of negligent misrepresentation, s. 28 of the *CPA* can suspend the limitation period applicable to the statutory cause of action if leave has not yet been obtained under the *OSA*.

[185] This requires determining how the two statutes operate together. The Court must determine whether the statutory cause of action can be "asserted" and whether the class proceedings can be "commenced" for the purposes of s. 28 of the *CPA* before leave has been granted under the *OSA*, such that the statutory limitation period is suspended pending certification under the *CPA*. Prior to the recent amendment, Part XXIII.1 of the *OSA* was silent regarding suspension of the limitation period. This Court must seek a harmonious interpretation that respects the ordinary meaning of the text of both statutes, and the context and the purpose of the *CPA*, recognizing its intended application in the securities context.

[186] As both the *CPA* and Part XXIII.1 of the *OSA* are remedial in nature, the provisions from those statutes must be interpreted broadly and purposively: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§ 15.18, 15.22 and 15.59. Moreover, in analysing the interaction between the laws of one legislature, we must presume that the laws "are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole": Sullivan, at §11.2; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 93; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47. Here, the relevant provisions in the *OSA* were enacted after the *CPA*, although the legislator clearly intended to facilitate class actions for securities litigation. However, to the extent that we must interpret provisions in Part

E. *Effet conjugué de l'art. 28 de la LRC ainsi que du par. 138.8(1) et de l'art. 138.14 de la LVM*

[184] Comme je l'ai déjà indiqué, il s'agit de déterminer si, dans un recours collectif alléguant à la fois la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law, l'art. 28 de la *LRC* peut suspendre le délai de prescription applicable à la cause d'action légale si l'autorisation n'a pas encore été obtenue en vertu de la *LVM*.

[185] Cette analyse requiert qu'on établisse la manière dont les deux lois coexistent. La Cour doit décider si la cause d'action légale peut être « invoquée » et si le recours collectif peut être « introduit » pour l'application de l'art. 28 de la *LRC* avant que l'autorisation n'ait été accordée en application de la *LVM*, de sorte que le délai de prescription prévu par la loi est suspendu jusqu'à la certification au titre de la *LRC*. Avant la modification récente, la partie XXIII.1 de la *LVM* était muette sur la suspension du délai de prescription. La Cour doit chercher une interprétation harmonieuse qui respecte le sens ordinaire du texte des deux lois ainsi que le contexte et l'objet de la *LRC*, eu égard à la manière dont cette loi est censée s'appliquer dans le contexte des valeurs mobilières.

[186] Puisque la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* sont toutes les deux de nature réparatrice, leurs dispositions doivent être interprétées de façon large et fondée sur leur objet : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), § 15.18, 15.22 et 15.59. De plus, en analysant la corrélation entre les lois d'un législateur, nous devons nous rappeler que ces lois [TRADUCTION] « sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d'un tout » : Sullivan, § 11.2; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 93; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47. En l'espèce, les dispositions pertinentes de la *LVM* ont été adoptées après la *LRC*, mais le législateur entendait manifestement faciliter les recours collectifs dans le

XXIII.1 of the *OSA* to resolve this issue, it is clear that this Part was intended to operate in the context of class proceedings legislation: *Allen Committee Report*, at para. 4.6. If available, we should prefer an interpretation that does not frustrate the purposes of either law at issue.

(1) Is Leave Required to Assert the Part XXIII.1 Statutory Cause of Action for the Purposes of Section 28?

[187] Section 28 of the *CPA* is engaged upon the "commencement of the class proceeding" with respect to "a cause of action asserted" in the class proceeding. Must a plaintiff first obtain leave under the *OSA* in order to properly "assert" the statutory cause of action for the purposes of s. 28?

[188] A cause of action is "a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person": *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.), at pp. 242-43, per Diplock L.J.; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, at para. 27; *Dilollo Estate (Trustee of) v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81, at para. 43.

[189] As the *Timminco* and *Green* panels of the Court of Appeal noted, "assert" has multiple dictionary meanings. To "assert" is defined variously as "[t]o invoke or enforce a legal right" or "make or enforce a claim to": *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014), at p. 139; *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 78. Applying these meanings to the s. 28 context, the *Timminco* panel endorsed the narrower definition "to enforce": paras. 17-18. The *Green* panel disagreed, instead adopting the broader definition "to invoke/to make": para. 46.

domaine des valeurs mobilières. Toutefois, dans la mesure où nous devons interpréter les dispositions de la partie XXIII.1 de la *LVM* pour régler la question dont nous sommes saisis, il est clair que cette partie était censée s'appliquer dans le contexte de la législation sur les recours collectifs : *Rapport du comité Allen*, par. 4.6. Nous devons retenir si possible une interprétation qui ne contrecarre pas les objets des lois en cause.

(1) Pour l'application de l'art. 28, faut-il obtenir l'autorisation d'invoquer la cause d'action prévue à la partie XXIII.1?

[187] L'article 28 de la *LRC* entre en jeu à l'« introduction du recours collectif » pour « une cause d'action invoquée » dans le recours collectif. Un demandeur doit-il d'abord obtenir l'autorisation en vertu de la *LVM* pour pouvoir valablement « invoquer » la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28?

[188] Une cause d'action est [TRADUCTION] « une situation de fait qui donne le droit d'obtenir réparation contre autrui devant les tribunaux » : *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.), p. 242-243, le lord juge Diplock; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, par. 27; *Dilollo Estate (Trustee of) c. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81, par. 43.

[189] Comme l'ont souligné les formations de la Cour d'appel dans les arrêts *Timminco* et *Green*, les dictionnaires donnent de nombreuses acceptions du mot anglais « *assert* ». Le verbe « *assert* » est défini tantôt comme [TRADUCTION] « invoquer ou faire valoir un droit », tantôt comme [TRADUCTION] « faire ou exécuter une réclamation » : *Black's Law Dictionary* (10e éd. 2014), p. 139; *Canadian Oxford Dictionary* (2e éd. 2004), p. 78. Appliquant ces définitions dans le contexte de l'art. 28, la formation saisie de l'affaire *Timminco* a adopté l'acception plus étroite [TRADUCTION] « exécuter » : par. 17-18. La formation saisie de l'affaire *Green* n'était pas de cet avis, adoptant l'acception plus large [TRADUCTION] « invoquer/faire » : par. 46.

[190] In my view, the *Green* panel's conclusion that "asserting" a cause of action in s. 28 refers to "invoking the legal right" or "making the claim" is more consistent with the English and French text of s. 28 and with the context of s. 28. It is difficult to see how a plaintiff could ever "enforce" a claim in a pleading, practically or theoretically. A statement of claim, by its nature, is a tool of invocation, as compared to a court judgment, which by its nature is a tool of enforcement. Section 28 is engaged at a very early stage in the litigation — the commencement of a class proceeding. At this stage, the representative plaintiff must plead the constituent elements of the cause of action founding the right or claim in order to then apply for certification: *CPA*, ss. 2(2) and 5.[2] It is in this sense that the plaintiff "makes the claim" or "invokes the legal right". This is the term used in the French version of s. 28: "*invoquée*".

[191] In the context of "invoking the legal right" or "making the claim", what does it mean to "assert" the cause of action? To return to the definition of "cause of action", the claim must assert the "factual situation" that "entitles one person to obtain from the court a remedy against another person": *Letang*, at pp. 242-43; see also P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at ¶¶ 4.409 and 4.412 to 4.414. Thus, in order to "make the claim" or "invoke the legal right", the representative plaintiff must plead the essential factual elements required to constitute the cause of action. Côté J. cites *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387, per Hall J., in support of her conclusion that the "assertion" of the statutory cause of action requires the plaintiffs to first obtain leave: para. 51. However, the issue in *Méthot* was whether a notice requirement was a constituent element of the particular statutory cause of action. The Court decided that it was, and therefore that the right of action arose only once the notice requirement was fulfilled: p. 398. In contrast, as I shall explain,

[2] The court may only certify a class proceeding in respect of the causes of action "disclose[d]" in the pleadings: *CPA*, s. 5(1)(a).

[190] À mon avis, la conclusion de la formation saisie de l'affaire *Green* selon laquelle le mot « *asserted* », dans la version anglaise de l'art. 28, parlant d'une cause d'action, a le sens d'« invoquer le droit » ou de « faire valoir la réclamation » concorde mieux avec les textes anglais et français de l'art. 28 et le contexte de celui-ci. Il est difficile de voir comment un demandeur pourrait un jour « exécuter » une réclamation dans un acte de procédure, que ce soit en pratique ou en théorie. Une déclaration, de par sa nature, est un outil d'expression, par opposition à un jugement de la cour qui, de par sa nature, est un outil d'exécution. L'article 28 entre en jeu au tout début de l'instance, lors de l'introduction d'un recours collectif. À cette étape, le représentant des demandeurs doit plaider les éléments constitutifs de la cause d'action sur laquelle repose le droit ou la réclamation pour ensuite demander la certification : *LRC*, par. 2(2) et art. 5[2]. C'est en ce sens que le demandeur « fait valoir la réclamation » ou « invoque le droit ». C'est d'ailleurs le terme utilisé dans la version française de l'art. 28 : « invoquée ».

[191] Retenant l'acception « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation », que veut-on dire, dans le texte anglais, lorsqu'on utilise le verbe « *assert* » avec le terme « *cause of action* »? Si l'on revient à la définition de « cause d'action », la réclamation doit invoquer la « situation de fait » qui « donne le droit d'obtenir réparation contre autrui devant les tribunaux » : *Letang*, p. 242-243; voir également P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2e éd. 2014), ¶ 4.409 et 4.412 à 4.414. Par conséquent, pour « faire valoir la réclamation » ou « invoquer le droit », le représentant des demandeurs doit plaider les éléments de fait essentiels nécessaires pour constituer la cause d'action. La juge Côté cite l'arrêt *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387, le juge Hall, à l'appui de sa conclusion selon laquelle pour pouvoir « invoquer » (« *asserted* » dans la version anglaise de cet arrêt) la cause d'action légale, les demandeurs doivent d'abord obtenir l'autorisation : par. 51. Toutefois, il s'agissait dans *Méthot* de déterminer si l'obligation de donner un avis était

[2] Le tribunal ne peut certifier un recours collectif qu'à l'égard des causes d'action « rév[élées] » dans les actes de procédure : *LRC*, al. 5(1)a).

the leave requirement at issue in these appeals is not a constituent element of the Part XXIII.1 statutory cause of action.

[192] Section 138.3 provides injured shareholders with four causes of action tied to misrepresentations in public documents, oral statements, or the failure to make timely disclosure of a material change: *OSA*, s. 138.3(1) to (4). Each cause of action will arise from the factual situation required to give the injured shareholder a "right of action for damages". For example, s. 138.3(1) sets out the multiple factual elements that constitute the right of action for damages for misrepresentations in a document. In order to "invoke the legal right" or "make the claim" based on this cause of action, a representative plaintiff must plead all of these elements. Notably, the obtaining of leave is not one of them. Leave is not part of the "factual situation" giving rise to this cause of action. Moreover, while not decisive, the structure of Part XXIII.1 sets out the s. 138.3 causes of action under the heading "Liability", whereas the s. 138.8 leave requirement is set out under the heading "Procedural Matters". In view of these considerations, I conclude that the presence or absence of leave does not impact the existence of the cause of action founding the statutory claim.

[193] Furthermore, treating the leave requirement as an essential component of "asserting" a claim would be inconsistent with the substance of the leave requirement itself. In order to obtain leave, the plaintiff must convince the court of two things: that "the action is being brought in good faith" and that "there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff" (*OSA*,

un élément constitutif de la cause d'action légale en question. La Cour a décidé que c'était le cas et que le droit d'action ne prenait naissance qu'au moment où l'avis exigé était donné : p. 398. Inversement, comme je l'expliquerai plus loin, la nécessité d'obtenir l'autorisation en cause dans les présents pourvois n'est pas un élément constitutif de la cause d'action prévue à la partie XXIII.1.

[192] L'article 138.3 accorde aux actionnaires lésés quatre causes d'action liées à la présentation inexacte de faits dans des documents ou des déclarations orales publics ou au non-respect des obligations d'information occasionnelle portant sur un changement important : *LVM*, par. 138.3(1) à (4). Chaque cause d'action découlera de la situation de fait qui doit prévaloir pour donner à l'actionnaire lésé le « droit d'intenter une action en dommages-intérêts ». Par exemple, le par. 138.3(1) énonce les multiples éléments de fait qui donnent ouverture au droit d'action en dommages-intérêts fondé sur la présentation inexacte de faits dans un document. Pour « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation » sur le fondement de cette cause d'action, le représentant des demandeurs doit plaider tous ces éléments. Signalons que l'obtention de l'autorisation n'en fait pas partie. L'autorisation ne fait pas partie de la « situation de fait » à l'origine de cette cause d'action. En outre, bien qu'elle ne soit pas déterminante, la structure de la partie XXIII.1 énonce les causes d'actions prévues à l'art. 138.3 sous la rubrique « Responsabilité », alors que la nécessité d'obtenir l'autorisation prévue à l'art. 138.8 est énoncée sous la rubrique « Questions de procédure ». Compte tenu de ces considérations, je conclus que la présence ou l'absence d'autorisation n'influe aucunement sur l'existence de la cause d'action sur laquelle repose le recours prévu par la loi.

[193] De plus, considérer la nécessité d'obtenir l'autorisation comme un élément essentiel du fait d'« invoquer » un recours serait contraire à l'essence même de cette condition. Pour obtenir l'autorisation, le demandeur doit convaincre le tribunal de deux choses : « l'action est intentée de bonne foi » et « il est raisonnablement possible que l'action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur »

s. 138.8(1); *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106, at paras. 31 and 38). To do so, the plaintiff must address the merits of the "factual situation" giving rise to the statutory cause of action by "setting forth the material facts" (*OSA*, s. 138.8(2)):

(2) Upon an application under this section, the plaintiff and each defendant shall serve and file one or more affidavits setting forth the material facts upon which each intends to rely.

[194] In this regime, the leave requirement relates directly to the merits of the action. If obtaining leave were also a constituent element of the statutory cause of action, the court would be required to assess whether leave could be granted as an underlying pre-condition of the ultimate decision on whether to grant leave. Such an outcome would represent a sort of "catch-22" — you cannot get leave without proving you can get leave. Certainly, this would not be consistent with the scheme of the *OSA*.

[195] Effectively, obtaining leave under s. 138.8 of the *OSA* is a procedural requirement. A proceeding with respect to the statutory cause of action cannot be commenced without leave. Though the leave requirement impacts the plaintiff's ability to bring suit, it does not form part of, or affect, the factual elements comprising the statutory cause of action. Leave is necessary for the right arising from s. 138.3 to be ultimately exercised, adjudicated at trial and enforced (to obtain damages). However, "asserting" the statutory cause of action for the purposes of s. 28 of the *CPA* — that is, "invoking the legal right" or "making the claim" — does not require the representative plaintiff to first obtain leave.

(*LVM*, par. 138.8(1); *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106, par. 31 et 38). Pour ce faire, le demandeur doit aborder le fond de la « situation de fait » donnant naissance à la cause d'action légale en « énonçant les faits importants » (*LVM*, par. 138.8(2)) :

(2) Sur requête présentée en vertu du présent article, le demandeur et chaque défendeur signifient et déposent un ou plusieurs affidavits énonçant les faits importants sur lesquels ils ont chacun l'intention de se fonder.

[194] Selon ce régime, la nécessité d'obtenir l'autorisation se rapporte directement au bien-fondé de l'action. Si l'obtention de l'autorisation était aussi un élément constitutif de la cause d'action légale, le tribunal serait tenu de se demander s'il est possible d'accorder l'autorisation comme condition préalable sous-jacente à la décision finale d'accorder ou non l'autorisation. Un tel résultat représenterait en quelque sorte une situation sans issue — vous ne pouvez pas obtenir l'autorisation sans prouver que vous pouvez l'obtenir. Un tel résultat serait certainement contraire à l'économie de la *LVM*.

[195] De fait, l'obtention de l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM* est une exigence procédurale. Une instance fondée sur la cause d'action légale ne peut être introduite sans autorisation. Bien que la nécessité d'obtenir l'autorisation ait une incidence sur la faculté du demandeur d'intenter une poursuite, elle ne fait pas partie des éléments de fait qui composent la cause d'action légale et ne change rien à ces éléments. Il faut obtenir l'autorisation pour que le droit découlant de l'art. 138.3 puisse être exercé, tranché au procès et exécuté par la suite (en vue d'obtenir des dommages-intérêts). Cependant, « invoquer » (« *asserting* ») la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la *LRC* — c'est-à-dire « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation » — n'oblige pas le représentant des demandeurs à obtenir d'abord l'autorisation.

(2) Is Leave a Pre-condition for the Commencement of a Class Proceeding Asserting the Part XXIII.1 Statutory Cause of Action?

[196] As noted above, s. 28 only suspends the running of the limitation periods upon the "commencement of the class proceeding". Ontario's *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, define a "proceeding" as "an action or application": r. 1.03(1). A proceeding is commenced by the issuance of an originating process, such as a statement of claim, a notice of action, or a notice of application: r. 1.03(1), "originating process". "Commencement" for the purposes of s. 28 refers to the commencement of an intended class proceeding under the *CPA* prior to certification: *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), at paras. 21-23. To commence a class proceeding, the representative plaintiff must file a statement of claim: r. 1.03(1), "action".

[197] With respect to an individual statutory cause of action under Part XXIII.1 of the *OSA*, s. 138.8(1) provides: "No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court . . . ." It may well be that a plaintiff could not "commence" an individual statutory action without leave; however these appeals concern class actions, not individual actions. Further, we need not decide the issue of whether a class proceeding based solely on the statutory cause of action may be commenced without leave. The issue before us is whether *these class proceedings* have been properly commenced within the meaning of s. 28 of the *CPA*.

[198] There is no question that a class proceeding asserting the common law cause of action based on the tort of misrepresentation may be properly commenced simply by issuing a statement of claim. However, the appellants say that a class proceeding must be capable of being commenced separately for each cause of action asserted. I disagree.

(2) L'autorisation est-elle une condition préalable à l'introduction d'un recours collectif dans lequel est invoquée la cause d'action prévue à la partie XXIII.1?

[196] Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 28 ne suspend les délais de prescription qu'à l'« introduction du recours collectif ». Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, définissent l'« instance » (« *proceeding* ») comme une « [a]ction ou requête » : par. 1.03(1). Une instance est introduite par la délivrance d'un acte introductif d'instance comme une déclaration, un avis d'action ou un avis de requête : par. 1.03(1), « acte introductif d'instance ». L'« introduction », pour l'application de l'art. 28, s'entend de l'introduction d'un recours collectif projeté en vertu de la *LRC* avant la certification : *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), par. 21-23. Pour introduire un recours collectif, le représentant des demandeurs doit déposer une déclaration : par. 1.03(1), « action ».

[197] En ce qui concerne la cause d'action individuelle fondée sur la partie XXIII.1 de la *LVM*, le par. 138.8(1) prévoit ce qui suit : « Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal . . . » Il se peut fort bien qu'un demandeur ne puisse pas « intenter » une action individuelle prévue par la loi sans autorisation; cependant, les présents pourvois portent sur des recours collectifs, et non sur des recours individuels. En outre, nous n'avons pas à décider si un recours collectif fondé uniquement sur la cause d'action légale peut être introduit sans autorisation. La question à trancher est de savoir si *les recours collectifs en l'espèce* ont été valablement introduits au sens de l'art. 28 de la *LRC*.

[198] Il est indubitable qu'un recours collectif dans lequel on invoque la cause d'action de common law fondée sur le délit de déclaration inexacte peut être valablement introduit par le simple dépôt d'une déclaration. Toutefois, les appelants affirment qu'un recours collectif doit pouvoir être introduit séparément pour chaque cause d'action invoquée. Je ne suis pas d'accord.

[199] The text of s. 28 clearly recognizes the realistic prospect that multiple causes of action (with differing limitation periods and procedural requirements) could be asserted in a single statement of claim. The commencement of the "class proceeding" is sufficient to suspend "any limitation period applicable to a cause of action asserted" in the class proceeding. Section 28 does not condition the "commencement" of the class proceeding on the prior fulfilment of all procedural requirements in respect of every cause of action asserted in the proceeding. Nor does it contemplate separate class actions, or different commencement dates, for the different causes of action. Rather, on a plain reading of s. 28, the limitation periods applicable to all causes of action asserted in the proceeding are suspended upon the commencement of the class proceeding, regardless of whether some (such as the Part XXIII.1 statutory cause of action) would require leave to proceed individually.

[200] In my view, this understanding of s. 28 best accords with the words, scheme and purpose of the *CPA*, as well as the language, purpose and operation of Part XXIII.1 of the *OSA*.

[201] Unlike my colleague Côté J., I do not find it troubling that the intended class proceeding asserting the statutory cause of action (alongside the common law tort) "commences" under s. 28 prior to leave being obtained: para. 50. As stated above, the statutory cause of action arises prior to leave being obtained. It seems to me that a more troubling inconsistency flows from my colleague's interpretation of s. 28: the class proceeding could have different commencement dates for each cause of action. Her interpretation could also result in multiple class proceedings arising from the same facts. This result is neither required nor preferred by the language of s. 28.

[202] My colleague and the appellants suggest that the purpose of s. 28 is merely to shelter potential class members under a cause of action that could otherwise be commenced as an individual

[199] L'article 28 reconnaît clairement la possibilité réelle que de multiples causes d'action (dont les délais de prescription et les exigences procédurales varient) soient invoquées dans une seule déclaration. L'introduction du « recours collectif » suffit pour suspendre « tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée » dans le recours collectif. L'article 28 n'a pas pour effet de rendre l'« introduction » du recours collectif conditionnelle à la réalisation de toutes les exigences procédurales à l'égard de chacune des causes d'action invoquées dans le recours. Il n'envisage pas non plus des recours collectifs distincts, ou des dates d'introduction distinctes pour les diverses causes d'action. Selon le sens ordinaire de l'art. 28, les délais de prescription applicables à toutes les causes d'action invoquées dans le recours sont plutôt suspendus à l'introduction du recours collectif, que certaines d'entre elles (telle la cause d'action prévue à la partie XXIII.1) nécessitent ou non une autorisation pour aller de l'avant individuellement.

[200] À mon avis, cette interprétation de l'art. 28 est celle qui s'accorde le mieux avec le libellé, l'économie et l'objet de la *LRC*, ainsi qu'avec le texte, l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM*.

[201] Contrairement à ma collègue la juge Côté, je ne vois rien de troublant à ce que le recours collectif projeté dans lequel est invoquée la cause d'action légale (avec le délit de common law) soit « introduit » au sens de l'art. 28 avant l'obtention de l'autorisation : par. 50. Comme je l'ai déjà mentionné, la cause d'action légale prend naissance avant l'obtention de l'autorisation. L'interprétation que ma collègue donne à l'art. 28 me paraît engendrer une incohérence plus troublante encore : le recours collectif comporterait différentes dates d'introduction pour chaque cause d'action. En outre, selon son interprétation, de multiples recours collectifs pourraient découler des mêmes faits. Le libellé de l'art. 28 ne dicte ni ne privilégie ce résultat.

[202] Ma collègue et les appelants affirment que l'art. 28 a simplement pour objet d'abriter les membres éventuels du groupe sous une cause d'action qui pourrait autrement être introduite sous

action — and not to broaden the rights of the representative plaintiff by sheltering a statutory cause of action under a properly commenced class proceeding. They rely heavily on the fact that an individual plaintiff who brings an individual action (as opposed to a class action) does not benefit from a suspended limitation period simply by asserting the statutory claim in her statement of claim.

[203] With respect, such a view misses the larger point. Section 28 will never apply to an individual plaintiff; it applies only in the context of class actions. It responds to the interrelated need to protect the interests of class members and to avoid the duplication of redundant individual proceedings by class members; such needs are simply not present in individual proceedings. The provision forms part of a larger scheme that seeks to make class actions an effective and accessible procedural vehicle. Moreover, the comparison my colleague draws between the rights of individual and class plaintiffs is somewhat theoretical, since, as noted earlier, 26 of the 27 claims that have been the subject of decisions under Part XXIII.1 in Ontario have been brought through the class proceedings vehicle. Indeed, this Part of the *OSA* was specifically designed to work effectively with class proceedings.

[204] I recognize my colleague's point that the class action is a procedural vehicle, not intended to increase the parties' substantive rights. However, the class action nonetheless provides class members with tools and advantages that "mak[e] pursuing one's substantive rights feasible . . . in a way that allows mass claims to be adjudicated efficiently": W. K. Winkler et al., *The Law of Class Actions in Canada* (2014), at p. 6. For example, where damages are certified as a common issue, ss. 23 and 24 of the *CPA* allow the court to admit otherwise inadmissible statistical information to determine issues relating to the quantum or distribution of a monetary award, and to undertake an aggregate assessment of the quantum of monetary damages owed to the class members: *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, at paras. 40-58; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA

forme de recours individuel — et non d'élargir les droits du représentant des demandeurs en abritant une cause d'action légale sous un recours collectif valablement introduit. Ils s'appuient en grande partie sur le fait qu'une demanderesse individuelle qui intente un recours individuel (par opposition à un recours collectif) ne bénéficie pas d'un délai de prescription suspendu simplement en invoquant le droit d'action légal dans sa déclaration.

[203] Soit dit avec égards, une telle opinion passe à côté de la vue d'ensemble. L'article 28 ne s'appliquera jamais à un demandeur individuel : il ne s'applique que dans le contexte des recours collectifs. Il répond aux besoins corrélatifs de protéger les intérêts des membres du groupe, d'une part, et d'éviter le dédoublement de recours individuels redondants par des membres du groupe, d'autre part; de tels besoins ne se présentent tout simplement pas dans les instances individuelles. La disposition fait partie d'un régime plus large qui vise à faire du recours collectif un mécanisme procédural efficace et accessible. Qui plus est, la comparaison que dresse ma collègue entre les droits des demandeurs individuels et collectifs est quelque peu théorique car, rappelons-le, sur les 27 poursuites tranchées en application de la partie XXIII.1 en Ontario, 26 l'ont été par la voie du recours collectif. De fait, cette partie de la *LVM* a été expressément conçue pour s'appliquer efficacement avec les recours collectifs.

[204] Il est vrai, comme le soutient ma collègue, que le recours collectif est un mécanisme procédural qui n'a pas pour but d'accroître les droits substantiels des parties. Toutefois, le recours collectif offre néanmoins aux membres du groupe des outils et des avantages [TRADUCTION] « qui donnent à quelqu'un la possibilité de faire valoir ses droits substantiels [. . .] d'une manière qui permet de trancher efficacement des réclamations présentées par de nombreuses parties » : W. K. Winkler et autres, *The Law of Class Actions in Canada* (2014), p. 6. Par exemple, lorsque les dommages-intérêts sont certifiés comme question commune, les art. 23 et 24 de la *LRC* permettent au tribunal d'admettre en preuve des données statistiques autrement inadmissibles pour trancher les questions en litige qui ont trait au montant ou à la répartition d'une somme adjugée et d'entreprendre une évaluation globale du montant des

781, 87 O.R. (3d) 401, at paras. 41-53; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346, at paras. 119-39; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at paras. 131-35; see also *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at paras. 107-18. These mechanisms, like the protection offered by s. 28 from the running of limitation periods, are not available to individual plaintiffs. These mechanisms make the pursuit of the substantive right of action "feasible" and "efficient" in the context of a collective suit. Far from being "anomalous" (see Côté J. reasons, at para. 71), the benefits provided by these provisions are consistent with the intention to make the class proceeding an effective and feasible vehicle for the collective pursuit of substantive claims.

[205] Moreover, an interpretation that suspends the limitation period where leave has not yet been granted: (1) promotes the purposes of the *CPA*; (2) is harmonious with the language, purpose and operation of Part XXIII.1 of the *OSA*; and (3) allows the class proceeding to remain an effective vehicle for the pursuit of Part XXIII.1 statutory claims while respecting the policy underpinnings of limitation periods.

[206] First, such an interpretation of s. 28 furthers the *CPA*'s goals of judicial economy and access to justice. It guarantees the class members' access to the courts by maintaining one of the main benefits of the class action: the suspension of the limitation period for all class members. Section 28 protects potential class members, including the representative plaintiff, from the running of their individual limitation periods during the collective pursuit of their claims through the class proceeding vehicle. This protection ceases and the individual limitation periods resume running on the occurrence of any of the six events set out in s. 28(1) that end that collective pursuit. Effective protection of

dommages-intérêts auxquels ont droit les membres du groupe : *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, par. 40-58; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, par. 41-53; *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346, par. 119-139; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 131-135; voir aussi *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 107-118. Les demandeurs individuels ne peuvent se prévaloir de ces mécanismes pas plus que de la protection offerte par l'art. 28 contre l'écoulement des délais de prescription. Ces mécanismes font en sorte qu'il est « réaliste » et « efficace » d'exercer le droit d'action substantiel dans le contexte d'une poursuite collective. Loin d'être « anormaux » (voir les motifs de la juge Côté, par. 71), les avantages que procurent ces dispositions sont conformes à l'intention de faire du recours collectif un moyen efficace et réaliste d'exercer collectivement des recours substantiels.

[205] En outre, une interprétation qui a pour effet de suspendre le délai de prescription lorsque l'autorisation n'a pas encore été accordée : (1) favorise la réalisation des objets de la *LRC*; (2) s'harmonise avec le texte, l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM*; (3) fait en sorte que le recours collectif demeure un moyen efficace d'exercer les recours fondés sur la partie XXIII.1, tout en respectant les considérations d'ordre public qui sous-tendent les délais de prescription.

[206] Premièrement, une telle interprétation de l'art. 28 favorise la réalisation des objets de la *LRC*, à savoir l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice. Elle garantit aux membres du groupe l'accès aux tribunaux en maintenant l'un des principaux avantages du recours collectif : la suspension du délai de prescription pour tous les membres du groupe. L'article 28 protège les membres éventuels du groupe, y compris le représentant des demandeurs, contre l'écoulement de leurs délais de prescription respectifs pendant l'exercice collectif de leurs poursuites par le truchement du recours collectif. Cette protection disparaît et les délais de prescription individuels recommencent à

potential class members during the collective pursuit of their claims necessarily entails protecting the rights that those class members seek to pursue in a class proceeding as opposed to in individual actions. This interpretation of s. 28 protects class members' individual rights from becoming statute-barred during the pursuit of the class proceeding. This protection, in turn, obviates the need for class members to initiate duplicate individual proceedings to protect these rights, thus promoting judicial economy. My colleague's conclusion that s. 28 does not protect individual class members prior to the obtaining of leave "could go a long way toward eliminating the economic advantage of class proceedings for any class member with a small claim": *Logan v. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (Ont. S.C.J.), at para. 23, per Winkler J., aff'd *Logan* (Ont. C.A.). As Feldman J.A. noted in the present appeals, one of the effects of the decision in *Timminco* was that "[o]ne of the main benefits of the class action, the suspension of the limitation period for all members of the class, has been removed": *Green ONCA*, at para. 64.

[207] Second, such an interpretation is harmonious with the balance struck by Part XXIII.1 of the *OSA*. Even if the limitation period is suspended, the leave requirement remains. The leave requirement still serves its screening function, because in order to obtain leave, the representative plaintiff must address the merits of the statutory cause of action: *OSA*, s. 138.8. Moreover, the service of the class action claim still satisfies the recognized policy rationales for the limitation period, and for limitation periods generally: protecting the defendant from liability for ancient obligations, putting the defendant on notice of the claims against her, guaranteeing the preservation of relevant evidence, and ensuring that plaintiffs act in a timely manner (*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-30; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808). If the plaintiff does not commence a class proceeding and

courir dès que survient l'un des six faits énoncés au par. 28(1) qui ont pour effet de mettre un terme à cette poursuite collective. La protection efficace des membres éventuels du groupe pendant la poursuite collective de leurs réclamations implique nécessairement la protection de droits que ces membres du groupe cherchent à faire valoir dans un recours collectif plutôt que dans des recours individuels. Cette interprétation de l'art. 28 empêche la prescription des droits individuels des membres du groupe pendant l'exercice du recours collectif. Cette protection dispense par ailleurs les membres du groupe de la nécessité d'intenter des recours individuels répétitifs pour protéger les droits en question, ce qui favorise l'économie des ressources judiciaires. La conclusion de ma collègue selon laquelle l'art. 28 ne protège pas chacun des membres du groupe avant l'obtention de l'autorisation [TRADUCTION] « pourrait contribuer largement à éliminer l'avantage économique du recours collectif pour tout membre du groupe ayant une petite créance » : *Logan c. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (C.S.J. Ont.), par. 23, le juge Winkler, conf. par *Logan* (C.A. Ont.). Comme l'a fait remarquer la juge Feldman dans les présentes affaires, l'arrêt *Timminco* a eu notamment pour conséquence que [TRADUCTION] « [l']un des principaux avantages du recours collectif, la suspension du délai de prescription pour tous les membres du groupe, a été supprimé » : *Green, C.A. Ont.*, par. 64.

[207] Deuxièmement, une telle interprétation s'harmonise avec l'équilibre établi dans la partie XXIII.1 de la *LVM*. Même si le délai de prescription est suspendu, il faut toujours obtenir l'autorisation. Cette condition remplit toujours sa fonction de filtrage car, pour obtenir l'autorisation, le représentant des demandeurs doit plaider le bien-fondé de la cause d'action légale : *LVM*, art. 138.8. Qui plus est, la signification de la déclaration du recours collectif satisfait quand même aux critères fondés sur les justifications d'ordre public reconnues relativement au délai de prescription en cause de même qu'aux délais de prescription en général : décharger la défenderesse de la responsabilité à l'égard d'anciennes obligations, aviser la défenderesse des réclamations formées contre elle, garantir la conservation d'éléments de preuve pertinents et faire en sorte que les demandeurs agissent en temps

assert the statutory claim in the proceeding before the limitation period runs out, her claim will be statute-barred. As well, the inclusion of the statutory claim and the facts underlying it gives notice to the defendants of the particulars of the claim against them and ensures that the defendants will be able to preserve evidence relevant to the claim. Indeed, as class proceedings are actively managed both pre-trial and during the trial, the managing judge is empowered to take appropriate measures to ensure that the claims proceed expeditiously and that leave is sought in a timely manner: Perell and Morden, at ¶¶ 4.234 and 4.235; *CPA*, ss. 12 and 34. Far from "displacing" the balance struck by the legislature in Part XXIII.1, this interpretation of s. 28 maintains that balance and furthers the legislative intent that Part XXIII.1 operate harmoniously with class proceedings legislation. Indeed, legislative reactions in Manitoba and Ontario to the release of the *Timminco* decision indicate that the interpretation endorsed by my colleague "interprets [Part XXIII.1 of the *OSA*] in an unintended way and limits the access to justice that the new remedy was intended to provide": *Green ONCA*, at para. 73.

opportun (*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29-30; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808). Si la demanderesse n'introduit pas de recours collectif et n'y invoque pas le droit d'action légal dans l'instance avant l'expiration du délai de prescription, son droit d'action sera prescrit. En outre, l'inclusion de l'action prévue par la loi et des faits qui la sous-tendent informe les défendeurs des détails du recours intenté contre eux et garantit que les défendeurs seront en mesure de conserver les éléments de preuve pertinents quant à l'action. En effet, puisque les recours collectifs sont activement gérés avant le procès et pendant celui-ci, le juge chargé de la gestion de l'instance a le pouvoir de prendre les mesures qui s'imposent pour que les réclamations soient instruites avec célérité et que l'autorisation soit demandée en temps opportun : Perell et Morden, ¶ 4.234 et 4.235; *LRC*, art. 12 et 34. Loin de « briser » l'équilibre établi par le législateur à la partie XXIII.1, cette interprétation de l'art. 28 maintient cet équilibre et favorise l'atteinte de l'objectif législatif de faire en sorte que la partie XXIII.1 s'applique harmonieusement avec la loi sur les recours collectifs. De fait, les réactions du législateur au Manitoba et en Ontario au prononcé de l'arrêt *Timminco* indiquent que l'interprétation adoptée par ma collègue [TRADUCTION] « donne lieu à une interprétation de la [partie XXIII.1 de la *LVM*] que ne souhaitait pas le législateur et qui limite l'accès à la justice que ce nouveau recours visait à procurer » : *Green, C.A. Ont.*, par. 73.

[208] Finally, such an approach ensures that the class proceeding remains the most effective and available vehicle through which to pursue Part XXIII.1 statutory claims. As the facts of the *IMAX* appeal illustrate, even a plaintiff who discovers the misrepresentation quickly and initiates her claim in a timely manner may be unable to obtain leave and "commence" the statutory action within the three-year limitation period: paras. 5, 22 and 90 (CanLII). Tying the running of the limitation period to the granting of leave removes compliance with the limitation period from the plaintiff's control. It gives defendants both the incentive and, potentially, the means to delay the proceedings on the leave

[208] Enfin, une telle approche garantit que le recours collectif demeure le mécanisme le plus efficace et répandu pour exercer des recours en vertu de la partie XXIII.1. Comme le montrent les faits dans le pourvoi *IMAX*, même le demandeur qui découvre rapidement la présentation inexacte des faits et présente sa réclamation en temps opportun peut être incapable d'obtenir l'autorisation et d'« intenter » l'action prévue par la loi dans le délai de prescription de trois ans : par. 5, 22 et 90 (CanLII). Rattacher l'écoulement du délai de prescription à l'octroi de l'autorisation a pour résultat que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. Cela donne aux défendeurs

motion until the expiry of the limitation period. As Feldman J.A. noted, it "undercuts the ability of investors to bring a class action within the limitation period because they do not have control of whether they can meet or toll the limitation period": *Green ONCA*, at para. 66. Such an approach also jeopardizes the adjudicative role of the court, as the cases under appeal illustrate. If unsuspended, the limitation period in the *IMAX* appeal would have expired while the leave and certification motions were under reserve, and the limitation period in the *CIBC* appeals would have expired between the filing of the notice of motion seeking leave and the hearing: *IMAX*, at para. 41; *CIBC*, at paras. 494 and 497. Such an interpretation risks the effect of forcing the court to decide whether to allow plaintiffs' rights to expire or to risk the rights of others by deferring other urgent matters to prioritize leave motions: see, for example, *CIBC*, at para. 539.

[209] In contrast, tying the suspension of the limitation period to the assertion of the statutory cause of action in a class proceeding, rather than to the granting of leave by the court, avoids these undesirable consequences. Potential plaintiffs can effectively pursue Part XXIII.1 statutory claims through the class proceeding vehicle. Courts are not put in the difficult position of deferring other cases to avoid an injustice.

III. Conclusion

[210] In my view, as long as the Part XXIII.1 statutory cause of action is asserted in a properly commenced class proceeding, s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all causes of action asserted — including the limitation period governing the statutory claim — regardless of whether leave has been obtained. This interpretation is consistent with the language of s. 28 and the purposes guiding the *CPA*, and is harmonious with the

l'incitatif et, éventuellement, les moyens de retarder l'instruction de la motion en autorisation jusqu'à l'expiration du délai de prescription. Comme l'a souligné la juge Feldman, cela [TRADUCTION] « sape la faculté des investisseurs d'intenter un recours collectif dans le délai de prescription, car la possibilité de respecter ou d'interrompre le délai échappe à leur volonté » : *Green, C.A. Ont.*, par. 66. Une telle approche met également en péril la fonction décisionnelle du tribunal, comme l'illustrent les décisions portées en appel. S'il n'avait pas été suspendu, le délai de prescription dans le pourvoi *IMAX* aurait expiré pendant que les motions en autorisation et pour certification du recours collectif étaient prises en délibéré et le délai de prescription dans les pourvois du dossier *CIBC* aurait expiré entre le dépôt de l'avis de motion en autorisation et l'audience : *IMAX*, par. 41; *CIBC*, par. 494 et 497. Pareille interprétation risque d'avoir pour effet de forcer le tribunal à décider de permettre l'expiration des droits des demandeurs ou de compromettre les droits de tiers en reportant l'examen d'autres questions urgentes pour traiter en priorité des motions en autorisation : voir, par exemple, *CIBC*, par. 539.

[209] Inversement, rattacher la suspension du délai de prescription au fait d'invoquer la cause d'action légale dans un recours collectif plutôt qu'à l'octroi de l'autorisation par le tribunal, permet d'éviter ces conséquences indésirables. Les demandeurs éventuels peuvent effectivement intenter des poursuites fondées sur la partie XXIII.1 par la voie du recours collectif. Les tribunaux ne se trouvent pas dans la situation difficile d'avoir à reporter d'autres instances pour éviter une injustice.

III. Conclusion

[210] À mon avis, tant que la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 est invoquée dans un recours collectif valablement introduit, l'art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription applicables à toutes les causes d'action invoquées — y compris le délai de prescription régissant le recours prévu par la loi — que l'autorisation ait ou non été obtenue. Cette interprétation est compatible avec le libellé de l'art. 28 et les objets encadrant la *LRC*, en

language and purposes driving Part XXIII.1 of the *OSA*. In the cases before us, the class proceedings were properly commenced with respect to the common law tort of negligent misrepresentation.

[211] In contrast, the interpretation adopted by my colleague Côté J. seriously undermines the viability of the class action vehicle in the context of Part XXIII.1 statutory claims. As the *Green* panel noted, this obliges class members to "do what s. 28 was intended to obviate: commence their own action with leave in order to try to ensure that their action is brought within the limitation period" (para. 65). By rendering the class action an ineffective vehicle to pursue Part XXIII.1 statutory claims, my colleague's interpretation effectively bars Part XXIII.1 from fulfilling either of its goals; it can neither facilitate access to justice for investors nor deter corporate misconduct.

[212] The defendants in the *CIBC* appeals additionally challenge the articulation of the standard to obtain leave under s. 138.8 of the *OSA* adopted by Strathy J. and the *Green* panel. I agree with my colleague Côté J. that the reasonable possibility of success threshold test articulated by this Court in *Theratechnologies* applies to a motion for leave under s. 138.8 of the *OSA*. In my view, the *CIBC* plaintiffs have met this threshold. I also agree with my colleague's discussion and disposition of the *CIBC* defendants' appeals concerning the certification of common issues.

IV. Disposition

[213] In each of the three cases appealed to this Court, the respondent plaintiffs commenced class proceedings and pleaded the constituent facts of the tort of negligent misrepresentation and of the

plus de s'harmoniser avec le texte et les objets qui animent la partie XXIII.1 de la *LVM*. Dans les affaires dont nous sommes saisis, les recours collectifs ont été valablement introduits en ce qui a trait au délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law.

[211] À l'inverse, l'interprétation qu'a adoptée ma collègue la juge Côté compromet sérieusement la viabilité du mécanisme du recours collectif dans le contexte des réclamations fondées sur la partie XXIII.1. Comme l'a souligné la formation des juges dans l'affaire *Green*, cette interprétation a pour effet d'obliger les membres du groupe à [TRADUCTION] « faire ce que l'art. 28 était censé éviter : introduire leur propre recours avec autorisation pour tenter de garantir que leur action est intentée dans le délai prescrit » (par. 65). En faisant du recours collectif un moyen inefficace d'engager des poursuites en vertu de la partie XXIII.1, l'interprétation de ma collègue empêche effectivement la partie XXIII.1 d'atteindre l'un ou l'autre de ses objectifs : elle ne peut ni faciliter l'accès des investisseurs à la justice ni décourager l'inconduite des entreprises.

[212] Les défendeurs dans les pourvois du dossier *CIBC* contestent en outre la formulation du critère d'obtention de l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM* qu'ont retenue le juge Strathy et la formation des juges dans l'affaire *Green*. Je conviens avec ma collègue la juge Côté que le critère préliminaire formulé par notre Cour dans l'arrêt *Theratechnologies*, soit la possibilité raisonnable d'avoir gain de cause, s'applique à une motion en autorisation visée par l'art. 138.8 de la *LVM*. À mon avis, les demandeurs dans l'affaire *CIBC* ont satisfait à ce critère. Je souscris également à l'analyse et au dispositif de ma collègue visant les pourvois des défendeurs dans l'affaire *CIBC* en ce qui concerne la certification des questions communes.

IV. Dispositif

[213] Dans chacune des trois affaires portées en appel devant notre Cour, les demandeurs intimés ont introduit des recours collectifs et plaidé dans leurs déclarations les faits constitutifs du délit de

Part XXIII.1 statutory cause of action in their statements of claim. In my view, this pleading constitutes an assertion of the statutory cause of action for the purposes of s. 28 of the *CPA*. Thus, the limitation periods for the statutory claims at issue in these appeals are suspended as of the date of filing of their statements of claim. None of the claims are statute-barred. In light of this conclusion, it is not necessary to address the availability of *nunc pro tunc* or the special circumstances doctrine. However, I should not be taken to agree with either the analysis or conclusions of Côté J. on these issues.

déclaration inexacte faite par négligence en common law et de la cause d'action prévue à la partie XXIII.1. À mon avis, en plaidant ainsi ces faits, ils se trouvent à avoir invoqué la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la *LRC*. Par conséquent, les délais de prescription applicables aux réclamations présentées en vertu de la loi qui sont en litige dans les présents pourvois sont suspendus à compter de la date du dépôt de leurs déclarations. Aucune des réclamations n'est prescrite. Vu cette conclusion, il est inutile de se prononcer sur la possibilité d'invoquer la doctrine de *nunc pro tunc* ou celle des circonstances particulières. Il ne faut toutefois pas considérer que je souscris à l'analyse ou aux conclusions de la juge Côté sur ces points.

[214] I would dismiss the appeals with costs throughout.

[214] Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

Appeals in CIBC and IMAX dismissed with costs throughout, McLachlin C.J. *and* Rothstein *and* Côté JJ. *dissenting in part.*

Pourvois dans CIBC et IMAX rejetés avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLachlin *et les juges* Rothstein *et* Côté *sont dissidents en partie.*

Appeal in Celestica allowed with costs throughout, Moldaver, Karakatsanis *and* Gascon JJ. *dissenting.*

Pourvoi dans Celestica accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges Moldaver, Karakatsanis *et* Gascon *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant the Canadian Imperial Bank of Commerce: Torys, Toronto.

Procureurs de l'appelante la Banque Canadienne Impériale de Commerce : Torys, Toronto.

Solicitors for the appellants Gerald McCaughey et al.: Goodmans, Toronto.

Procureurs des appelants Gerald McCaughey et autres : Goodmans, Toronto.

Solicitors for the appellants IMAX Corporation et al.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des appelants IMAX Corporation et autres : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the appellants Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des appelants Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondents Howard Green and Anne Bell: Rochon Genova, Toronto.

Procureurs des intimés Howard Green et Anne Bell : Rochon Genova, Toronto.

Solicitors for the respondents Marvin Neil Silver and Cliff Cohen: Siskinds, London; Sutts Strosberg, Windsor.

Procureurs des intimés Marvin Neil Silver et Cliff Cohen : Siskinds, London; Sutts Strosberg, Windsor.

Solicitors for the respondents the Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund, Nabil Berzi and Huacheng Xing: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Shareholder Association for Research and Education: Groia & Company, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insurance Bureau of Canada: Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs des intimés les Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario, Nabil Berzi et Huacheng Xing : Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Shareholder Association for Research and Education : Groia & Company, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada : Stikeman Elliott, 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